



MINISTERIO
PÚBLICO

FISCALIA NACIONAL

Boletín del Ministerio Público



MINISTERIO
PÚBLICO
FISCALIA NACIONAL

Boletín del Ministerio Público

Fiscal Nacional y Representante Legal:
Guillermo Piedrabuena Richard

Comité Editorial:

Pablo Campos Muñoz
Coordinador

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

Colaboradores:

Andrea González Leiva

Anrriette Silva Fierro
Secretaria

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

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

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

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

E-mail: ifuenzalida@minpublico.cl

Teléfono: 6909290

ÍNDICE

PRÓLOGO

7

I. FALLOS

Juzgados de Garantía

Condena por el delito de violación en grado de tentado, en razón de haberse dado comienzo a la ejecución del delito por hechos directos dirigidos al acceso carnal. **Tribunal de Garantía de Puerto Montt**, diecisiete de agosto de dos mil cuatro.

11

Condena por la falta prevista y sancionada en el artículo 495 N° 14 del Código Penal al haberse demostrado que las máquinas premian de acuerdo al azar y no a la pericia del jugador. **Juzgado de Garantía de Molina**, catorce de enero de dos mil cinco.

16

El delito de violación es un delito de mera actividad que se cumple con la sola penetración sin necesidad de que ésta sea completa o apareje otros sucesos. **Tribunal de Garantía de Castro**, veintiuno de febrero del año dos mil cinco.

21

No da lugar a la petición del querellante de sostener por sí la acusación en los términos del inciso 3° del artículo 258 del Código Procesal Penal por no encontrarse formalizada la investigación. **Juzgado de Garantía de Molina**, veintiocho de abril de dos mil cinco.

26

Tribunales de Juicio Oral en lo Penal

Desestima la alegación de haber sufrido el acusado un error de tipo, en el sentido de desconocer la edad de la víctima, en el delito del artículo 362 del Código Penal. **Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt**, siete de septiembre de dos mil cuatro.

28

Declara que el sistema actual no exige una certeza absoluta para condenar, admitiendo dudas aceptables, siendo de cargo de la Defensa articular una versión alternativa. **Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Rancagua**, dieciocho de noviembre de dos mil cuatro.

47

Declara que la colaboración prestada por la acusada no tuvo el carácter de eficaz exigido por la norma, pues no produjo el resultado que el legislador previó para configurar la atenuante especial del artículo 33 de la ley 19.366. **Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt**, diciembre diecinueve de dos mil cuatro.

75

Establece que la agravante de pluralidad de malhechores no exige la existencia de antecedentes prontuarios, sino sólo la circunstancia de ser más de uno el autor del delito. **Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia**, treinta de diciembre de dos mil cuatro.

93

Siendo lo discutido si la relación fue consentida o no, resulta determinante la versión de la víctima avalada por testigos indirectos y peritos. **Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt**, diez de enero de dos mil cinco. 104

Condena a los acusados como autores de homicidio calificado, declarando como suficiente, al efecto, la concurrencia de dolo eventual, verificado por la aceptación del resultado de muerte durante el desarrollo del delito, desechando la tesis de homicidio preterintencional sostenida por la defensa. **Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena**, tres de febrero del año dos mil cinco. 114

En voto de mayoría desestima la concurrencia de la agravante de la pluralidad de malhechores, sosteniendo que ésta exigiría no sólo la intervención material de más de dos personas, sino también que éstas hayan delinquido con anterioridad. **Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle**, once de marzo de dos mil cinco. 137

Cortes de Apelaciones

Rechaza el recurso de nulidad interpuesto por la Defensa por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, porque las cuestiones relativas a los beneficios de la ley 18.216 no forman parte de la sentencia. **Corte de Apelaciones de La Serena**, cuatro de marzo del dos mil cinco. 153

Señala que la reparación celosa es un concepto indeterminado, y que en la medida que el juez del fondo se mueva dentro de los límites de lo razonable, no resulta objetable por la vía del recurso de nulidad su apreciación. **Corte de Apelaciones de Valdivia**, veintiuno de marzo del año dos mil cinco. 155

El reconocimiento de la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal exige una colaboración efectiva y sustancial, y la remisión condicional de la pena exige que la conducta del condenado haga presumir al Tribunal que no volverá a delinquir. **Corte de Apelaciones de Puerto Montt**, treinta y uno de marzo de dos mil cinco. 157

Declara inadmisibles el recurso de nulidad presentado por la Defensa por carecer de peticiones concretas. **Corte de Apelaciones de Puerto Montt**, doce de abril de dos mil cinco. 160

Acoge el recurso de apelación del Ministerio Público revocando la sentencia absolutoria que se había fundado en que el delito de violación de morada requiere de una voluntad contraria al ingreso del infractor expresamente manifestada. **Corte de Apelaciones de Iquique**, tres de mayo de dos mil cinco. 161

Confirma la resolución del Juez de Garantía que accede a dar curso a la solicitud de extradición de los imputados por los delitos de homicidio calificado y hurto por cumplirse los requisitos establecidos en los artículos 433 y siguientes del Código Procesal Penal. **Corte de Apelaciones de Iquique**, seis de mayo del año dos mil cinco. 167

Declara que no sólo el análisis químico sirve para determinar la cantidad y composición de las sustancias incautadas, sino que también la prueba de campo resulta prueba suficiente. **Corte de Apelaciones de Talca**, seis de mayo de dos mil cinco. 174

Resolviendo conjuntamente el recurso de queja y el recurso de apelación del querellante y el Ministerio Público respectivamente, rebaja las costas personales fijadas por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de \$25.000.000 a \$2.000.000, aplicando a la defensa particular el arancel vigente para la defensorización pública. **Corte de Apelaciones de Talca**, veinte de junio de dos mil cinco. 176

Corte Suprema

Señala que al no ser una exigencia contemplada en el Código Procesal Penal que los testigos declaren durante la investigación, no se afectan ni las garantías constitucionales ni las facultades de la Defensa al admitirse como prueba su declaración. **Corte Suprema**, catorce de abril de dos mil cinco. 181

Declara que el Ministerio Público puede invocar en su favor la garantía del debido proceso, que en la especie le fue conculcada por no admitirse en juicio la declaración de testigos que no habían declarado durante la investigación, circunstancia que no fue alegada oportunamente por la Defensa. **Corte Suprema**, veintiocho de junio de dos mil cinco. 186

II. SENTENCIAS COMENTADAS

Condena en Costas.
Procedimiento para Objetar y Arancel Referencial
Carlos Olivos Muñoz 193

III. ARTÍCULOS

Sobre el Forzamiento de la Acusación
Carlos Olivos Muñoz 199

Criterios de Actuación del Ministerio Público en Materias Penales
Recensión del Texto "Reforma Procesal Penal. Oficios del Fiscal Nacional. Materias Penales. 2001-2004". Santiago 2005
Jean Pierre Matus A. 203

Tramitación de los Delitos Menores en el Ministerio Público
División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión
Fiscalía Nacional - Ministerio Público 208

IV. OFICIOS E INSTRUCCIONES

OFICIO FN N° 260

Delitos contemplados en la Ley de Quiebras N° 18.175, investigación y criterios de actuación.

4 de mayo de 2005

221

OFICIO FN N° 273

Fija criterios de actuación respecto de hurtos faltas

10 de mayo de 2005

242

OFICIO FN N° 306

Orientaciones sobre ley N° 20.014 que modificó la ley N° 17.798 sobre control de armas.

24 de mayo de 2005

246

OFICIO FN N° 325

La Cooperación Internacional en la nueva ley 20.000

Instructivo N° 18 de la ley N° 20.000.

1 de junio de 2005

257

PRÓLOGO

Poco a poco vamos retomando el ritmo de publicación de nuestros boletines del año 2005, por lo que reiteramos nuestras disculpas por el retraso que hemos experimentado, aun cuando ello ha redundado en el mejoramiento de nuestro procesos de edición, lo que ya se refleja en la calidad gráfica y debiera evidenciarse en breve plazo en la oportunidad de las salidas a circulación.

En esta oportunidad, destaca entre el material publicado, el comentario a una sentencia de la ltima. Corte de Apelaciones de Talca que rechaza dos recursos de hecho deducidos por la defensa, declarando que es procedente la apelación concedida en contra de la parte de la sentencia que se pronuncia sobre la regulación de costas. La discusión fue finalmente resuelta por la misma corte que, al pronunciarse sobre los recursos de queja y de apelación deducidos por el querellante y el Ministerio Público, respectivamente, redujo sustantivamente el monto de las costas, utilizando como parámetro el arancel de defensa fijado por la Defensoría Penal Pública.

En nuestra sección de artículos, se trata un interesante tema como es el de la institución del forzamiento de la acusación, cuando no ha mediado la formalización de la investigación, a propósito de un fallo que conociendo de la oposición del querellante a la solicitud de sobreseer presentada por el Ministerio Público, ordena poner los antecedentes en conocimiento del Fiscal Regional respectivo.

Destaca también la publicación de una intervención del profesor Jean Pierre Matus en la presentación de un volumen que contiene oficios del Fiscal Nacional sobre materias penales. En su intervención, Matus hace un análisis interesante que relaciona los oficios del Fiscal Nacional sobre diversos temas y reflexiona sobre el rol que asume el ente persecutor al impartirse estos criterios de actuación.

Finalmente, es también interesante un trabajo realizado por la División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión de la Fiscalía Nacional, que examina la tramitación de que han estado siendo objeto los delitos menores en el Ministerio Público. En este trabajo se consignan interesantes conclusiones que controvierten las críticas formuladas al sistema en torno a un eventual abandono de este segmento de la demanda de justicia y un consecuente incremento de los niveles de percepción de inseguridad ciudadana.

Como siempre, saludamos a los lectores y esperamos seguir aportando al debate jurídico del nuevo sistema.



I

Fallos

JUZGADOS DE GARANTÍA

- **Condena por el delito de violación en grado de tentado, en razón de haberse dado comienzo a la ejecución del delito por hechos directos dirigidos al acceso carnal.**

Tribunal: Tribunal de Garantía de Puerto Montt.

Resumen:

El Ministerio Público acusó por el delito de violación en grado de tentado, alegando la concurrencia de la agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal. El imputado aceptó los hechos de la acusación, procediéndose de acuerdo al procedimiento abreviado. La Defensa sostuvo que el iter criminis no demostraba actos dirigidos a acceder carnalmente. Respecto de la agravante alegada, afirmó que ésta no concurría porque el abuso deshonesto por el cual fue condenado dejó de ser tal con las modificaciones respectivas del Código Penal. Además, alegó la concurrencia de la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal. El Juez estimó acreditado el delito de violación en grado de tentado, porque el acusado dio comienzo a la ejecución del delito por hechos directos, tales como tratar de controlarla físicamente, mientras le señalaba que la iba a violar. Al no haber habido acceso carnal por faltar hechos complementarios a la conducta desplegada por el imputado se configuró el delito en el grado de tentado según los términos del artículo 7 del Código Penal. En cuanto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, el Juez acogió la agravante invocada por la Fiscalía, porque la conducta concreta por la cual fue condenado se encuadra hoy en el artículo 366 bis del Código Penal. También estimó concurrente la atenuante alegada por la Defensa, porque al aceptar los hechos de la acusación y los antecedentes de la carpeta fiscal, el imputado permitió establecer, más allá de toda duda razonable, hechos directos que configuran una tentativa de violación. Sin este reconocimiento sólo se habría contado con los dichos de la víctima para establecer que la conducta desplegada estaba destinada a permitir un acceso carnal no consentido.

Texto completo:

Puerto Montt, diecisiete de agosto de dos mil cuatro.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que ante este Juzgado de Garantía de Puerto Montt, la Srta. Fiscal del Ministerio Público de esta ciudad, doña María Soledad Santana Cardemil, con fecha 09 de julio de 2004, dedujo acusación en contra de **RENÉ EDUARDO CARMONA DELGADO, RUT 10.189.751-6**, soltero, nacido el 11 de junio de 1965, se ignora profesión u oficio, domiciliado en Pasaje Eskrupa N°836 de Puerto Montt, actualmente en prisión preventiva en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Puerto Montt,

por el delito de **VIOLACIÓN**, en grado de tentativa, en perjuicio de doña C.I.P.O., mayor de edad.

SEGUNDO: Que la acusación deducida por el Ministerio Público en contra de Carmona Delgado se funda en los siguientes hechos y circunstancias:

“El día 16 de enero de 2004, aproximadamente a las 12:00 horas de la noche, y en circunstancias que doña C.I.P.O. había concurrido al negocio denominado “Paulina”, ubicado en calle Regimiento de la Población Lintz de esta ciudad, luego de hacer un llamado telefónico y al salir del mismo, de regreso a casa, tomó su bicicleta en la que circulaba, y aproximadamente a la altura del N°668 de dicha calle, fue abordada violentamente por el imputado, quien la tomó del cuello y puso en su cara

una bolsa plástica que llevaba en su interior un pantalón, que presionó contra su rostro, intentando ahogar a la víctima. Acto seguido, la botó al suelo, continuando con la agresión, colocando con fuerza en su cuello una de sus manos, y la otra sobre una de sus piernas, mientras le decía cosas obscenas al oído, como “te voy a pescar”, “aquí vas a saber lo que es bueno”, “aquí te voy a violar”, “aquí estás lista”. La víctima oponiendo tenaz resistencia, logró zafarse del acusado y gritar pidiendo auxilio, lo que fue oportunamente escuchado por varias vecinas que se encontraban cerca del lugar, impidiendo con ello, la consumación del delito”.

El Ministerio Público refiere que los hechos descritos son constitutivos del delito **tentado de Violación**, previsto y sancionado en el **artículo 361 del Código Penal, circunstancia número uno** de la referida disposición, esto es, cuando se usa fuerza o intimidación.

Agrega que al imputado le ha correspondido, según lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal, la calidad de autor directo del delito materia de la presente acusación, puesto que tomó parte en su ejecución de una manera inmediata y directa.

Finalmente, indica que concurre respecto del acusado la agravante de responsabilidad penal establecida en el artículo 12 N° 16 del Código Penal, esto es, ser reincidente en delito de la misma especie, no concurriendo en su favor circunstancia atenuante alguna, según consta de su extracto de filiación y antecedentes, razón por la que solicita la pena de 820 días de presidio menor en su grado medio, más las accesorias legales, en particular la de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y las costas de la causa, como autor del delito de violación, en grado de tentativa.

TERCERO: Que el ministerio público no hizo aplicación del artículo 407 del Código Procesal Penal y mantuvo la acusación en los términos en que fue deducida.

CUARTO: Que este Juez de Garantía consultó al acusado respecto a si prestó su conformidad al procedimiento abreviado en forma libre y voluntaria, manifestándole si conoce su derecho a exigir un juicio oral, que entiende los términos del acuerdo y las consecuencias que éste pudiere significarle y especialmente que no fue objeto de coacciones ni presiones indebidas, habiendo entonces

manifestado su aceptación libre y voluntaria de someterse a la tramitación de este procedimiento, aceptación que también manifestó su Defensor Penal Público.

QUINTO: Que durante la investigación, el Ministerio Público reunió los siguientes antecedentes en los que fundamentó su acusación:

- 1.- Parte de Carabineros N° 119 de la 2ª Comisaría de esta ciudad, de fecha 16 de enero de 2004, en el cual se da cuenta de la detención del acusado, alrededor de las 0:30 horas. Indica que momentos antes C.I.P.O. concurrió al mercado particular “Paulina” de calle Regimiento N° 668 para realizar un llamado telefónico, tras lo cual tomó su bicicleta y se dirigió a calle Los Leones N° 865, siendo interceptada por el imputado frente al número 680 de la referida arteria, quien le colocó una bolsa, que contenía un pantalón, en la cara para asfixiarla, producto de lo cual la víctima cayó de su bicicleta y quedó de espalda al suelo, continuando el forcejeo con el imputado y oponiendo tenaz resistencia, lográndose zafar y gritar pidiendo ayuda, siendo socorrida por dos señoras que se encontraban en un local comercial. Se indica que luego la víctima dio aviso de lo sucedido a sus hermanos, quienes lograron la detención del acusado y luego lo entregaron a Carabineros. Se consigna la declaración de Gino Padilla Olavaria, hermano de la víctima, quien refiere que a su domicilio llegó su hermana llorando y en estado de shock, señalándole que un tal Carmona había intentado violarla. Agrega que conoce al individuo y que junto a su hermana salió en su búsqueda, encontrándolo en calle Serrano y procediendo a su detención para luego entregarlo a Carabineros. Indica que el imputado opuso resistencia y amenazó con vengarse. También se contiene la declaración de Nancy Aránguiz Ruiz, quien señala que se encontraba en el interior de su mercado particular “Paulina” y escuchó gritos de auxilio, razón por la que salió a ver qué pasaba, percatándose que una mujer que había estado en su local era quien gritaba. Agrega que en esos instantes pasó Carmona con el cierre de su pantalón abierto y con una bolsa en la mano, quien le dijo que la señora había tenido un accidente. Finalmente, se consigna el testimonio de Mercedes Mayorga Velásquez, quien relata que se encontraba al inte-

rior del mercado particular “Paulina” y escuchó gritos, salió a la calle pudiendo percatarse que se trataba de una niña que momentos atrás había estado en el local. Expresa que la mujer se encontraba en el suelo y sobre ella un tal Carmona, quien además la tenía amordazada. Indica que el sujeto se paró y al pasar por donde ella le dijo que la niña había tenido un accidente, percatándose que el sujeto tenía el cierre abajo;

- 2.- Declaración de la víctima **C.I.P.O.**, quien relata los hechos expresados en el parte policial señalando que el acusado la trató de asfixiar, la botó al suelo, le agarró el cuello con una mano y puso la otra en su pierna cerca de la vagina, instantes en que le decía palabras obscenas como “te voy a pescar”, “aquí vas a saber lo que es bueno”, “aquí te voy a violar”, “aquí estás lista”. Expresa que opuso tenaz resistencia y logró zafarse para luego ser ayudada por unas señoras, tras lo cual dio aviso a su hermano de lo sucedido y así se logró la detención del acusado;
- 3.- Declaración fiscal de **Gino Donald Padilla Olavaria, Mercedes Del Carmen Mayorga Velásquez y Nancy Del Carmen Aranguiz Ruiz**, quienes reiteran sus dichos contenidos en el parte policial;
- 4.- Dato de atención de urgencia de la víctima C.P.O., en el cual se consigna que presenta shock nervioso de mediana gravedad y equimosis cervical leve;
- 5.- Set de fotografías del sitio del suceso;
- 6.- Pericia siquiátrica a la víctima C.P.O., en la cual se consigna que la paciente presenta rasgos de personalidad que a la clínica y a la evaluación psicológica impresionan como influyentes en su estado emocional luego de la agresión, y presenta además un trastorno de la conducta alimentaria que debe ser estudiado y tratado;
- 7.- Pericia siquiátrica al imputado René Carmona Delgado, en la cual se consigna que se encuentra clínicamente sano;
- 8.- Extracto de Filiación y Antecedentes del acusado, certificado de cumplimiento de Gendarmería de Chile y copia autorizada de sentencia, de los cuales consta que el imputado tiene las siguientes condenas: A).- Causa Rol N° 362/1989,

violación frustrada, condenado a 3 años y 1 días de presidio menor en su grado máximo, más accesorias y costas, pena cumplida. B).- Causa Rol N° 1.442/1999, abusos deshonestos, condenado a 541 días de presidio menor en su grado medio, más accesorias y costas. Pena cumplida.

SEXO: Que en la audiencia de preparación del juicio oral y en la que se resolvió la aplicación del procedimiento abreviado, el acusado aceptó los hechos objeto de la acusación y los antecedentes de la investigación referidos en el considerando que precede.

SÉPTIMO: Que los antecedentes referidos en el apartado quinto de esta sentencia, debidamente aceptados por el imputado, constituyen elementos de convicción que permiten aseverar la efectividad de la imputación realizada en la acusación fiscal por resultar todos ellos coincidentes en que el día 16 de enero de 2004, aproximadamente a las 12:00 horas de la noche, y en circunstancias que doña C.I.P.O. había concurrido al negocio denominado “Paulina”, ubicado en calle Regimiento de la Población Lintz de esta ciudad, luego de hacer un llamado telefónico y al salir del mismo, de regreso a casa, tomó su bicicleta en la que circulaba, y aproximadamente a la altura del N°668 de dicha calle, fue abordada violentamente por el imputado, quien la tomó del cuello y puso en su cara una bolsa plástica que llevaba en su interior un pantalón, que presionó contra su rostro, intentando ahogar a la víctima. Acto seguido, la botó al suelo, continuando con la agresión, colocando con fuerza en su cuello una de sus manos, y la otra sobre una de sus piernas, mientras le decía cosas obscenas al oído, como “te voy a pescar”, “aquí vas a saber lo que es bueno”, “aquí te voy a violar”, “aquí estás lista”. La víctima oponiendo tenaz resistencia, logró zafarse del acusado y gritar pidiendo auxilio, lo que fue oportunamente escuchado por varias vecinas que se encontraban cerca del lugar, impidiendo con ello, la consumación del delito.

OCTAVO: Que los hechos que se han dado por establecidos constituyen el delito de **violación, previsto y sancionado en el artículo 361 N° 1 del Código Penal, en grado de tentativa**, pues el acusado dio comienzo a la ejecución del ilícito por hechos directos pero faltaron uno o más para su com-

plemento, esto es, se aplicó fuerza destinada al acceso carnal de la víctima, sin que éste se llegará a producir.

NOVENO: Que los mismos antecedentes de la investigación reseñados precedentemente, unidos a la aceptación expresa de los mismos por parte del imputado, son suficientes para tener por acreditada su participación en calidad de autor en el hecho que se tuvo por establecido.

DÉCIMO: Que el Defensor Penal Público sostuvo que la conducta desplegada por su defendido no representa un iter criminis de tentativa por cuanto no existieron hechos directos demostrativos de una intención de accederla carnalmente. En subsidio, señala que no concurre la agravante de reincidencia específica, dado que el delito de abuso deshonesto por el cual fue condenado no existe como tal en nuestro ordenamiento jurídico en virtud de la reestructuración que se realizó al Código Penal en materia de delitos sexuales. Además, invoca la atenuante de cooperación sustancial con el esclarecimiento de los hechos contemplada en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, pues respecto de las circunstancias más relevantes de la investigación sólo existen los dichos de la víctima y, por ende, la aceptación de los hechos por parte del imputado resulta determinante para la justificación del hecho punible, además del hecho de la renuncia a juicio oral y público por parte de éste.

UNDÉCIMO: Que el Ministerio Público, respecto de las alegaciones de la defensa, sostuvo que conforme a la doctrina los actos intimidatorios o de fuerza destinados a doblegar la voluntad de la víctima sin que llegue a concretarse el acceso carnal dan lugar a una tentativa de violación, según el artículo 7 del Código Penal. Expone que en el caso en concreto el imputado empleó fuerza sobre la víctima, trató de asfixiarla y de abrirla las piernas mientras se encontraba sobre ella, además de decirle palabras obscenas y señalarle que la iba a violar. Respecto a la reincidencia específica, expresa que concurre pues se afecta un mismo bien jurídico como es la libertad sexual, no se da la prescripción del artículo 104 del Código Penal y la pena se encuentra cumplida.

Finalmente, afirma que no ha existido cooperación sustancial y la aceptación de hechos sólo es un requisito del procedimiento abreviado.

DÉCIMO SEGUNDO: Que respecto al grado de desarrollo del delito se comparte el criterio del ministerio público en cuanto a que el acusado dio comienzo a la ejecución del delito por hechos directos, tales como tratar de asfixiar a la víctima, colocarse sobre ella y posar una de sus manos cerca de su vagina, mientras le señalaba que la iba a violar. Hechos que fueron aceptados por el imputado al acogerse al procedimiento abreviado, dado que, se encontraban contenidos en la acusación y en la declaración fiscal de la víctima, además de encontrarse refrendados por el testimonio de dos testigos. A lo cual se agrega que al no haber acceso carnal faltaban hechos complementarios a la conducta desplegada por el imputado y, en consecuencia, existe tentativa en los términos del artículo 7 del Código Penal. Motivos todos por los cuales se desestima la alegación de la defensa respecto a que no existió un grado de desarrollo del delito punible.

DÉCIMO TERCERO: Que respecto a la agravante invocada por el ministerio Público, esto es, ser reincidente en delito de la misma especie de conformidad al artículo 12 N° 16 del Código Penal, se debe precisar que de acuerdo al artículo 104 del referido Código sólo puede considerarse la Causa Rol Causa Rol N° 1.442/1999 por abusos deshonestos en que el acusado fue condenado a 541 días de presidio menor en su grado medio, más accesorias y costas, encontrándose la pena cumplida. Sobre el particular debe indicarse que conforme a la sentencia, agregada a la carpeta fiscal, el abuso sexual consistió en que el imputado en la vía pública interceptó a una menor que tenía doce años de edad, tras lo cual la tiró al piso y le acarició su zona vaginal. Conducta que hoy en día también es punible, dado que, se encuadra en la figura del artículo 366 bis del Código Penal, razón por la cual se acogerá la agravante y se desestimaré la alegación de la defensa en cuanto a que debía rechazarse la agravante por no sancionarse actualmente el abuso sexual.

DÉCIMO CUARTO: Que respecto de la atenuante de cooperación sustancial con el esclarecimiento de los hechos contemplada en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, se la acogerá por cuanto el imputado al someterse al procedimiento abreviado aceptando los hechos contenidos en la acusación y en los antecedentes de la carpeta fiscal, ello permitió establecer hechos directos para configurar una

tentativa de violación más allá de toda duda razonable, dado que, de otra forma se contaba sólo con los dichos de la víctima para establecer que la conducta desplegada por el imputado estaba destinada a permitir un acceso carnal no consentido por ella. Así las cosas, se debe recordar que las dos testigos sólo refieren haber escuchado gritos de auxilio y que el imputado pasó por su lado con el cierre del pantalón abajo, a lo cual se suma que sólo una de ellas relata haber visto al imputado sobre la víctima. Hechos todos que son equívocos y podrían encuadrarse en una riña, los que sólo se tornan unívocos de una agresión sexual cuando se confrontan con los dichos de la víctima aceptados por el acusado, lográndose en ese momento el estándar de convicción de condena y, en ese sentido, la aceptación de los hechos por el imputado es una colaboración sustancial. A lo cual se agrega que el acusado renunció a su derecho a un juicio oral y público, lo cual no puede ser gratuito y menos desconocido por el sentenciador, máxime que el ministerio público no modificó su acusación conforme lo permite el artículo 407 del Código Procesal Penal.

DÉCIMO QUINTO: Que al momento de determinar el quantum de la pena se tendrá presente que concurriendo una atenuante y una agravante estas se compensarán racionalmente.

Por estas consideraciones, y visto además lo dispuesto en los artículos 1, 7, 11 N° 9, 12 N° 16, 14 N° 1, 15 N° 1, 24, 30, 50, 52, 67, 70 y 361 N° 1 del Código Penal, 45, 47, 297, 406 y siguientes y 468 del Código Procesal Penal, se declara:

- I. QUE, SE CONDENA, al acusado **RENÉ EDUARDO CARMONA DELGADO**, ya individualizado, a la pena de **SEISCIENTOS DÍAS** de presidio menor en su grado medio, a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público por el tiempo de la condena, y al pago de las costas de la causa, por su responsabilidad como autor de delito tentado de violación, hecho cometido el día 16 de enero de 2004, en la comuna de Puerto Montt. Sirviéndole de abono el tiempo en que ha permanecido privado ininterrumpidamente de su libertad personal desde el día 16 de enero del presente año.
- II.- Que no reuniéndose en la especie los presupuestos para alguno de los beneficios de la Ley N° 18.216 la pena corporal impuesta será de cumplimiento efectivo, con el abono indicado.

CÚMPLASE OPORTUNAMENTE CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 468 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

Regístrese, notifíquese, devuélvase los antecedentes y archívese cuando procediere.

RUC N° 0400018126-4

RIT N° 106-2004.

DIRIGIÓ DON PATRICIO RONDINI FERNÁNDEZ-DÁVILA, JUEZ TITULAR DEL JUZGADO DE GARANTÍA DE PUERTO MONTT.

- **Condena por la falta prevista y sancionada en el artículo 495 N° 14 del Código Penal al haberse demostrado que las máquinas premian de acuerdo al azar y no a la pericia del jugador.**

Tribunal: Juzgado de Garantía de Molina.

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor de la falta del artículo 495 N° 14 del Código Penal. La Defensa no reconoció su responsabilidad, llevándose a efecto un juicio simplificado, argumentando que las máquinas incautadas, al ser mecánicas y estar programadas para tener un resultado definido, hacen posible establecer una secuencia real de los juegos mediante observación al ser éstos repetitivos. El Tribunal estimó que la prueba presentada por la Fiscalía en orden a acreditar que se trataba de juegos de azar resultaba convincente y suficiente, al haber demostrado sus peritos que las máquinas funcionan en forma eléctrica con la modalidad de premio programado no influyendo la destreza del jugador, sino el azar. Finalmente, el Tribunal consideró que el salón de pool en que fueron encontradas era de aquellos sitios determinados por el legislador, pues lo que la norma exige es que se trate de sitios de libre acceso público. Al efecto declaró que restringirse a los lugares detallados en la norma implicaba desconocer el desarrollo social y humano de nuestra comunidad, sobre todo considerando la data de elaboración de la norma en estudio, dando cuenta del verdadero sentido y alcance de la expresión "sitios de reunión".

Texto completo:

Molina, a catorce de enero de dos mil cinco.

VISTO, OÍDO Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que, el fiscal del Ministerio Público don **MIGUEL ALEJANDRO GAJARDO LIZANA**, Fiscal Jefe de MOLINA, ha interpuesto ante este Tribunal de Garantía requerimiento en procedimiento monitorio, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 392 del Código Procesal Penal, en contra de don **VÍCTOR HUGO CISTERNA CARRASCO**, Cédula de identidad N° 6.786.782-3, Comerciante, domiciliado en Pasaje Uno N° 2720 Villa Primavera Lontué, por su responsabilidad en calidad de autor del delito falta descrito en el artículo 495 N° 14 del Código Penal, fundado en que el día 11 de septiembre del presente aproximadamente a las 20:50 horas personal de Carabineros de Retén Lontué de la 4° Comisaría de Carabineros de Molina, sorprendió al interior del local comercial dedicado al rubro Salón de Pool, ubicado en Avenida 7 de Abril N° 2065 Lontué Molina, lugar en el cual mantenía dos máquinas tragamonedas, de color blanco, rojo y negro, sin dinero en su interior. A raíz de lo anterior, se procedió al retiro bajo acta de entrega voluntaria de las mencionadas máquinas, no contando además el

referido local comercial, con patente comercial al respecto, configurando estos hechos en concepto del Ministerio Público el ilícito descrito en el artículo 495 N° 14 del Código Penal, el que se encontraría en grado de consumado, atribuyéndole al imputado una participación en calidad del autor en el mismo.

En cuanto a la pena solicitada por el Ministerio Público conforme a lo prevenido en el artículo 495 N° 14 del Código Penal, se requiere una pena de multa de Una Unidad Tributaria Mensual al requerido, sin perjuicio de su condena en costas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45 y siguientes del Código Procesal Penal, además del comiso de las máquinas tragamonedas, ya referidas.

SEGUNDO: Que, de acuerdo al mérito de carpeta judicial la sentencia monitoria fue reclamada en su oportunidad, por lo que el tribunal fijó la audiencia de juicio simplificado de acuerdo al procedimiento establecido en los artículos 388 y siguientes del Código procesal Penal.

TERCERO: Que, a la audiencia de Juicio Oral Simplificado asistieron la señora Fiscal del Ministerio Público doña Mónica Barrientos Yáñez, y el imputado **VÍCTOR HUGO CISTERNA CARRASCO**, junto a su Abogado Defensor, don Héctor Aguilera Briceño.

CUARTO: Que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 395 del Código Procesal Penal, y habiéndose efectuado al imputado **VÍCTOR HUGO CISTERNA CARRASCO** las prevenciones correspondientes, este señaló que no admitía responsabilidad y que solicitaba la realización de juicio Oral Simplificado.

QUINTO: Que, de conformidad a la normativa pertinente el Tribunal abre debate y dispuso la recepción de la prueba, rindiéndose en primer lugar la ofrecida por el Ministerio Público para acreditar los hechos y peticiones del requerimiento. En efecto, el orden establecido por el citado interviniente fue el siguiente:

En primer término, se rindió la testimonial de cargo, consistente en la declaración de Daniel Serrano Díaz, Sargento 2° de Carabineros, Jefe del Retén Lontué, quien en forma sintética refiere respecto de los hechos del requerimiento que se procedió a inspeccionar un local en donde se encontraban dos máquinas tragamonedas, respecto de las cuales, se procedió a notificar al dueño de éste que había cometido la infracción contemplada en el artículo 495 N° 14 y se decomisaron las máquinas, según instrucción de Fiscalía, agregando al respecto, que es un local de libre acceso y que las máquinas estaban funcionando al momento de ser decomisadas.

Sometido al contraexamen de rigor, el testigo señala que la función de Carabineros es dar eficacia al derecho y cumplir las leyes de la República.

Posteriormente, comparece a estrados don Moisés Molina Soto, Cabo 1° de Carabineros del Retén Lontué, quien en forma sintética señala respecto de los hechos del requerimiento que efectuándose un control de rutina, se procedió a cursar la infracción por mantener máquinas tragamonedas al interior de un salón de Pool sin permiso Municipal. Agrega que las máquinas se encontraban funcionando, enchufadas y que el local en cuestión es un lugar de libre acceso, sin ningún tipo de fiscalización al respecto.

Sujeto al contra examen de la defensa, el testigo señala que la función de Carabineros es dar eficacia al derecho y garantizar el orden público, agrega que habitualmente se fiscalizan locales de libre acceso al público y que en el caso puntual, no

había alteración del orden público sino sólo una infracción al Código Penal.

Comparece a declarar como testigo del órgano persecutor penal don Pedro Luardo Díaz, Cabo 2° de Carabineros de la Cuarta Comisaría de Molina, quien expresa que en el procedimiento en que le tocó participar, se procedió a cursar la infracción por mantener máquinas tragamonedas al interior de un salón de Pool sin permiso Municipal, posteriormente se decomisaron las máquinas con la voluntad de entrega por parte del locatario. Agrega que las máquinas se encontraban enchufadas y que el local en cuestión es un lugar de libre acceso para todo público, sin restricción horaria ni pecuniaria.

Sujeto al contra examen de la defensa, el testigo señala que mediante una fiscalización de rutina, se encontró al interior de un local de juegos 2 máquinas tragamonedas sin sus patentes que las autorizaban y que el local en cuestión es de libre acceso al público.

Comparece a declarar en calidad de testigo don Víctor Arismendi Catalán, Carabiniro, quien refiere que fue el responsable de confeccionar el parte por la infracción de tener Máquinas Tragamonedas sin permiso Municipal, y posteriormente las Máquinas decomisadas fueron llevadas al destacamento, donde se entregó el dinero que había en su interior al dueño.

Posteriormente, se rinde la prueba pericial consistente en la declaración de don Víctor Blanco Romero, perito en Criminalística, perito en Balística forense, Teniente de Carabineros, quien en forma sintética señala respecto del funcionamiento de las máquinas tragamonedas, éstas funcionan en forma eléctrica con la modalidad de premio programado, es decir, no influye la destreza del jugador respecto de la máquina, sino el azar; contestando preguntas de carácter aclaratorio de parte del Tribunal, el testigo afirma que la máquina es de azar pues el resultado no depende en ningún caso de la inteligencia o capacidad del jugador, sino que de un juego programado desde el momento que la moneda traspasa la ranura de alimentación.

Sujeto al contra examen de la defensa, el perito señala su especialidad y que sus conocimientos son de naturaleza empírica respecto del funcionamiento de la máquina no del software de ella agregando que no se basa en el trabajo de otras instituciones, sino que sólo en su experiencia.

Asimismo, comparece a estrados el Ministerio Público llama a declarar a don Cristián Brebi Sáez, Teniente de Carabineros, perito de criminalística, quien refiere respecto del funcionamiento de las máquinas que ha efectuado peritajes en alrededor de 80 máquinas y en el caso, concluye que el resultado de la máquina no depende de la destreza del jugador sino de la programación de la máquina pudiendo establecerse tendencias de juego pero que en su resultado no participa la destreza del jugador sino el azar, es decir, no se puede asegurar a priori el resultado; asimismo, se pudo establecer que mientras más se apuesta, más probabilidades hay de ganar, pero que esto no es proporcional al monto a ganar o al dinero apostado, lo que concluye que corresponde a una máquina de azar.

Sujeto al contra-examen de la defensa, el perito señala que en estas máquinas es posible establecer tendencia de resultado, pero no resultado final, además el jugador interactúa con ella sólo por medio de un botón, el cual no discrimina de su destreza o intelecto.

Consultado por la defensa al respecto, el perito señala conocer estudios respecto de este tipo de máquinas elaborados por algunas Universidades, los cuales resultan coherentes con sus aseveraciones y por tanto no resultan contradictorias.

Ante preguntas aclaratorias realizadas por este Magistrado el perito señala que según informes evacuados por las Universidades, en el caso de las máquinas de sorpresa participa la habilidad y destreza humana, pero en el caso particular, las máquinas de juego programado cualquiera sea su tipo, se acredita que no es posible establecer un resultado final, sólo una eventual tendencia pero no un resultado final que permita ganar.

Se rindió la documental del Ministerio Público en los términos del artículo 333 en relación con el artículo 389 del Código Procesal Penal, consistente en: 1.-) Copias de sentencias en procedimiento monitorio y simplificado, a saber entre otras; a.- Sentencia ejecutoriada de procedimiento monitorio en causa RUC 0400215312-4 del Juzgado de Garantía y de Letras de Tal-Tal por la falta establecida en el artículo 494 N° 14 del Código Penal; b.- Sentencia de juicio simplificado de causa RUC 0400106766-k del Juzgado de Garantía de San Vicente de Tagua-Tagua de 11 de septiembre de 2004,

por la falta establecida en el artículo 494 N° 14 del Código Penal; c.- Sentencia de procedimiento monitorio de fecha 19 de agosto de 2004, del Juzgado de Garantía de Parral; d.- Sentencia condenatoria en procedimiento monitorio del Juzgado de Garantía de Parral; e.- Sentencia en procedimiento monitorio del Juzgado de Garantía de Molina de fecha 2 de septiembre de 2004; f.- Sentencia en procedimiento monitorio del Juzgado de Garantía de Molina de fecha 8 de septiembre de 2004.

2.-) Informe pericial de análisis N° 378-2004 en causa 0400339601-6, efectuado por el perito Cristián Brebi Sáez.

3.-) Informe pericial de análisis N° 381-2004 en causa 0400339601-6, efectuado por el perito Cristián Brevis Sáez.

4.-) Informe pericial de análisis N° 279-4 en causa 0400339601-6, efectuado por el perito Víctor Hugo Blanco Romero.

5.-) Informe técnico, estudio sobre la aleatoriedad en el programa para las máquinas de juego copa 98-II y Hell Fire, suscrito por José Alberto Pina Urtubia, elaborado por el Departamento de Ciencias de la Computación de la Universidad de Chile.

Finalmente, como evidencia material, se presentan dos máquinas tragamonedas incautadas, las cuales se encuentran en custodia del Tribunal desde el 28 de diciembre de 2004, bajo el registro 1000017599-k.

La defensa a través del letrado **Héctor Aguilera Briceño**, presenta como testigo a don Fabián Andrés Espinoza Reyes, quien refiere que estudió en conjunto con el requerido acerca de la factibilidad de instalar las máquinas tragamonedas en base a estudios técnicos sobre funcionamiento de éstas y lo correspondiente a permisos legales en atención a su calidad de estudiante de ingeniería, lo cual le permite comprender y explicar puntos técnicos respecto de estas máquinas señalando que estas funcionan en base a un programa que obedece a variables del entorno, lo cual implica que existe un rango considerable de posibilidades ciertas para que el jugador pueda ganar. Agrega que en este tipo de máquinas existe un rango de posibilidades más grande de ganar que de perder, considerando que el programa de funcionamiento de la máquina se basa en un código aleatorio, con un número definido, pues si fuera infinito, sería de azar.

Sujeto al contra examen del Ministerio Público, el testigo señala haber asesorado técnicamente al requerido para la adquisición de las máquinas a través de informes técnicos y permisos Municipales pertinentes, atendido a la autorización de funcionamiento de estas máquinas en otros lugares agregando que según el punto de vista técnico, la máquina no sería cien por ciento de azar atendido a que es mecánica y está programada para tener un resultado definido. Finalmente señala que es posible mediante observación, establecer una secuencia real de los juegos al ser estos repetitivos.

Como prueba documental la defensa adjunta: 1.- Patentes de las Municipalidades de la Cisterna, San Miguel, La Pintana, de Cauquenes y otros, consistentes en permisos provisionales para el funcionamiento de las máquinas.

2.- Dictámenes de la Contraloría que establece condiciones para otorgar las patentes.

3.- Estudios de la Universidad de Chile en su Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas.

4.- Estudio Máquina de entretención de Juego Programado "Five Tigre, realizado por Marisol Rodríguez Valenzuela profesora de Matemáticas y Estadísticas.

SEXO: Que, a la luz de la prueba rendida que ha sido apreciada en libertad, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, se deberán tener por acreditado en este procedimiento, los siguientes hechos: "que el día 11 de Septiembre del presente aproximadamente a las 20:50 horas personal de Carabineros de Retén Lontué de la 4ª Comisaría de Carabineros de Molina, encontró al interior del local comercial dedicado al rubro Salón de Pool, ubicado en Avenida 7 de Abril N° 2065 Lontué, Molina, dos máquinas tragamonedas, de color blanco, rojo y negro, artefactos que por sus cualidades deben ser considerados de azar, a raíz de lo cual, se procedió al retiro bajo acta de entrega voluntaria de las mencionadas máquinas".

SÉPTIMO: Que, el hecho antes acreditado se comprueba en atención a que los testigos presentados por el Ministerio Público a saber, Daniel Serrano Díaz, Moisés Molina Soto, Pedro Luardo Díaz y Víctor Arismendi Catalán, han realizado un relato coherente acerca de las circunstancias de la comisión del ilícito, en torno al procedimiento en que

participaron, en específico entregando las propiedades físicas del lugar en que se encontraban ubicadas las máquinas de libre acceso público como asimismo el hecho de haber estado en funcionamiento los artefactos al momento de ser incautados; que asimismo, los peritos del órgano persecutor penal Víctor Blanco Romero y Cristián Brebi Sáez aparecen bien informados en torno al estudio y análisis realizado a las máquinas el que se ha realizado directamente respecto de éstas sustentado en sendos informes periciales, agregados como documental al juicio, que describen el método utilizado en el estudio y si bien la defensa ha tratado de desacreditar la idoneidad de los autores del informe por su falta de especialidad respecto de la materia concreta de que informan, es posible colegir que dada su experiencia y el rigor científico de su estudio este aparece consistente en la afirmación de que efectivamente se trata de máquinas en que predomina el azar sobre la destreza, debiendo dársele preponderancia respecto del testigo presentado por la Defensa Fabián Espinoza Reyes que sustenta su evaluación en otros estudios y que no ha referido un método científico de análisis que permita solventar sus asertos.

OCTAVO: Que, además, debe considerarse la documental consistente en el "Estudio sobre la aleatoriedad en el programa para las máquinas de juegos Copa 98 II y Hellfire", realizado por don José Alberto Pino Urtubia, presentado por el Ministerio Público como documento, el que da cuenta de las características de juego de azar de estas, debiendo relacionarse asimismo, con la pericial antes detallada que es más específica que las probanzas rendidas por la defensa que en cuanto al informe de la Universidad Mayor, realizado por la profesional Marisol Rodríguez Valenzuela, versa sobre la máquina de juego programado denominada "Five Tigre", de conformación y funcionalidad diferente que las máquinas objeto de este juicio, debiendo restársele mérito a las demás pruebas de descargo por ser irrelevante en los temas centrales y controvertidos de este juicio, cuales fueron la naturaleza de juegos de azar de las máquinas de juego incautadas y la naturaleza de lugar público donde fueron encontradas.

NOVENO: Que, en este sentido deberá considerarse que los hechos asentados en el motivo sexto configuran el ilícito previsto y sancionado en el artículo 495 N° 14 del Código Penal, pues se ha

concluido de un lado, la naturaleza de juego de azar de las máquinas incautadas y por otro, que el lugar en que fueron encontradas, es de aquellos que determina nuestro legislador en la norma en comento, es decir se trata de “**..otros sitios semejantes de reunión**” pues lo que se ha querido es referir a aquellos sitios de libre acceso público característica que reúne en nuestros tiempos un local de video juegos o un salón de pool, de forma que restringir las expresiones a las específicas que se detallan en la norma es desconocer el desarrollo social y humano de nuestra comunidad, sobre todo si se considera la data de elaboración de la norma en estudio, lo que da cuenta del verdadero sentido y alcance de la expresión “sitios de reunión” que permite establecer su correcta interpretación.

DÉCIMO: Que, conjuntamente a la calificación jurídica que se ha dado a los hechos acreditados deberá establecerse la participación del requerido en calidad de autor debiendo ser condenado a pagar la suma de una Unidad Tributaria Mensual, según valor de esta al mes que resulte ejecutoriada la presente resolución.

DÉCIMOPRIMERO: Que, asimismo se decretará el comiso de las máquinas de juego incautadas en los términos del artículo 499 N° 6 del texto legal sustantivo, y procederse una vez ejecutoriado este fallo conforme a lo previsto en el artículo 469 del texto legal procesal, desechándose en esta parte la solicitud de doña Emelina del Carmen Valdés Sepúlveda, como tercera excluyente que consta a fojas 43 de carpeta judicial.

DÉCILOSEGUNDO: Que, asimismo el requerido deberá pagar las costas en la presente causa fijándose en el 10% de la suma a que ha sido condenado por la sanción pecuniaria impuesta.

DÉCIMOTERCERO: Que, por otro lado la defensa realizó como petición subsidiaria la aplicación del artículo 398 del Código Procesal Penal, esto es que se suspenda la imposición de la condena desechándose tal requerimiento por cuanto en juicio de esta Magistratura no se hizo valer ningún antecedente favorable que permitiera hacer aconsejable la suspensión de la imposición de la conde-

na, carga procesal que le asiste a esa parte de acuerdo a la redacción del artículo en comento.

Por estas consideraciones, y visto además, lo dispuesto en los artículos 1°, 5, 15, 18, 21, 49, 50, 70, 495 N°14, 499 del Código Penal; artículos 297, 340, 342, 344, 346, 348, 388 y siguientes, 468 y 469 del Código Procesal Penal;

SE DECLARA:

- I.- Que se **CONDENA** a **VÍCTOR HUGO CISTERNA CARRASCO**, ya antes individualizado, a sufrir la pena de multa de **UNA UNIDAD TRIBUTARIA MENSUAL**, como **AUTOR** de la falta prevista y sancionada en el artículo 495 N° 14 del Código Penal, esto es, el que en caminos públicos, calles, plazas, ferias, u otros sitios semejantes de reunión estableciere rifas u otros juegos de envite o azar, hecho ilícito ocurrido en este territorio jurisdiccional.
- II.- Si el sentenciado no tuviere bienes para satisfacer la multa, sufrirá por vía de sustitución y apremio, la pena de reclusión, regulándose un día por cada un quinto de Unidad Tributaria mensual, sin que ella pueda nunca exceder de seis meses.
- III.-Que, el sentenciado deberá pagar las costas de esta causa, según se definió en el motivo décimo segundo de este fallo.
- IV.-Que, asimismo se ordena el comiso de las máquinas de juego en los términos del artículo 499 del Código Penal, en la forma determinada en el considerando undécimo una vez ejecutoriado el presente fallo.

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

Regístrese, notifíquese, dése copia y archívese en su oportunidad.

RUC N° 0400339601-6.

RIT N° 826-2004.

DICTADA POR JOAQUÍN IGNACIO NILO VALDEBENITO, JUEZ DE GARANTÍA SUBROGANTE DE MOLINA.

- **El delito de violación es un delito de mera actividad que se cumple con la sola penetración sin necesidad de que ésta sea completa o aparezca otros sucesos.**

Tribunal: Tribunal de Garantía de Castro.

Resumen:

En juicio abreviado el Tribunal tuvo por acreditada la ocurrencia del delito de violación vía anal y vaginal de una menor de 11 años. Para ello consideró las declaraciones de la menor, testigos y peritos, pruebas que en conjunto con lo declarado por el acusado permitieron reconstruir de manera completa el ilícito ocurrido. De especial relevancia resultó el hecho de poder tener por acreditada la violación anal con las declaraciones de la menor y del imputado, pese a la falta de conclusión fehaciente del examen proctológico, en especial porque la violación se consuma con la sola penetración del miembro masculino, la que no necesita ser completa, por tratarse de un delito de mera actividad que aparte de la conducta no exige suceso o alteración en el mundo externo como consecuencia. Respecto a las atenuantes del artículo 11 N° 6 y 9 del Código Penal invocadas por las partes, el Tribunal las acogió por cumplirse los requisitos legales. Sin embargo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 inciso final de la ley 18.216, el Tribunal no concedió un beneficio de cumplimiento alternativo de la condena.

Texto completo:

Castro, veintiuno de febrero del año dos mil cinco.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que ante el Juzgado de Garantía de Castro, se ha tramitado el presente juicio, RUC 0400121640-1, RIT 459-2004, según las normas del procedimiento abreviado de los artículos 406 y siguientes del Código Procesal Penal.

El Ministerio Público, representado en ésta audiencia por el señor Fiscal don Daniel Alvarado Tiquer, con fecha 18 de enero del presente acusó a **CARLOS FERNANDO RUIZ CÁRDENAS**, RUN 13.826.063-1, nacido el 20 de abril de 1980, tripulante de embarcación, domiciliado en calle José Mailot N°091, Población Villa Queilen, comuna de Queilen.

Desde las primeras diligencias realizadas en la causa el acusado, ya individualizado, fue asesorado y representado por el abogado Jorge Pérez Sánchez, domiciliado en Urmeneta 1, Puerto Montt y, luego declarada abandonada la defensa al defensor penal público don Jaime Mariman Naguelquin, domiciliado en Serrano 455, Castro.

SEGUNDO: Que la Fiscalía Local en su presentación y como fundamento de la acusación, señaló los siguientes hechos: “El día 28 de marzo del 2004, aproximadamente a las 16:00 horas, la menor Y.B.C.S., de 11 años de edad concurrió al domicilio del acusado, ubicado en calle José Mairlot de la comuna de Queilen, momentos en que el acusado aprovechándose de las circunstancias de que no había otros adultos y de la minoría de edad de la víctima, la penetró por vía vaginal y anal”.

Señala que los hechos anteriormente descritos se enmarcan en el delito de violación, en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal y la participación que se atribuye al imputado es en calidad de autor.

Agrega que concurren las circunstancias atenuantes de responsabilidad establecidas en el artículo 11 N° 6 y 9 del Código Penal, por lo que previa modificación de la pena, solicita sea condenado a la pena de 4 años y 100 días de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias respectivas y las del artículo 370 bis y 372 del Código Penal y pago de las costas de la causa.

La querellante expone que entiende concurrente respecto del acusado las mismas circunstancias atenuantes señaladas por la fiscalía, por lo que

también modifica la pena inicialmente impuesta de 5 años de presidio menor grado máximo.

Por su parte, el acusado Ruiz Cárdenas, asesorado por su abogado defensor, reconoció expresa y claramente cada uno de los hechos enunciados y los antecedentes de la investigación en que se fundan, en audiencia celebrada ante este Tribunal con fecha 16 de febrero del presente año, habiéndose comprobado por este Juez de Garantía, la ausencia de presiones dirigidas al imputado y su voluntad libre en el reconocimiento de los hechos referidos.

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

Por su parte el abogado defensor solicitó las atenuantes reconocidas por la fiscalía y beneficios de la Ley 18.216.

TERCERO: Que el Tribunal da por probado el siguiente hecho, en virtud del reconocimiento del imputado y de los antecedentes de investigación presentados al Tribunal por la fiscalía, exhibidos oportunamente a la defensa: El día 28 de marzo del 2004, aproximadamente a las 16:00 horas, la menor Y.B.C.S., de 11 años de edad concurrió al domicilio del acusado, ubicado en calle José Mairlot de la comuna de Queilen, momentos en que el acusado aprovechándose de las circunstancias de que no había otros adultos y de la minoría de edad de la víctima, la penetró por vía vaginal y anal.

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

a) Certificado de nacimiento de la menor Y.B.C.S. de fecha 7 de octubre de 1992.

b) Extracto de filiación y antecedentes del acusado Carlos Fernando Ruiz Cárdenas el que no registra anotaciones anteriores.

c) Acta de realización de peritaje Ley de Delitos Sexuales N° 19.617 emitido a la menor C.S. el día 31 de marzo de 2004 el que señala al examen ginecológico, genitales externos: excoriaciones

amplias y simétricas comprometiendo en su totalidad labios menores y mayores. Excoriación de 2x10 cms. en pliegue muslo-perineal de anterior a posterior, excoriación de 3x10 cm de cara medial, tercio superior de muslos de anterior a posterior; genitales internos: himen perforado, sin desgarró, excoriación 0,5 x1 cm, desde la 1-3 horas de himen. Examen anal tono conservado. Conclusión: hallazgos compatibles con abuso sexual, no pudiendo descartar violación.

d) Informe de calificación pericial emitido por la psicóloga Susana Eltit Krause del Centro Millantuy que concluye luego de realizar un análisis de elementos conductuales y clínicos, así como las características formales y de contenido del relato es posible establecer que el relato de la niña es altamente creíble, basado en hechos reales y no mera fantasía, por lo que podría decirse que la menor fue objeto de penetración anal por parte de Carlos Ruiz Cárdenas, sugiriendo ser ingresada a un tratamiento reparatorio por un período no inferior a un año.

e) Orden de investigar diligenciada por la Brigada de Delitos Sexuales de Puerto Montt, que consigna declaraciones de testigos y del acusado, quien a su vez autorizó grabación. La declaración del acusado señala que en el mes de marzo de año (2004) su prima Y.C.S. de 11 años de edad llegó a su casa un día domingo alrededor de las 16:00 horas en busca de desperdicios para sus chanchos. En un instante le ofreció comprarle un personal stereo a cambio que mantuvieran relaciones sexuales, a lo que ella respondió afirmativamente, por lo que en el dormitorio ambos sacaron los pantalones y calzones de la menor, procediendo a penetrarla de pie vía vaginal y después anal, eyaculando de la segunda manera dentro de ella. Minutos más tarde ella misma se limpió el "poto" y se fue de la casa.

Nueva declaración del acusado con fecha 6 de mayo de 2004 ante la fiscalía local ratifica lo señalado ante Carabineros, señalando que ese día tuvo contacto con la menor en circunstancias que ella fue a su domicilio a buscar desperdicios para sus chanchos.

f) Declaraciones de Patricio Matamala Soto y Mauricio Molina Arraigada, funcionarios de la policía de investigaciones de Puerto Montt, quienes ratifican lo declarado ante ellos por el acusado.

g) Declaración del padre de la víctima don José Cárdenas Torres quien señala que el imputa-

do es hijo de su hermana Efitá Cárdenas y que viven a una distancia de 200 metros.

h) Declaración de la menor Y.C.S., quien declara que el día de los hechos fue a la casa de su tía Orfelinda cuando Carlos Fernando, su primo, de repente la pilló de sorpresa por detrás, le sacó la ropa, y empezó a abusar de ella, señala que puso el pene donde hacía caquita, sintió un dolor fuerte, y cuando se fue a su casa se dio cuenta que le había hecho una herida, donde hay un hoyito chiquitito, pues al hacer caca le empezó a doler. Señala que el pene era como duro. Señala que en la cocina la abusó primero y luego la tiró en su cama para seguir abusando de ella, para lo cual se acostó de guatita, dándole la espalda, momentos en que llegó un chiquitito por lo que dijo que se subiera la ropa y se fuera. Agrega que sólo alcanzó a colocarse como baba en su pene, era saliva que salía de su boca. Agrega cuando empezó a abusar de ella en la cocina le salió como un líquido medio blanco del pene, el que botó al suelo. Expone que no le quiso contar nada a su madre por susto, pues pensó que se le iba a enfrentar cualquier cosa a ella”.

i) Declaración de Balbina Santana Ruiz, madre de la víctima, quien ratifica la declaración de su hija en el sentido que ésta le contó lo sucedido el día de los hechos y que le había ofrecido un par de aros y un personal stereo para que se mantuviera callada.

j) Declaración del menor de edad Julian Cárdenas Cárdenas, quien señala que el Fernando bajó la ropa a la Y., le colocó su pene en su cosa, a lo que Y. le dijo que le dé su plata. Al ser entrevistada con unos monitos sitúa el muñeco con rasgos masculinos sobre el de rasgos femeninos, además el pene en el trasero.

k) Parte denuncia de fecha 31 de marzo de 2004 que da cuenta de abuso sexual infantil por parte de Balbina Santana Ruiz en perjuicio de su hija menor de edad Y.C.S..

La prueba antes descrita, en especial la declaración prestada por la menor afectada en la que detalla en forma clara cada una de las conductas desplegadas por el acusado el día de los hechos, en el sentido que éste al llegar a su domicilio, en la cocina, la habría tomado por detrás, puso las manos en sus hombros, y abusado de ella, poniéndole el pene en el trasero, que le provocó dolor, para luego arrojar un líquido blanco que botó al suelo, e in-

tentado hacerlo nuevamente en el dormitorio, no logrando en esta oportunidad su objetivo; resultan altamente creíbles, por el tono y claridad del relato, por las consecuencias posteriores que le provocaron dichos actos las que indica como el dolor “al hacer fuerzas para hacer caquita” y haberle provocado una herida en el “hoyito chiquitito que tiene en el potito”; por no desprenderse contradicciones internas en su declaración y resultar coherente con la forma que pudieron ocurrir estos acontecimientos y, sobre todo, por el informe pericial allegado a la carpeta fiscal, que luego de ser evaluada por una psicóloga concluye que lo relatado por la menor es altamente creíble.

Asimismo, el acta de realización de peritaje de la Ley de delitos sexuales N° 19.617, emitido 3 días después de ocurrido los hechos, da cuenta de hallazgos compatibles con abuso sexual, no pudiendo descartar violación, al presentar la menor Y.C.S., al examen ginecológico excoriaciones en los genitales externos e internos e himen perforado y al examen proctológico esfínter anal tono conservado.

De los mencionados antecedentes, sumados además, a las declaraciones de testigos de los hechos e informes policiales, este tribunal da por acreditado que el día 28 de marzo de 2004 la menor de 11 años de edad Y.C.S., fue accedida carnalmente por un sujeto vaginal y analmente.

Al respecto si bien la menor en su declaración señala sólo haber sido accedida analmente (al señalar haber sido abusada por el “potito”, por el trasero, que le dolía después al hacer caca) el hecho que además fue vaginalmente, se desprende del informe pericial que denota signos de violación en la menor, demostrado por excoriaciones externas e internas e himen perforado, lo que da cuenta a este Tribunal que el día de los hechos además de haberlo sido accedida analmente lo fue por la vagina, sin perjuicio, que quizás la víctima, atendida su edad, su desconocimiento e inexperiencia sexual, no pudo darse cuenta o percatarse que, además al ser tomada por detrás y de pie fue accedida por vía vaginal. En este sentido, no existen elementos antecedentes que puedan refutar lo antes señalado y, por el contrario, esta afirmación que se desprende claramente del informe pericial, resulta concordante con las declaraciones del acusado quien expone haberla penetrado por esta vía cuando la menor estaba de pie para luego penetrarla analmente.

Al efecto, este Tribunal ha dado por acreditado que el acceso carnal además se verificó analmente, pese a que el informe pericial no da cuenta de lesiones en el examen proctológico, pues este ilícito se consuma cuando existe penetración del miembro masculino, sin que sea necesaria una completa introducción del pene. Al respecto se ha sostenido que “la violación es un delito de mera actividad, porque, aparte de la conducta, el tipo no exige ningún otro suceso; y menos aún, una alteración en el mundo externo, que pueda ser tenida como consecuencia de la realización de la conducta” (Delitos sexuales, Luis Rodríguez Collao, primera edición, pag. 163). En este sentido al existir un relato coherente y creíble de la menor quien señala haber sido penetrada analmente, que describe cómo ocurrió dicha agresión, las circunstancias de ésta, que ello sucedió de pie en la cocina, que sintió el pene duro en su trasero, que le provocó dolor, además de sentir dolor al hacer fuerza para hacer caca y que en dicha oportunidad el acusado botó un líquido blanco por el pene, hacen concluir a este Tribunal que pese a que no existen lesiones en el esfínter de la menor, existió un acceso vía ano de la menor por parte del acusado el día de los hechos.

Las conclusiones antes señaladas, son coincidentes en forma absoluta con la declaración del acusado Ruiz Cárdenas, quien señala que el día de los hechos procedió a penetrar a la víctima de pie vía vaginal y después anal eyaculando de la segunda forma dentro de ella y, además con el reconocimiento efectuado por el acusado en esta audiencia en que acepta los hechos materia de la acusación y antecedentes de investigación.

En este sentido los antecedentes descritos, resultan concordantes y coherentes, y sirven para señalar más allá de toda duda razonable que los hechos ocurrieron en la forma detallada en el párrafo anterior.

QUINTO: Que los hechos así descritos son constitutivos del delito de violación, en grado de consumado, contemplado en el artículo 362 del Código Penal, toda vez, que atendida la minoría de edad de la víctima, resulta imposible hablar de consentimiento o voluntad en la ocurrencia en los hechos materia de la investigación.

Asimismo, resultó acreditado que al acusado Ruiz Cárdenas, le corresponde una participación

de autor de acuerdo al artículo 15 N° 1 del mismo cuerpo de leyes, al haber ejecutado el hecho en forma directa e inmediata.

SEXTO: Que defensa se limitó a solicitar se reconozcan las atenuantes de responsabilidad esgrimidas por la Fiscalía, se proceda a la rebaja del artículo 68 inciso 3 del Código Penal, y otorguen beneficios de la ley 18.216.

SÉPTIMO: Que beneficia al acusado la atenuante de irreprochable conducta anterior conforme lo dispone el artículo 11 N°6 del Código Penal, acreditado por el solo mérito del extracto de filiación del acusado.

Asimismo, y conforme a la declaración prestada por el acusado ante la Policía de Investigaciones de Chile, con delegación fiscal, y la posterior ratificación que hace ante dicha sede, en la que renunciado a su derecho a guardar silencio ha reconocido participación en los hechos materia de la acusación, dando detalles que se encuentran en concordancia con las demás piezas de la investigación fiscal, estima este Tribunal que atenúa su responsabilidad la circunstancia establecida en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, pues dicha colaboración resultó sustancial, oportuna y efectiva, pues acaso sin ella, no podríamos sostener con la misma convicción la ocurrencia del ilícito y la participación del imputado en éstos. Como se ve, la colaboración del acusado aportó elementos variados, convincentes y abundantes a la determinación fáctica de la investigación fiscal y del tribunal, por lo que entiendo acreditado los requisitos para su configuración.

OCTAVO: Que entonces favoreciendo al acusado, dos atenuantes sin perjudicarle agravante alguna, conforme al artículo 68 inciso 3 del Código Penal, procederá a rebajar en un grado la pena, toda vez, que no existen circunstancias que posibiliten la aplicación de la facultad del tribunal a la rebaja en más grados de lo señalado.

Para graduar la pena este tribunal tendrá presente las alegaciones formuladas por la querellante, en cuanto al daño causado a la menor, evidenciado en el informe pericial, que sugiere que ésta deba ser ingresada a un tratamiento reparatorio, por un período no inferior a un año de duración y de las propias expresiones de la menor en cuanto señala sentirse amenazada, que “no dejo de pensar en el día de mañana en que me va a volver abusar o insi-

núa algo o quizás me va insinuar que me va a matar” y que en forma reiterada recuerda lo sucedido, daño que el acusado con su actuar ha causado a una menor de 11 años de edad. Asimismo, se tendrá presente el hecho que el acusado se aprovechó de la relación de confianza y de parentesco que existía con la menor, pues precisamente ésta fue la causa que la menor fuera al domicilio del acusado e ingresara a éste, por lo que estimando ajustada la pena solicitada por la querellante, se graduará en dicha magnitud.

NOVENO: Que respecto de los beneficios de la Ley 18.216, solicitados por la defensa, este Tribunal tendrá presente lo dispuesto en el artículo 1 inciso final de la Ley 18.216 que imposibilita al Tribunal hacer uso de la facultad de conceder algún beneficio alternativo a la pena.

En este sentido en nada altera lo antes concluido los documentos agregados por parte la defensa del imputado consistente en distintos certificados de honorabilidad y certificado de antigüedad emitido por el empleador del sentenciado.

Y teniendo presente lo dispuesto por los artículos N° 1, 5, 11 n° 6 y 9, 15 Nro. 1, 18, 29, 50, 68, 69, 362, 370 bis y 372 del Código Penal; 45, 47, 343, 344, 351, 406, 412, 413 y 415 del Código Procesal Penal; se declara:

- I.-** Que se condena a **CARLOS FERNANDO RUIZ CÁRDENAS**, ya individualizado, a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante todo el tiempo de la condena, en su calidad de autor del delito de violación, en grado de consumado, cometido el día 28 de marzo de 2004, en la comuna de Queilen.
- II.-** Que asimismo, el sentenciado queda inhabilitado para obtener la patria potestad de la víctima y de los derechos que por el ministerio de la Ley se le confirieren respecto de la persona y bienes de la menor, de sus ascendientes y descen-

dientes. Además de condenarse a las penas de interdicción del derecho a ejercer la guarda y ser oídos como parientes en los casos que la ley designa y de sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal, que consistirá en informar a Carabineros cada tres meses su domicilio. Asimismo, se le condena a la pena de 10 años de inhabilitación absoluta temporal en su grado máximo para cargos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad.

- III.-** Que el sentenciado deberá cumplir la pena efectivamente impuesta, no existiendo abonos en la presente causa al no haber permanecido privado de libertad por motivos de esta causa.
- IV.-** Que no se condena en costas al sentenciado por haber aceptado el procedimiento abreviado y renunciado a su derecho a un juicio oral y público.
- IV.-** Que se dejan sin efecto las medidas cautelares decretadas en esta causa.

Póngase en conocimiento de Carabineros de Queilen a efectos de proceder a la vigilancia respectiva del sentenciado, una vez que cumpla la pena impuesta.

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

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

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

Regístrese, notifíquese y archívese si no se apelare.

RUC: 0400121640-1, RIT: 459-2004.

DECRETADA POR DOÑA VERÓNICA HERRERA OCARES. JUEZ TITULAR.

- **No da lugar a la petición del querellante de sostener por sí la acusación en los términos del inciso 3° del artículo 258 del Código Procesal Penal por no encontrarse formalizada la investigación.**

Tribunal: Juzgado de Garantía de Molina.

Resumen:

El Ministerio Público solicitó el sobreseimiento definitivo de la causa en base a la hipótesis del artículo 250 letra b) del Código Procesal Penal, decisión ratificada por el Fiscal Regional. El querellante solicitó acusar por sí mismo de acuerdo al inciso 3° del artículo 258 del mismo código. El Juez denegó la solicitud por no encontrarse formalizada la investigación, siendo insostenible en esas circunstancias una acusación en virtud del principio de congruencia. Agregó, además, que la formalización es una actuación unilateral, exclusiva y soberana del Fiscal que cumple una función garantista consistente en informar de manera específica y clara acerca de los hechos que se imputan, permitiendo de ese modo ejercer adecuadamente el derecho a defensa.

Texto completo:

AUDIENCIA DE SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO

Apercibimiento según artículo 26 del Código Procesal Penal.

Molina, veintiocho de abril de dos mil cinco, siendo las 10:43 horas se da inicio a la audiencia por el magistrado don **Víctor Manuel Rojas Oyarce** y los demás intervinientes:

Fiscal Adjunto: Miguel Gajardo Lizana.-

Abogado Querellante: *Ana María Lazo Rodríguez.-*

Defensor Penal Licitado: Patricia Esteban Torres.-

Víctima: Sandra Soledad Peredo Martínez, 29 años, casada, CI N° 13.350.709-4, dueña de casa, domiciliada en Población Santa Fe, Curicó.

Imputado: René de la Fuente Gutiérrez, 40 años, casado, CI N° 9.691.841-0, vendedor agrícola, domiciliado en Villa Apumanque, calle Vicuña N° 1489 Curicó.

El señor Fiscal, solicita se reitere la solicitud formulada en audiencia de fecha 16 de marzo de 2005, en orden a decretar el sobreseimiento definitivo en la presente causa en los términos del artículo 248 y 250 letra b) del Código Procesal Penal; atendido a lo expresado por el señor Fiscal Regio-

nal del Maule, mediante oficio 198-2005, y por los antecedentes ya expuestos en la audiencia anterior.

La Abogado Querellante se opone a lo expresado por el señor Fiscal, solicitando al Tribunal que se disponga que la acusación en contra del imputado sea formulada por esta parte de conformidad a lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 258 del Código Procesal Penal.

La Defensa se allana a lo solicitado por el Ministerio Público, oponiéndose al ejercicio autónomo de la acusación.

EL TRIBUNAL RESUELVE:

Visto y oídos a los intervinientes:

PRIMERO: Que el Ministerio Público ha solicitado el sobreseimiento definitivo de la presente causa, en base a la hipótesis del artículo 250 letra b), esto es, cuando apareciere claramente establecida la inocencia del imputado.

SEGUNDO: Funda su petición el Ministerio Público en las circunstancias y antecedentes de la investigación y debatidas con fecha 16 de marzo del presente año, a saber, declaración de testigo Israel Ignacio Lagos Ramírez, declaración del imputado, informe de la S.I.A.T, que señala como causa basal del accidente, “*que el menor de edad ante su escaso poder de discernimiento para valorar el peligro se expone al riesgo y es atropellado por el automó-*

vil conducido por el imputado”, informe de alcoholemia, declaración de María de las Mercedes Navarro Ortiz y orden de investigar de la S.I.P., que concluye “que la existencia de los hechos señalados y que el menor habría cruzado de forma intempestiva la calzada, siendo atropellado por el automóvil conducido por el imputado”.

TERCERO: Que de igual modo el Ministerio Público funda su petición en la decisión adoptada por el señor Fiscal Regional don Fernando Coloma Amaro, con fecha 24 de marzo del 2005, en orden de ratificar la decisión del señor Fiscal Adjunto de solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa.

CUARTO: Que la querellante se opone a la solicitud de sobreseimiento y solicita se le faculte en los términos del artículo 258 del Código Procesal Penal en su inciso 3°, para sostener la acusación en lo sucesivo en los mismos términos del Ministerio Público.

QUINTO: La Defensa se allana a la petición de sobreseimiento planteada por el Ministerio Público y se opone a la solicitud planteada por la Querellante ya referida en orden a sostener por sí la acusación.

SEXTO: Que del análisis de los antecedentes expuestos en la audiencia y de la reflexión y estudio de los antecedentes que obran en la carpeta judicial, se puede colegir que estamos en presencia de la hipótesis del artículo 250 letra b), sin descartar la hipótesis de la letra a), del citado cuerpo normativo, toda vez que no se avizoran los elementos típicos de la figura del artículo 492 del Código Penal, al no evidenciarse en la investigación transgresión a la ley de tránsito y al no existir negligencia o imprudencia en la conducción, por lo que además de la inocencia, buenamente podría sostenerse por el Ministerio Público la causal de la letra a) ya referida.

SÉPTIMO: Que en relación a la petición de la Querellante, en orden a sostener por sí la acusación, en los términos que señala el inciso 3° del artículo 258, este tribunal es de parecer que no estan-

do formalizada la investigación, facultad que le compete exclusivamente al Ministerio Público, no se podría sostener buenamente una acusación, máxime si ésta exige apego y respeto al principio de congruencia, toda vez que, como reza el inciso final del artículo 259 del Código Procesal Penal, *“la acusación sólo podrá referirse a los hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica”.*

OCTAVO: Que refuerza el anterior razonamiento, el hecho que la formalización es una actuación unilateral, exclusiva y soberana del señor Fiscal y que cumple una función esencialmente garantista, consistente en informar de manera específica y clara acerca de los hechos que se le atribuyen y su calificación jurídica, actuación que define el objeto del proceso, permitiendo ejercer adecuadamente su derecho a defensa y otros efectos jurídicos de similar entidad; en vista y considerando lo expuesto el Tribunal resuelve:

1° Que se decreta el sobreseimiento definitivo de la causa, de conformidad a lo preceptuado en el artículo 250 letra b), por aparecer claramente establecida la inocencia del imputado.

2° Que no se hace lugar a la petición para sostener por sí la acusación en los términos del inciso 3° del artículo 258 del Código Procesal Penal, planteada por la señora Querellante.

Siendo las 11:26 horas se puso término a la audiencia, dándose por notificados los intervinientes de las resoluciones que en ella se dictaron, firmando el registro el Juez, ordenándose dar copia a la parte que lo solicite.

ROL ÚNICO DE CAUSA N° 0400302994-3

ROL INTERNO CAUSA N° 810-2004

DIRIGIÓ LA AUDIENCIA Y RESOLVIÓ DON VÍCTOR MANUEL ROJAS OYARCE, JUEZ DE GARANTÍA TITULAR.

TRIBUNALES DE JUICIO ORAL EN LO PENAL

- **Desestima la alegación de haber sufrido el acusado un error de tipo, en el sentido de desconocer la edad de la víctima, en el delito del artículo 362 del Código Penal.**

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

Resumen:

El Ministerio Público acusó al imputado como autor del delito de violación de una menor de 11 años. La Defensa solicitó la absolución argumentando que el acusado ignoraba la edad de la víctima, amén de tener una relación de convivencia con una menor de 13 años. En subsidio alegó la concurrencia de las atenuantes del artículo 11 N° 7 y 9 del Código Penal, porque manifestó arrepentimiento solicitando perdón en la audiencia de juicio oral, y porque desde su detención renunció a su derecho a guardar silencio y reconoció su participación cada vez que declaró. El Tribunal desestimó la existencia de un error de tipo habida consideración que la víctima era su prima; que habían vivido juntos; que el día anterior había estado en su cumpleaños, y el aspecto evidentemente infantil de ésta. Siendo el error de tipo, de acuerdo a la escuela finalista, el desconocimiento de los elementos del tipo en el sentido de abarcar todas las circunstancias que integran la descripción del delito, el Tribunal destacó que el conocimiento sólo debe existir en los rasgos esenciales de éste. Ello, porque resulta imposible, para el hombre común, conocer todos los detalles jurídicos. En cuanto a las atenuantes alegadas, la minorante de la reparación celosa fue rechazada porque en su acción faltó el celo que la norma requiere, el cual debe responder al impulso íntimo que mueve al autor a colaborar o ayudar al afectado por su acción, y que requiere de una medición objetiva de acuerdo al mal causado, las facultades del autor, y su situación procesal. En el caso en cuestión, el perdón pedido por el acusado no fue más que un hecho aislado que por sí solo no logra elevarse como suficiente para la atenuación requerida. Respecto a la colaboración sustancial, la acoge en voto dividido, considerando las particularidades del caso en que no había testigos presenciales, ni evidencias materiales de la violación y las declaraciones del acusado ayudaron en el ensamble de la prueba recabada por la Fiscalía colaborando de manera sustancial en el esclarecimiento de los hechos más allá de toda duda razonable.

Texto completo:

Puerto Montt, siete de septiembre de dos mil cuatro.-

OÍDO, VISTO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que con esta fecha ante el Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt, se llevó a efecto la audiencia de Juicio Oral Ruc N° 0400000902-k, Rit N° 8-2004 ante los jueces Ivonne Avendaño Gómez, quien la presidió, Neyda Santelices Moreno y Jaime Rojas Mundaca.

SEGUNDO: Que este Juicio Oral por el delito de violación por vía oral se ha seguido en contra de

Nelson Manuel Muñoz Hernández, nacido en Puerto Varas, domiciliado en Puerto Varas, población Juan Soler, pasaje 2, casa N° 2370, sin oficio, cédula N° 15.921.950-k, recluso en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Puerto Montt.

Fue parte acusadora en este juicio, el Ministerio Público, representado por los Fiscales Adjuntos Carmen Gloria Wittwer Opitz, Miriam Pérez Rodríguez y Andrea Catrill Beltrán.

La defensa del acusado estuvo a cargo de los abogados de la Defensoría Penal Pública don Francisco Muñoz Flores, Rafael Gallardo Durán y Rodrigo Catrill Martínez.

TERCERO: Que la Acusación se funda en los hechos que señala el Auto de Apertura de Juicio Oral de 13 de julio último.

Estos ocurrieron en Puerto Varas el día 1° de enero último, día en que el imputado ingresó al domicilio de la menor E. F. H. M., en pasaje 2, casa 2368 de esa ciudad y procedió a introducir el pene en la boca de la niña.

El Ministerio Público estima que estos hechos configuran el delito de Violación previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, en grado de consumado y a Nelson Manuel Muñoz Hernández ya individualizado la participación de autor de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del referido cuerpo legal. Pide se aplique al acusado Nelson Manuel Muñoz Hernández en calidad de autor de este delito de violación, la pena de OCHO AÑOS DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MÍNIMO, la inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos, a la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y costas de la causa.

CUARTO: Que en su alegato de apertura la parte acusadora relata los hechos que consisten en el ingreso por una puerta posterior del inmueble, domicilio de la menor E. F. H. M., en pasaje 2, casa 2368, población Juan Soler de Puerto Varas, de un individuo que es primo y vecino de ella. Este en el dormitorio de la niña tomó a ésta en la nuca, la aproximó a sus genitales y le introdujo el pene en la boca.

Este acto causó graves trastornos psicológicos a la niña y a su familia cercana. El bien vulnerado por este acto es la indemnidad sexual de la víctima, una niña impúber expuesta a una acción sexual prematura, que es incapaz de comprender ni imaginar. Se ha violado a una niña que es menor de edad a la que se le causó grave daño psicológico.

Señala que con la prueba testimonial y pericial que rendirá acreditará estas afirmaciones y pide se aplique al acusado la pena de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo, la inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos, a la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y costas de la causa.

En su alegato de clausura expresa que con la prueba rendida en la audiencia se ha acreditado

que en la mañana del día 1° de enero último, el acusado ingresó a la vivienda de la menor ofendida, una niña que había cumplido once años el día anterior, y en el dormitorio de ella, la cogió en la nuca acercó la cabeza de ella a su pene con el que la penetra dos veces vía oral.

Se ha acreditado la comisión del delito con el relato de la niña sobre los hechos, los dichos de la madre de ella, que los sorprendió juntos en la casa, los dichos de testigos y peritos que señalan el grave trastorno psicológico consecuencial causado a la víctima que necesita un largo tratamiento de recuperación de su normalidad, atendida su edad e impacto del hecho.

Reitera sea sancionado con la pena requerida.

El Ministerio Público pide además se desestime las afirmaciones y peticiones de la Defensa en lo relativo a un error de tipo del acusado, pues este vivió en la casa de la niña, son primos y admite que tendría relaciones con su conviviente a los 13 años si ella lo solicitara, por lo que no puede ser absuelto.

En cuanto a las atenuantes alegadas pide el rechazo de la de haber procurado con celo reparar el mal causado al pedir perdón, manifiesta arrepentimiento y pedir que estas manifestaciones sean puestas en conocimiento de la víctima pues no hay antecedentes de que haya sinceridad de su parte, no repara el daño ni es celosa.

También pide se rechace la atenuante del N° 9 del artículo 11 del Código Penal de haber colaborado eficazmente con la justicia al confesar su participación en los hechos, pues tal colaboración debe ser algo más consistente que la confesión de los hechos.

Ha mentido en cuanto ha dicho que no sabía la edad de la niña, en cuanto a que ella le había permitido entrar a su casa y fue detenido por la policía en un bus cuando se dirigía a Punta Arenas.

Pide sea condenado en los términos solicitados pues se ha cometido el delito de Violación objeto de la acusación y se ha acreditado la participación del acusado como autor del mismo.

QUINTO: Que la defensa en su alegato de apertura expresa que el hecho descrito por el Ministerio Público merece la pena pedida. Pero su

defendido debe ser absuelto. No es suficiente un hecho que es típico para merecer una condena tan alta.

En el caso en estrados falta el elemento subjetivo de parte del acusado. Este el día de los hechos no tenía la conciencia debida para distinguir un hecho prohibido por la ley y ha incurrido en error de tipo.

Si fuere condenado pide se acojan las atenuantes de su conducta anterior irreprochable, la de haber procurado reparar con celo el mal causado y la de haber colaborado eficazmente en el esclarecimiento de los hechos los que serán considerados muy calificados con el fin de rebajar la pena de artículo 362 del Código Penal en dos o tres grados.

El acusado tenía 18 años, es familiar de la niña afectada y convive con Carmen Valeria Quezada de 14 años de edad y son padres de una niña de algunos meses de edad. Esta convivencia ha sido aprobada por la madre de la joven y viven cerca de la casa de la ofendida.

Su parentesco con la niña se vincula con el padre de ella, son primos.

En la fiesta de año nuevo hubo ingesta de alcohol.

Agrega que el acusado trabaja como soldador y mantenía esta familia que comienza. El hecho también los ha perturbado. Él no tuvo una familia constituida en su desarrollo. Señala que una condena alta afecta sus posibilidades de reinserción en la comunidad.

Pide sea absuelto o se acojan las atenuantes alegadas y se rebaje la pena.

En su alegato de clausura expresa que el acusado no tuvo conciencia del ilícito cometido.

En la comisión del delito deben concurrir el elemento dolo y en su ausencia no hay delito.

En dolo hay un elemento cognitivo y uno volitivo.

En el caso del acusado, no concurre el elemento cognitivo pues no sabía la edad de la niña.

Él tiene relaciones sexuales consentidas con su pareja desde los 13 años de edad de ella, conducta no reprochable por tal edad y ha manifestado que volvería a tener actividad sexual con su pareja a los 13 años de ella si ésta lo propusiera. Él no sabe que a la edad de la menor constituye delito si

se ejecuta actividad sexual. De su convivencia es padre de una menor de meses de edad.

El acusado ha tenido una infancia y juventud carente de afectos y entorno familiar. Sus padres se separaron, fue objeto de maltrato de parte del conviviente de la madre y a los seis años inicia ingreso en Hogares o lugares de protección hasta los 13 años, con vida temporal con la madre y el padre. Por esta razón el standar de exigencia de su conducta no puede ser elevado.

El Ministerio Público debió probar el tipo y el dolo.

El acusado no tuvo conciencia de haber cometido un hecho ilícito y se enteró de ello cuando fue detenido.

El dolo no se puede presumir y debe ser probado.

El acusado debe ser absuelto.

En subsidio pide se acoja la atenuante de su conducta anterior irreprochable que ha sido objeto de convención probatoria con la Fiscalía y su prontuario.

Hace notar que pese a su vida irregular no cometió ilícitos.

Pide se acoja la atenuante de haber procurado con celo reparar el mal causado pues ha pedido perdón a la víctima y manifestó su arrepentimiento en estrados. El acusado ha pedido que su petición de perdón y su arrepentimiento sean puestos en conocimiento de la víctima, lo que el Tribunal no aceptó. Señala que el perito médico siquiatra de la Fiscalía ha señalado que desde el punto de vista humanista podría haber arrepentimiento.

Finalmente pide se acoja la atenuante de haber colaborado eficazmente al esclarecimiento de los hechos pues cuando fue detenido, en forma voluntaria e inmediata renunció a su derecho a guardar silencio, colabora, reconoce el hecho y proporciona elementos que se remiten al Ministerio Público y al Juez de Garantía, siendo reducido a prisión preventiva. Luego en estrados también los reconoce sin haber negado nada.

Sin sus declaraciones el Ministerio Público no habría podido probar los hechos.

Los psicólogos que señalan el grado de veracidad de la niña no pueden afirmar con absoluta certeza la veracidad de los hechos y como sucedie-

ron pues la madre lo supo por el relato de la menor, la policía fue informada de la violación de una menor, el médico que practica la primera atención a la niña no es siquiatria y con los dichos de la madre y de la ofendida concluye una violación oral sin indicios médicos de dicha penetración bucal.

La pena propuesta por el Ministerio Público de ocho años de presidio es desproporcionada pues las secuelas en la víctima pueden ser superadas en tratamiento psicológico de aproximadamente un año a un año y medio y el acusado tiene 18 años de edad.

Pide sea absuelto por error en elemento cognitivo del dolo, no sabía edad de la niña ni que era ilícito ejercer actividad sexual con ella a su edad o en subsidio se acojan las atenuantes alegadas y se rebaje la condena que se imponga.

SEXTO: Que las partes según el texto del Auto de Apertura han presentado convenciones probatorias respecto a los hechos; 1.- Que la fecha de nacimiento de la víctima es el 31 de diciembre de 1992. 2.- Que el día 1° de enero de 2004 la víctima tenía 11 años de edad. 3.- Respecto del acusado, que no tiene antecedentes penales en su extracto de filiación.

SÉPTIMO: Que el acusado por renuncia a su derecho a guardar silencio que le otorga el artículo 8° del Código Procesal Penal en concordancia con lo previsto en el artículo 326 inciso 3° del referido cuerpo legal ha prestado voluntariamente declaración en estrados.

Él señala que el día 1° de enero último en horas de la mañana fue a la casa de su prima. Allí estaba ella y su padre que es tío del compareciente. Estuvieron bebiendo juntos y luego salieron a comprar más licor. Posteriormente se separaron y lo perdió de vista. Se encontró con unos amigos, estuvo un rato con ellos y después se fue en dirección a la casa del tío. Entró por la puerta de atrás autorizado por la niña "empujando" la puerta. Ella dormía en un sillón. Él le dijo que se fuera su dormitorio y se sentó en el sillón. Subió al dormitorio donde estaba la niña en su cama. Le dijo que le chupara el pene. La niña se opuso pues eran primos. Él la tomó por la nuca y la acercó al pene, poniéndolo dentro de la boca de ella por dos veces en la misma forma. Después la niña le pidió un vaso de agua. Después se retiró del lugar en dirección a Osorno al

Hogar del Padre Pedro el mismo día. Cuando había permanecido allí una semana le contó lo ocurrido.

En ese Hogar estuvo por tres años y cursó enseñanza básica, 7° y 8° año. Fue internado por problemas familiares, maltrato del padrastro, peleaba con su hermano Jerson. También vivió en un Hogar de Carabineros de Llanquihue y Osorno.

Al comienzo no le contó nada al sacerdote por temor, pero cuando supo que tenía una demanda por violación se decidió.

El padre Pedro le propuso ayuda con un abogado lo que no aceptó. Le dio dinero, \$200.000, ya que había trabajado en el jardín, cortaba pasto.

Cuando fue detenido por la policía iba en un bus con destino a Punta Arenas.

Estaba conviviendo con Carmen Valeria Quezada, en la casa de ella desde los 13 años edad de la joven, con consentimiento de la madre. La joven tiene 14 años y es madre de una hija de ambos nacida una semana antes de su detención el 16 de enero.

Cuando comenzó a convivir con ella no hubo actividad sexual hasta pasados dos meses, consentida por ella y la madre.

Con la víctima son primos y antes tuvo una relación sentimental en Osorno con una joven llamada Valeria.

Pide perdón a la ofendida, está arrepentido, pide que ella sepa su arrepentimiento.

Expresa que no lo haría otra vez.

No sabía que había actuado mal porque había ingerido alcohol y no entendía lo que ocurría.

Supo que había actuado mal cuando fue detenido por la policía.

OCTAVO: Este Tribunal ha apreciado con libertad la prueba rendida en el curso de esta audiencia de Juicio Oral la que se señalará a continuación y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia, y los conocimientos científicamente afianzados, se estableció más allá de toda duda razonable el siguiente hecho:

Que el día 1° de enero último en Puerto Varas, cuando la menor E.F.H.M. dormía en un sillón en

su casa en población Juan Soler, casa 2368, pasaje 2, sintió un ruido y luego ingresó un primo. Este individuo varón adulto le ordenó se dirigiera a su dormitorio a dormir. Luego éste se presentó y le dijo que le succionara el pene. La niña se opuso porque eran primos. Él la cogió desde la nuca acercando el rostro de ella al pene que introdujo en la boca de ella. Este acto lo realizó en la misma forma dos veces. La niña tenía 11 años de edad cumplidos el día anterior al hecho y estaba sola en el inmueble. Posteriormente el agresor abandonó el lugar por la referida vía de acceso.

NOVENO: Que el Ministerio Público en estrados y con el objeto de acreditar la comisión del delito de Violación por vía oral de la menor y la participación del acusado como su autor ha aportado prueba documental, testimonial, pericial y evidencia material.

DÉCIMO: Que el Ministerio Público ha rendido la prueba testimonial de E.F.H.M., Sandra Beatriz Millalonco Cárcamo, José Orlando Bustamante Agüero, Luis Marcelo Vera Altamirano.

La menor E.F.H.M., declara protegida mediante el sistema de circuito cerrado. En pantalla se advierte textura pequeña, delgada y rasgos infantiles.

Explica que su cumpleaños fue el 31 de diciembre de 2003 y que los hechos que la afectan ocurrieron el día 1° de enero último.

El día de año nuevo su madre y ella fueron a la casa de la abuela y regresaron. Después, el día de los hechos la mamá salió a trabajar y se quedó sola sentada en un sillón. Sintió ruidos afuera y en la puerta de atrás. Tuvo miedo, subió a su pieza y se acostó. Apareció su primo y se tiró encima de ella, trató de aplastarle la cara con una almohada y le toca, apreta el cuerpo. Después se desviste y le dice que le chupe el pene. La obliga a hacerlo dos veces.

Cuando llegan los padres reaccionan, su primo huye y el padre sale a buscarlo, ella le cuenta el hecho a la mamá. Su primo había vivido con ellos y su padre lo hacía levantar a las 07:00 horas en la mañana.

Después del hecho, ella ha sufrido secuelas, tuvo pena porque fue agredida por un primo, no se siente bien, cuando va a su pieza recuerda el hecho, cuando recuerda el hecho se siente mal, a veces no puede dormir, sueña con el hecho y duer-

me mal, teme soñar lo que sucedió, a veces come mucho o no come.

En el curso del testimonio de la niña la defensa ha pedido se le comunique la petición de perdón del acusado y su arrepentimiento.

El Ministerio Público se ha opuesto, considerando que la niña no está capacitada a su edad para medir el alcance de la petición. Es una pregunta que vuelve a victimizarla, es impertinente, inconducente, no es un hecho sobre el que la niña deba declarar. La niña está protegida por derechos que le conciernen por su condición de tal, es un testigo protegido en la causa, porque es la víctima y está en tratamiento psicológico vigente.

Sandra Beatriz Millalonco, madre de la niña afectada dice en estrados que el día de año nuevo fue a la casa de sus padres. El día 1° de enero en la mañana salió para llamar telefónicamente, pero la cabina estaba cerrada y regresó a la casa. Demoró media hora desde que salió hasta su regreso.

Antes de salir de la casa, con su conviviente y padre de la niña, éste cerró con llaves la puerta del inmueble. La menor quedó vestida con una blusa blanca y un pantalón rosado.

Ella viste a la menor, la que no se cambia ropa sola. Ello porque siempre la ha tratado como "su guagua" porque es la menor. Por ello le llamó la atención que tuviera puesta otra ropa, un buzo azul.

El joven, un primo salió de la pieza de la niña y ella se veía nerviosa. La tomó de la mano y le preguntó. Surge entonces el relato de los hechos.

Al muchacho que era sobrino de su conviviente ella lo recibió en su casa cuando salía del Hogar donde estaba internado. Un tío del referido Hogar lo traía en vacaciones de verano.

Cuando vino meses después a pasear a su casa, conoció a una vecina. Su conviviente a su vez le da trabajo esporádicamente.

La menor le dijo que el primo le puso un paño en la boca, se tiró sobre ella y le puso una almohada en la cara.

Ella sufrió un fuerte impacto. La bañó y le lavó la boca porque la tenía blanca, tenía semen. Ella lo reconoce, es una mujer adulta.

Luego la llevó a la Policía Carabineros y al Hospital. La niña fue examinada por un doctor. Le informaron que remitirían el resultado a la policía.

Su hija sufrió un daño muy grave. Ha perdido la niñez. Antes era una niña con conducta adecuada a su edad, jugaba con muñecas, tenía amigas en el colegio, tenía buenas calificaciones, ocupaba el segundo lugar en su curso.

Ella eliminó la ropa de la cama, las sábanas y la almohada y cambió las frazadas.

Con posterioridad al hecho la víctima se encerró en sí misma, pasa mucho tiempo acostada, no sale de la casa, al comienzo se sentía sucia y se lavaba muchos los dientes y la boca, sentía asco, decía que tenía olor a podrido, a pescado podrido. Tiene asco hacia la figura masculina, botó los muñecos varones, conserva las muñecas femeninas. Quiso cortarse el pelo y sufrió trastornos en su alimentación. Comía compulsivamente y engordó, luego perdió interés por la comida.

En la familia hubo un quiebre, todos se culpaban. La niña ha reiniciado una relación con su padre. Con ella tiene una relación muy estrecha. Cuando sale la lleva con ella, a veces la lleva a su trabajo. Nunca queda sola en la casa. Ella sale a trabajar a las 08:00 horas y regresa alrededor de las 17:00 horas, antes del término de la jornada escolar.

Preguntada por la Defensa dice que conoce al acusado desde los 11 años de edad de él y vive en la casa vecina con su conviviente que es una niña de unos 14 años de edad, que era compañera del colegio de su hijo de 13 años de edad, pero esa niña repitió un año, por lo que supone que tiene 14 años. Al comienzo no hubo una relación importante de la pareja, cuando se conocieron, para posteriormente formalizar una convivencia.

Por su parte José Orlando Bustamante Agüero, funcionario policial, aportado por el Ministerio Público expresa que el 1° de enero último estaba en la Unidad Policial y le informaron que debía concurrir a la población Juan Soler, donde una niña había sido violada. La niña estaba en la unidad policial con sus padres.

Él concurrió al lugar de los hechos acompañado por el padre.

Ingresaron al inmueble por una puerta posterior. Esta había sido forzada pues la aldaba estaba doblada, con el candado cerrado. La aldaba estaba forzada.

El padre lo condujo al dormitorio de su hija, había dos camas y una había sido usada. Verificó si

había huellas de fluidos en la ropa pero no había nada. Posteriormente regresó al cuartel policial.

Respecto del estado de la aldaba, por su experiencia policial piensa que debió ser empujada por una persona de unos 50 Kg. de peso. La puerta era de madera y la aldaba era chica metálica y estaba doblada. La cierra desde afuera.

Se le exhiben fotografías y croquis por el Ministerio Público, que pide se incorporen legalmente a la audiencia, lo que el Tribunal acoge.

La fotografía 1 es la casa, se advierte puerta de acceso al costado y da al comedor en la población Juan Soler, casa N° 2368.

La Fotografía 2 es el pasillo exterior al costado donde está la puerta de ingreso.

La fotografía 3 es la puerta con la aldaba doblada y el candado cerrado.

La fotografía 4 muestra una cama con la ropa en desorden.

La fotografía 5 es un croquis que ubica el sector en que está la puerta posterior de la casa y el dormitorio donde está la cama.

Los hechos se los informó el suboficial de guardia cuando le ordenó dirigirse al lugar.

Luis Marcelo Vera Altamirano, funcionario policial también aportado por el Ministerio Público expresa que el 15 de enero último recibió para su cumplimiento una orden de detención contra Nelson Manuel Muñoz Hernández. Se dirigió al domicilio de éste en Puerto Varas. La suegra le dice que se fue a Osorno con su conviviente, hija de ella, embarazada. Fueron al hogar Fray Escoba. El padre Pedro lo trajo de regreso con hija recién nacida. El acusado regresó a Osorno porque quiere ir a trabajar a Punta Arenas, allí vive su padre.

El funcionario pidió autorización para hacer control de vehículos en la carretera. En Pellines detuvo un bus de la empresa Queilen y sorprendió al acusado en su interior como pasajero.

Le informó la razón de su presencia, le hizo descender, le informó sus derechos y procedió formalmente a detenerlo, llevándolo a la Unidad Policial de Investigaciones en Puerto Varas.

Posteriormente fue a Osorno a entrevistar al padre Pedro.

Respecto del detenido se informó su situación al Ministerio Público se procedió a tomarle de-

claración. El imputado dijo que el 1° de enero fue al domicilio de su tío, estuvo bebiendo con él y le regaló \$500 a su prima porque estaba de cumpleaños.

Después salió con el tío y lo perdió de vista.

Regresó a la casa y para entrar empujó la puerta posterior de la casa.

La menor estaba sentada en un sillón y le preguntó si estaba sola. Ella le contestó afirmativamente y la mandó a su pieza. Le preguntó a la niña por qué no lo quieren y ella le dice que no es efectivo.

Subió al dormitorio se bajó los pantalones y le pidió a su prima que le chupara el pene. Ella se opuso pues eran primos. Él la toma por la nuca y acerca la cara de la niña al pene que le introduce en la boca. Ejecuta este acto dos veces y eyacula. La niña le pidió un vaso de agua.

Llega la madre de la menor y él abandona la casa.

Esta declaración fue entregada al Ministerio Público.

UNDÉCIMO: Que el Ministerio Público aportó los testimonios periciales de Pablo Maximiliano Soto Vargas, Mirta del Carmen Ojeda Miranda, Geny Angélica Álvarez Ruiz y Mauricio Hernán Jeldres Vargas.

El perito médico cirujano, doctor Pablo Maximiliano Soto Vargas señala que el día 1° de enero último estaba de turno en el Hospital Clínico Puerto Varas y alrededor de las 10:00 horas ingresa una menor acompañada de su madre la que expresa fue agredida sexualmente por un hombre ebrio que entra al domicilio y la amenaza de muerte. El hombre la ha penetrado con el pene en la boca.

Efectuó el examen físico de la menor. Estaba conciente, temerosa, introvertida. Tenía una erosi3n en el rostro, no fijó la zona. Había eritema – enrojecimiento en las mamas y en el t3rax, doloroso–. Hizo examen ginecol3gico y rectal y no encontr3 lesiones. En la revisi3n bucal no encontr3 espermios.

El dolor en la zona mamaria lo explic3 porque el hombre le hab3a apretado fuerte. Le llam3 la atenci3n lo temerosa de la paciente, debi3 tranquilizarla conversando antes de examinarla.

Concluy3 por su actitud, eritema tor3xico y dichos de la ni3a y la madre, que sufr3a efectos psicol3gicos de agresi3n sexual por introducci3n forzada del pene en la boca.

La psic3loga Mirta del Carmen Ojeda Miranda expresa que se especializa en atenci3n de ni3os de 0 a 14 a3os de edad.

En enero el Ministerio P3blico de Puerto Varas le pide la evaluaci3n de una ni3a que ha sido v3ctima de violaci3n. Se le pide que estudie la veracidad del relato y el da3o emocional que ha experimentado.

Ella le efectu3 la evaluaci3n pedida en cinco sesiones. Entrevist3 a los padres y a la v3ctima.

Hizo pruebas para medir la inteligencia, el efecto emocional, percepci3n infantil, de la familia, de la figura humana, percepci3n de s3 misma y pruebas cl3nicas para determinar las secuelas del hecho.

En las pruebas de evaluaci3n la ni3a presenta cuadro de angustia, le cuesta adecuarse a la entrevista, con mucha ansiedad y le es dif3cil referirse al hecho. Al comienzo hay una fuerte ansiedad, sentimientos de indefensi3n ante el episodio que le causa dolor.

Tiene un relato coherente, consistente, est3 ubicada en el tiempo, recuerda la fecha del hecho, el 1° de enero de 2004, el hecho ocurre en la ma3ana y su cumplea3os fue el 31 de diciembre de 2003. Despu3s del hecho tiene temor y no sale de la casa.

El autor de la agresi3n es su primo. El le tap3 la cabeza con una almohada, le toc3 el cuerpo y le apret3 los pechos. La oblig3 a chupar el pene. Sintió asco, ten3a olor a podrido, a pescado podrido. El hombre le ech3 en la boca por el pene un l3quido blanco, el hombre le dijo que no botara el l3quido en la cama, que se d3 vuelta.

Cuando llegan sus padres, le cuenta lo ocurrido. El primo baj3 del dormitorio.

Ella tuvo miedo de su agresor. Éste le dijo que ten3a que chuparle el pene o la iba a matar. Siente temor, asco, rabia.

La ni3a ha sido obligada a una conducta sexual no apropiada a su edad. Hubo amenaza de repetir esta acci3n de hacer lo mismo con la hija del hechor.

La menor tiene un coeficiente intelectual normal medio, con efectos por ansiedad. Tiene un buen desempeño en organización y planificación, uso y comprensión del lenguaje, análisis y síntesis, relación causa efecto, diferencia lo relevante de lo irrelevante, con dificultad para verbalizar los hechos.

Tiene disminuido el juicio de comprensión social, memoria de corto plazo y la concentración.

En lo cognitivo tiene pensamiento concreto, en lo emocional hay alteraciones por secuelas del hecho en su autoestima que está deteriorada, es irritable, lábil sin otros factores de estrés.

Como efectos postraumáticos hay flashback, recuerdo reiterativo, hay rechazo a estímulos asociados al hecho, disminución de facultades para expresar sentimientos positivos. Siente pena y rabia.

Tiene un alto nivel de ansiedad, sufre alteraciones del sueño, sufre pesadillas. Su conducta alimentaria se ve alterada, hay ingesta descontrolada y luego cae en desinterés por efectos de la ansiedad.

Tiene efectos sicosomáticos: dolor de estómago, compulsión por el recuerdo, se baña frecuentemente, se siente sucia, se lava la boca pues recuerda el sabor, el olor.

Respecto de la figura masculina siente temor a ser dañada, percibe el medio como catastrófico fuera de control. Teme salir de la casa, incurre en aislamiento social. Necesita fuerte protección de sus padres.

La menor tiene un nivel cultural normal promedio.

Hay indicadores asociados a abuso sexual.

Hay un relato coherente, consistente, veraz, claro, con ubicación temporal espacial, secuencia y efecto subjetivo. Identifica al agresor su primo – da su nombre.

Ha sufrido daño grave.

El daño se manifiesta en la alteración de estado de ánimo, disminuye su autoestima, hay una hipersensibilidad, está lábil, irritable. Estas conductas no concuerdan con su edad y son atribuibles a un episodio traumático abusivo.

En cuanto a la superación de este estado del ánimo y daño emocional y síquico, debe ser tratado psicológicamente con fuerte apoyo del entorno fami-

liar, los padres y la familia. Se aconseja además una terapia del entorno familiar cercano. Habría una recuperación en un año a un año y medio.

Los síntomas generales en los casos de abusos en los niños detonan cambios conductuales en su comportamiento anterior y posterior al hecho.

En la niña hubo trastorno del sueño, del apetito, disminuyó su autoestima, repite sensaciones de asco, refiere olor a podrido, pescado podrido, se visualiza indefensa, no quiere salir de su casa.

El tratamiento psiquiátrico no se ha indicado porque éste dependerá del tratamiento psicológico. Sería aconsejable si presenta síntomas de depresión, los que no ha manifestado y que haría necesario el tratamiento con medicamentos,

Por su parte Geny Angélica Álvarez Ruiz, señala que atendió a la niña en marzo en Puerto Montt en el Centro de Diagnóstico Melipulli a petición del Ministerio Público.

Realizó entrevistas en seis sesiones.

Su labor se dirigió a establecer la veracidad del relato, la identificación del agresor. Con el mismo fin entrevistó también a los padres de la menor.

En test de la figura humana se verifica la imagen de ella y del daño que le afecta. El test de percepción infantil determina cómo establece relaciones con el entorno. El test de la inteligencia señala el nivel intelectual y habilidad cognitiva.

La menor se adaptó progresivamente y colaboró en esta actividad.

Se demuestra alto nivel de ansiedad, verbaliza los hechos correctamente.

La niña está en etapa de desarrollo emocional de la segunda infancia que es intermedia entre la niñez y la adolescencia.

En su nivel intelectual, es normal medio. Se encuentra en rango cognitivo básico, tiene capacidad de atención. Se encuentra en etapa de pensamiento concreto y evoluciona al pensamiento formal. Puede ejercer actividad del pensamiento abstracto en el pasado y en el futuro. Capacidad de lenguaje apropiada, sabe expresarse. Hay desarrollo moral, preconvencional, acata normas, evita castigos, espera recompensas. Tiene tendencia a la introversión, se retrae, se siente vulnerable, teme el daño, se siente desprotegida y acusa alto nivel de ansiedad.

Siente tristeza, rabia hacia la figura del agresor.

Efectúa el relato con angustia, en voz baja, entrecortada. Está triste.

Hay un relato claro, consistente unido con hilo conductor en la narrativa, con detalles en el tiempo y en el espacio.

Hay un relato progresivo, de experiencias sensoriales, hay un trauma por los hechos que no quiere recordar. Describe con destreza el hecho, la amenaza de muerte para ella y la hija del hechor. Cuenta que ella se opuso al acto, se defendió y después se vistió de nuevo. Después de la agresión llegan los padres que enfrentan al autor de éstas el que se aleja del hogar.

En la dinámica familiar, hay angustia, sentimiento de culpa, necesidad de proteger a la niña, temen represalias del muchacho por la denuncia de sus actos.

En cuanto a la veracidad, validez de las declaraciones y análisis del contenido:

Hay un relato lógico, bien estructurado, con claridad de detalles, hechos, personas, lugar, contenidos específicos, da detalles, describe las acciones de las personas involucradas.

Los padres llegaron inesperadamente.

Hace conexión con sus recuerdos con incorporación de sensaciones corporales, asco, olor a podrido.

El hecho es traumático, reeditado cuatro meses después en recuerdos, sueños recurrentes, en los que aparece el agresor y ahora hay sueños en los que ella puede defenderse.

Sufre efectos de desconcentración en la escuela, escucha ruidos, siente temor.

Hay deterioro en el contacto social, no quiere salir de la casa, lo que es un síntoma post trauma.

Hay síntomas depresivos en decaimiento de ánimo, teme dormir, alteraciones en la alimentación, se siente sucia, tiene asco de sí misma.

Todo el relato es coherente con una agresión sexual. Sugiere tratamiento por daño grave psicológico para los padres.

El informe es del 13 de mayo último.

En el tratamiento, la niña no quiso desvincularse de ella, ni el apoyo de otra psicóloga y debido a que la confianza de la menor es muy importante, ha continuado a cargo de ella.

En cuanto a las pruebas que efectuó. La prueba de la figura humana señalaba la imagen de la niña y daños que la afectan. La percepción infantil estructura el desarrollo de temas de estrés en relaciones parentales.

El test de inteligencia infantil señala el nivel de capacidad cognoscitiva.

El de daño emocional señala deterioro en su vida diaria y desarrollo sintomatología progresiva, no quiere salir, trastornos del sueño, temor, teme soñar hecho.

En el examen al comienzo se comportó en forma retraída, no quiere hablar de nuevo porque ya habló con otra psicóloga, pero colabora con las tareas que se le piden.

Tiene recuerdos sensoriales de asco, se lava mucho los dientes, tiene asco de sí misma, se baña, asco, olor a pescado podrido.

Estas sensaciones se vinculan al hecho traumático y es sintomatología consecuencial. No hay señales de experiencias similares anteriores.

El relato es creíble y alude a lo que la niña ha experimentado o no y da el resultado de credibilidad.

En el análisis cognitivo hay hechos físicos al contar los hechos pues llora, transpira.

Para verificar un relato veraz que señale la validez de la declaración se consideran los contenidos específicos y peculiares del relato. El niño puede cambiar la figura del agresor, agregar detalles, dar un relato falso por presión, venganza, móviles económicos.

Es necesario determinar el carácter del niño. En cuanto al lenguaje a esa edad, un niño en general no cuenta los hechos y si los cuenta culpa a otro y se determina que es así. Es frecuente en los casos de separación de los padres. No es normal que cuente lo ocurrido a todos. Lo normal es que calle y oculte lo que le ha ocurrido, la agresión.

La niña cumple altos niveles de credibilidad.

La violación bucal es un trauma, un acontecimiento traumático con impacto en la vida cotidiana.

Los síntomas exclusivos del abuso sexual que denotan el estrés postraumático.

La menor ha sufrido un grave daño. Hay malestar clínico significativo. Hubo tratamiento sicosocial integral, no hubo tratamiento psiquiátrico.

En algunos casos es necesario derivar a víctimas menores a tratamiento psiquiátrico, en el caso de la ofendida no es necesario pues si bien la sintomatología era fuerte, estos disminuyen con el tratamiento psicológico.

Los trastornos postraumáticos pueden ser agudos y crónicos. En el caso de la niña, ha evolucionado favorablemente en algunas áreas.

Ella debe recuperar la confianza, autoestima, percepción de sí misma y del entorno.

En cuanto a la rabia, es una sintomatología que debe ser apoyada por figuras significativas para ella en su entorno próximo.

El arrepentimiento del agresor no la afectaría necesariamente pues ella desea que el hecho no hubiera ocurrido, si la afectara, no concurre a su mejoría.

A su vez, el doctor Mauricio Hernán Jeldres Vargas, médico psiquiatra, señala que evaluó al acusado el 2 de mayo último.

Este es un hombre ectomorfo, con discurso concordante, que no presenta ningún elemento de trastorno.

Toma distancias de los hechos, se asila en el consumo del alcohol y drogas a las que no es adicto. No hay arrepentimiento ni vergüenza.

No presenta síntomas de privación de alcohol ni droga. En el consumo de alcohol no hay ebriedad patológica y permanece la memoria postingesta.

Tiene conciencia de la realidad, el tiempo, hay frialdad en su relato, discierne lo bueno y lo malo.

En su metodología estudió el aspecto fenomenológico, su biografía, antecedentes, enfermedades, funciones corticales superiores.

En la signología expresiva, verbal y no verbal, concordancia, actitud, contradicciones, cronología, si es directo o evasivo, es importante qué dice y cómo lo dice.

En el examen el imputado es como dijo un hombre ectomorfo, con rasgos longilineales relacionado con su temperamento astémico, frío.

Reacciona en forma distante, fría ante las exaltaciones de ánimo.

Es opuesto al pícnico que es temperamental.

Representa su edad cronológica. Es un hombre normal. Conciencia lúcida, orientado en el tiempo y en el espacio, juicio conservado. No hay rasgos psicóticos ni confusos.

Adecuado a la situación de la entrevista, sabe en qué está. Guarda distancia social y disciplina.

Tiene un lenguaje comunicativo, expresa su relato pero no busca que el tercero lo entienda, es necesario avanzar preguntando.

Es concordante y no presenta cuadro psiquiátrico o sicosis.

Conserva las facultades de atención, de asociación, la memoria, sabe lo bueno y lo malo.

Al rigor del análisis el examinado debe objetivar todo.

El acusado no padece de ninguna enfermedad psiquiátrica.

En el consumo de alcohol y drogas no hay dependencia, ni embriaguez patológica. Se escuda en el consumo del alcohol. Habla del ilícito como algo lejano y por ingesta de alcohol, no recuerda el hecho.

En los casos de trastornos de personalidad no asumen su responsabilidad, otros tienen la culpa.

En las conductas o trastornos antisociales de personalidad es lo mismo que una personalidad psicopática. Puede haber rasgos sin que haya una personalidad psicopática. No hay sentimientos de vergüenza ni arrepentimiento. Es capaz de discriminar lo correcto y lo incorrecto, lo bueno y lo malo.

Es imputable, tiene el juicio conservado, capacidad de raciocinio, capacidad volitiva, no hay actitudes delirantes ni psicóticas.

En cuanto al arrepentimiento y pedir perdón, la personalidad ectomorfa es fría, no tiene vergüenza, pudor ni arrepentimiento. Hacen cualquier cosa para satisfacer sus deseos. En la psicopatología pedir perdón sincero, no cabe, en lo humanista el hombre puede cambiar.

Respecto del acusado señala la Defensa que hay un relato de infancia en orfanato, crianza irregular que concluye en un Hogar en Osorno.

Ya adulto tiene pareja y es padre de un recién nacido.

Fue detenido en bus en viaje a Punta Arenas.

No evalúa si es bueno o malo que tenga una pareja, pero es algo natural.

Se escuda en el consumo de alcohol. En el examen se determina que no hay amnesia post consumo de alcohol.

La siquiatria no guarda relación con los parámetros de las ciencias exactas como las matemáticas.

DUODÉCIMO: Que el Ministerio Público aportó la prueba documental constituida por:

Informe del Centro de Tránsito Juan XXIII de Puerto Montt, en él se señala que la niña tiene un coeficiente normal promedio. Efectos del abuso, relato veraz, sin contradicciones, hay amenazas del agresor, flashback frecuente, irritable, hipersensibilidad, ansiedad, angustia, rechazo a la figura masculina, aislamiento social, necesita tratamiento.

Informe de maltrato grave: da indicadores de agresión sexual, es clara, veraz, sin contradicciones, concuerda en los hechos, apropiada a la edad cronológica, tiene percepciones, pesadillas, irritable, pierde la concentración, decaída, triste, siente vergüenza, trastornos de aseo personal, alimentación alterada en sus hábitos, necesita tratamiento.

Acta de la Ley 19.617; hay violación, trauma psicológico, necesita tratamiento.

Ficha clínica Puerto Varas, N° 115651, refiere violación bucal, esperma bucal negativo, control psicológico.

Informe siquiátrico - perito de Osorno, imputado mantiene el juicio realidad, no padece trastornos mentales, discierne lo bueno de lo malo. Es imputable.

Los informes han sido incorporados en el registro mediante su lectura.

La Defensa pide se tenga presente por el Tribunal que los peritos han declarado sobre estos informes.

El Tribunal tiene presente esta petición de la Defensa en esta audiencia.

DÉCIMO TERCERO: Que la defensa ofrece como prueba documental la ficha clínica y su complemento, de atención de urgencia de la menor en el Hospital Clínico de Puerto Varas que se incorpora con su debida lectura.

DÉCIMO CUARTO: Que la Defensa aporta la testimonial de Sandra Soledad Soto Monje, asistente social que expresa que realizó un peritaje a petición de la Defensoría Penal de Puerto Montt. Hizo entrevistas en el Centro de Reinserción Social al acusado, éste relató su historia de vida y situación actual.

En la etapa de la infancia, sus padres se separan. Desde los 6 a los 13 años vive en el Hogar de Carabineros en Llanquihue. Luego vive por separado etapas con la madre y el padre. Ingresa a otros Hogares de Protección y el último en Osorno, Hogar Fray Escoba.

En la visita domiciliaria en la casa 2370 de población Juan Soler en Puerto Varas entrevista a Raquel Silva, madre de la conviviente del acusado Carmen Valeria Quezada de 14 años de edad. En la casa viven la pareja, su hija de meses de edad y dos hermanos y la madre jefe de hogar.

La casa es pequeña, tiene dos habitaciones, cocina, baño, comedor que en la noche se usa para dormir.

La madre tiene 37 años de edad, trabaja temporalmente y tiene una hija también de algunos meses como su nieta. Ella es el único aporte económico. El acusado antes de su detención trabaja como soldador en el Hogar Fray Escoba.

Se entrevistó con el padre Pedro, director del Hogar Fray Escoba quien expresó que recordaba al acusado, era un joven tranquilo, trabajaba en todo lo que le ordenaban, no tenía problemas con los demás, era introvertido.

Fue a pedir trabajo en diciembre hasta la primera quincena de enero, convino pagarle \$100.000. Cortaba pasto. En los últimos días llega Carmen, conviviente embarazada a Osorno y da a luz en esa ciudad. El padre le dio \$200.000 para ayudar al recién nacido. El joven también trabajó en el taller como soldador.

La madre de la menor no estaba molesta y conversaron sobre la situación familiar de su hija y el acusado. La pareja regresó a Puerto Varas con la recién nacida.

También conversó con Carmen la conviviente del acusado. Conviven hace un año y medio.

Los proyectos del acusado se truncaron pues quería mantener a su pareja e hija.

El acusado vivió en el Hogar en Osorno desde los 15 a los 18 años, tres años.

La convivencia con la joven comienza a las tres semanas de pololeo.

DÉCIMO QUINTO: Que en la clausura el Ministerio Público recalca las peticiones de su alegato de apertura. En cuanto a la cooperación eficaz al esclarecimiento de los hechos resalta que fue detenido en un bus camino a Punta Arenas. No basta su declaración. Ha mentado pues dijo que la niña lo dejó entrar a la casa.

La Defensa ha pedido que sea absuelto pues incurrió en error de tipo, lo que es inaceptable pues la madre de la niña dice que vivió en su casa, que vio a la niña como una guagua, que hubo rechazo de la niña a la agresión porque son primos y ha dicho que tendría relaciones con su pareja a los 13 años de ella, si ella se lo propone.

Reitera su petición de condena como autor de violación por vía bucal del artículo 362 del Código Penal y se le aplique la pena de ocho años de presidio mayor.

DÉCIMO SEXTO: Que en su alegato de clausura la Defensa pide sea absuelto. En la comisión del hecho no se ve la concurrencia del elemento dolo. Sin dolo no hay delito.

En el dolo deben concurrir dos elementos, uno es elemento volitivo y el otro es el elemento cognitivo.

El acusado no tenía conocimiento de que el acto ejecutado era ilícito. Él no sabía la edad de la niña, ni que un acto de significación sexual a la edad de ella era ilícito.

Él mantiene una convivencia y vida sexual activa con una joven de 14 años de edad y desde los 13 años de ella, edad no reprochable.

Tanto la niña ofendida como su conviviente tienen relación de amistad.

Desde el punto de vista de la edad, él creyó que las dos tenían libertad sexual.

La relación sexual con su conviviente a los 13 años de edad de ella fue consentida y por ende, no sabe que es un delito.

El acusado ha incurrido en un error de tipo porque está ausente el elemento cognitivo.

Es necesario tener en cuenta que la vida del acusado ha sido irregular, ha vivido un corto tiempo con los padres, deambula por Hogares u orfanatos.

El estándar de exigencias para él es diferente pues no tiene arraigo familiar. Él no tiene conciencia del dolo, del ilícito de su actuar.

El Ministerio Público no probó el dolo, labor que le correspondía y si no lo ha probado es necesario absolver.

En subsidio pide se acoja la atenuante de su conducta anterior irreprochable. A pesar de su vida irregular no cometió delitos antes de los hechos del proceso. Esta atenuante ha sido materia de convención probatoria, como consta del Auto de Apertura del Tribunal de Garantía del que conoce este Tribunal y además su prontuario no registra anotaciones.

También pide se acoja la atenuante de haber procurado con celo reparar el mal causado. El fundamento de esta atenuante lo enfoca en el arrepentimiento manifestado en estrados por el acusado y en petición de perdón a la víctima. Expresa, que una de las peritos sicólogas, dijo que si la niña tomaba conocimiento de ésta, podría tener un efecto positivo y el siquiatra señala que desde el punto de vista humanista puede admitirse un arrepentimiento.

Finalmente pide se acoja la atenuante de haber colaborado eficazmente al esclarecimiento de los hechos pues ante la policía de Investigaciones que lo detuvo, ante el Ministerio Público y ante el Tribunal, ante el médico siquiatra, su relato fue útil.

Pide sea absuelto o en subsidio se acojan las tres atenuantes que ha alegado y se aplique la rebaja en dos o tres grados de la condena que se le imponga.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que el Tribunal valorando los planteamientos que han hecho las partes, el Ministerio Público y la Defensa del acusado Nelson Manuel Muñoz Hernández y las pruebas que han rendido debe como se ha dicho, arribar en los términos que ordena la ley a establecer si la menor fue

objeto de agresión sexual, penetración del pene en vía oral, la boca y si éste es responsable de tal hecho ilícito.

DÉCIMO OCTAVO: Que en relación a la comisión del hecho ilícito, como se dijo en el razonamiento octavo, se ha tenido por acreditado el hecho de haber sido agredida sexualmente la menor, en su domicilio, el día 1° de enero último en horas de la mañana, por un primo, quien resultó ser el acusado Nelson Manuel Muñoz Hernández, que ingresó por la puerta trasera del inmueble, la encontró sentada en un sillón, sola, la envió a su dormitorio, la abordó en el lecho, le pidió que le succionara el pene, la niña lo rechazó pues eran primos y el procedió a cogerla desde la nuca y así aproximó el rostro de ella al miembro viril el que introdujo en la boca de la víctima, acto que ejecutó dos veces.

DÉCIMO NOVENO: Que en relación con el hecho la parte acusadora ha rendido la prueba testimonial y pericial relatada en esta sentencia que analizada con arreglo a las normas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, llevan a concluir más allá de toda duda razonable que los hechos han ocurrido en los términos que señala la acusación y en ellos ha correspondido una participación de autor directo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal.

Recapitulando, los hechos que se han tenido por acreditados configuran el delito previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, pues un tercero accedió carnalmente por vía bucal a una persona de 11 años de edad.

Es así como el relato de la niña veraz, eficaz, emanado de una menor con nivel de inteligencia normal promedio, el aporte de los conocimientos científicamente afianzados de dos psicólogas que aportan en extenso testimonio de descripción de antecedentes de personalidad de la afectada alejan toda posibilidad remota de que ella mienta o actúe por fines de venganza o insana o patología mental.

Por su parte el relato de la madre de la niña, que fue la primera persona que llega y la encuentra cuando acaba de ocurrir el hecho, no deja lugar a dudas de la veracidad de la niña y de ella misma, pues describe claramente la actitud y la necesidad de limpiarla concienzudamente.

Sobre los efectos psicológicos en la niña se concluye irredargüiblemente en un grave daño que requiere un tratamiento psicológico tanto para ella como familiar para superar los trastornos del medio, de hábitos de higiene y de alimentación, rescate de su autoestima, ansiedad, angustia, temor, aislamiento.

Sobre estos elementos de juicio la Defensa no aporta elementos probatorios que los contradigan o alteren su valor.

VIGÉSIMO: Que la Defensa ha formulado una petición de absolución del acusado fundamentándola puntualmente en que el acusado habría incurrido en su actuar en un error de tipo.

El error en el ilícito cometido desvirtúa la tesis de la parte acusadora pues eliminaría el dolo y por ende, desaparecería el delito, como está previsto en el Código Penal.

En efecto, la ley penal, en su artículo primero dice que es delito, toda acción voluntaria penada por la ley. Agrega que acción penada por la ley, se reputa siempre voluntaria, de acuerdo con el texto legal.

La Defensa concreta este error de parte del acusado en la circunstancia de no haber sabido al momento de ejercer actividad sexual con su prima, que era ilícito, dada la edad de ella, 11 años, que él desconocía.

Señala que, además de una infancia y adolescencia irregular, de abandono y deambular por orfanatos y Hogares de Protección, inicia una relación sentimental con una joven de 13 años, y luego una convivencia formal, consentida por la madre de ella, la joven resulta embarazada y da a luz una hija de ambos. Esta joven tiene hoy 14 años de edad.

Asimismo ha ofrecido como prueba documental la ficha de atención de la menor que también ofreció la Fiscalía y que ha sido debidamente incorporada a la Audiencia y que se refiere a la primera atención médica de la niña.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que la solicitud de absolución de los representantes del acusado, guarda relación con el elemento intelectual del dolo, esto es, el conocimiento de las circunstancias de hecho constitutivas de la figura típica, en la especie, el desconocimiento que la víctima, al momento de ocurrir los hechos, era una menor de 12 años de edad.

La sede de los cuestionamientos de la defensa entonces, se relaciona, con la valoración subjetiva de la acción, esto es, la culpabilidad, particularmente, como dicha parte lo señala, con un error de tipo, que le asistiría al agresor, haciendo restar impune su conducta.

Al respecto se debe recordar que el elemento cognoscitivo del dolo, puede derivar en su exclusión, de esta forma el sujeto, para actuar dolosamente debe saber que está realizando el hecho típico, es decir, conocer los elementos del tipo. La falsa representación o desconocimiento de los elementos de la figura típica, se denomina error de tipo, ello en la nomenclatura establecida por la teoría finalista que disocia los elementos intelectuales del delito, en los que pertenecen a la acción típica (Dolo) y los que se adscriben al juicio de reproche (conciencia de la antijuridicidad), el segundo da lugar al error de prohibición. (Alfredo Etcheberry, Derecho Penal, Parte General Tomo I., pag. 333, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición-2001).

Por su parte se debe indicar que el elemento intelectual que se viene relacionando, aunque debe abarcar todas las circunstancias que integran la descripción del delito, sólo debe hacerlo en sus rasgos esenciales, toda vez que resulta imposible, para el hombre común, conocer todos los detalles de la realidad. (Sergio Politoff L.,- Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, "Lecciones de Derecho Penal", Parte General, pag. 256, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición 2004). De esta forma, y tal como lo señalan los mismos autores, a título de ejemplo, *para cometer la violación impropia del artículo 362 del Código Penal, basta con saber, que se accede carnalmente a una niña notoriamente impúber, no la fecha de nacimiento de ésta.*

Al contenido normativo que se ha expresado con precedencia, deben entonces, anotarse las circunstancias fácticas del caso concreto, y lo primero que se debe recoger, de acuerdo al ejemplo referido, es que al observar a la víctima, a través del circuito cerrado de televisión, que amparó las declaraciones que ésta prestara en la audiencia, tal como se ha señalado, impresiona inequívocamente como una menor de contextura disminuida, con un desarrollo físico pre-adolescente, con rasgos y gestos evidentemente infantiles, que permiten situar su edad cronológica en un grupo etéreo, incluso menor a los 11 años que ostenta.

A la circunstancia anterior, se debe agregar, que el imputado convive con una menor a quien conoció carnalmente, cuando esta frisaba los 13 años de edad, la que en la actualidad es madre de su hijo, condición que lo ubica, en un plano lógico, en relación a los demás sujetos de su edad, de un mayor conocimiento de los accidentes y características que presenta la anatomía femenina a ese tiempo, y le permite una más certera diferenciación de las edades que de asociación a dichas exteriorizaciones físicas.

A las alternativas anotadas, debe sumarse, el evento que el día anterior, al que ocurrieran los hechos, el acusado a propósito del cumpleaños de la víctima le obsequió la suma de \$500. De estos antecedentes, sólo puede predicarse, que la lógica y las máximas de la experiencia, nos dicen que en la generalidad de los casos, quien realiza un obsequio de cumpleaños, sabe la edad del festejado, siendo la ignorancia de ello, la excepción, que en mayor incidencia corresponde a celebraciones de adultos, pero no de menores de edad.

Finalmente, el hecho de mantener con la víctima una relación de parentesco, (primos) y la anotación de haber vivido un tiempo en la casa de ésta, sumados a los anteriores, forman en estos sentenciadores, la convicción más allá de toda duda razonable, que en el caso concreto, el imputado, sabía que la persona a quien accedió por vía bucal, era una menor de doce años, tornándose incurso entonces la petición de dicha parte en orden a que le asistiría a éste, un error de tipo, por desconocer la edad de la ofendida, alegación que será en consecuencia rechazada de acuerdo a lo razonado con precedencia.

CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD

VIGÉSIMO SEGUNDO: *Atenuante.* Que de acuerdo al numeral 1 del motivo quinto del auto de apertura de este juicio oral, las partes acordaron como convención probatoria, que el imputado no tiene antecedentes penales en su extracto de filiación, circunstancia que debe darse por establecida en dicho mérito. Que la razón anotada permite establecer que la conducta anterior a los eventos de cargo, de Nelson Muñoz Hernández, es irreprochable, favoreciéndole en consecuencia, la circunstancia atenuante de responsabilidad criminal contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal.

VIGÉSIMO TERCERO: *Atenuante.* Que la circunstancia atenuante de responsabilidad criminal, alegada por los representantes del acusado, prevista en el artículo 11 N° 7 del Código Penal, la desprende dicha parte del perdón que el ofendido ha ofrecido en la audiencia de juicio oral a la víctima, concurriendo que el Ministerio Público solicita rechazar por no haberse determinado la efectividad reparatoria que tenga dicha acción en la intelectualidad y afectividad de la víctima, como de la ausencia de celo que dicha figura requiere.

Que la literalidad del numeral 7 del artículo 11 del estatuto punitivo, señala que son circunstancias atenuantes: “*si se ha procurado reparar con celo el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias*”. Que esta redacción corresponde a la original que la comisión redactora estableciera en la sesión del 17 de mayo de 1870. (Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno, Pag 258, Edeval – Valparaíso 1974, Edición Crítica preparada bajo la dirección de Manuel de Rivacoba y Rivacoba).

Que como se puede observar, la atenuante se encuentra vinculada con el comportamiento posterior del delincuente, presentando la norma dos proposiciones alternativas, que guardan relación *con el mal producido por el delito y las posibilidades de reparación por parte del autor.* La primera de ellas, deviene cuando el mal producido en la ejecución es susceptible de reparación, evento en el que el agente debe intentar repararlo; y la segunda alternativa, cuando el mal provocado no es susceptible de reparación, condición en las que el victimario debe tratar de impedir sus postreras perniciosas consecuencias.

Que, en orden a determinar si la indemnidad sexual, y la afectación del correcto y normal desarrollo de la misma, es un bien susceptible de reparación, dicha condición no fluye necesaria de acuerdo a las probanzas rendidas en audiencia, toda vez, que las profesionales conminadas a pronunciarse sobre el punto, en su calidad de peritos psicólogos no resultan concluyentes en tal sentido, transitando sus atestados, en tal sentido, por el plano de las especulaciones y las probabilidades, sin ratificarlo plenamente. En todo caso, para el caso concreto, ello no obsta a la determinación que en defi-

nitiva establecerá el Tribunal, en cuanto a aceptar o rechazar la concurrencia de la atenuante, pues su asistencia se desplazará por el requisito del celo que la minorante precisa para su acogimiento, más no por la determinación que se explicita.

Efectivamente, la circunstancia requiere que la conducta del imputado sea celosa, vale decir, que éste haya tenido especial preocupación por reparar el mal, demostrando que se ha esforzado por lograrlo. Esto no involucra que verdaderamente la reparación se alcance o que los efectos se impidan; la exigencia se satisface con desarrollar una actividad en tal sentido que manifieste su especial inquietud. (Mario Garrido Montt, op. cit. pag. 193 y 194). En este mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia, como lo afirma la Corte Suprema, “*con un impulso íntimo que le mueva a conseguir la mayor reparación posible de propia iniciativa, sin presión ajena, existiendo la inequívoca preocupación de reparar el mal*”. (Alfredo Etcheberry, “El Derecho Penal en la Jurisprudencia”, Tomo IV Pag. 132, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición 2002).

De esta forma, “el celo” que exige la conducta, no es otra cosa que el impulso íntimo que mueve al autor a colaborar al afectado por su ilícito, aún con sacrificio personal, no encontrando su contenido final el término en la reparación absoluta del mal que se provocó, sino en las motivaciones que tuvo el autor para reparar o intentar reparar y las condiciones en que desarrolló esa conducta. (En el mismo sentido Op. Cit. Pag. 133).

Conforme a los razonamientos expuestos el celo de la reparación debe ser determinado en forma objetiva, atendiendo al mal causado, las facultades del autor, y su situación procesal, agregando a esas circunstancias que las acciones reparatorias sean voluntarias y oportunas y que hayan estado inequívocamente encaminadas a dicho fin, esto es, reparar o procurar impedir las consecuencias de su actuación, sin que resulte determinante el logro de ese propósito. (En este sentido Jean Pierre Matus en Texto y Comentario del Código Penal Chileno Tomo I, pag 181, Editorial Jurídica de Chile 1ª edición 2002, de Politoff y Ortiz Quiroga).

Con todo, estos sentenciadores estiman que, en el caso concreto, la circunstancia de que el agresor haya pedido perdón a la víctima, en la audiencia de juicio oral, más allá del elocuente alegato de

clausura que en tal sentido verificara su defensa, no reviste el celo reparatorio que la figura precisa, toda vez, que estimarlo de esa forma, minimizaría el estándar que el legislador ha tenido en miras para alterar el régimen de punición normal. En efecto, si se observa el caso sublite, nos encontramos, en que la acción posterior al delito, desplegada por el agente, se reduce única y exclusivamente al hecho de haber pedido perdón en la audiencia, hecho aislado, que si bien, resulta destacable, constituye una circunstancia que por sí sola no logra elevarse como suficiente para la atenuación requerida. No se quiere decir con lo anterior, que la disculpa pública, no baste por sí misma para procurar impedir las ulteriores perniciosas consecuencias de un ilícito, pues en algunos acometimientos, tal vez, ello resulte objetivamente suficiente e incluso la misma víctima lo estime como bastante, pero esas, no parecen ser, a criterio de estos sentenciadores, las hipótesis y eventos que han rodeado el caso de autos. Tampoco se soslaya de esta forma la argumentación de la defensa, en cuanto el imputado ha intentado reparar de la única forma que le era posible, pero tal vez, el intento de hacer llegar una carta a la misma o a su familia, por sí, por intermedio de su defensa, o por alguno de los profesionales que le atendieron, o de un sacerdote, u otras alternativas no exploradas, constituyen acciones que sólo a título ejemplar, podrían haber revestido a la misma acción del celo reparatorio que la figura pretende.

Que de acuerdo a los fundamentos expuestos, no se da lugar a la solicitud de la defensa, en orden a tener por concurrente la circunstancia atenuante de responsabilidad sobre la que se viene razonando.

VIGÉSIMO CUARTO: *Atenuante.* Que en relación a la circunstancia atenuante de responsabilidad criminal, alegada por los representantes del acusado, prevista en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, a cuya concesión se opone el Ministerio Público, la discusión se centra en los presupuestos fácticos sobre los que la hace descansar la defensa, y al carácter insustancial o no determinante que a dichas acciones le atribuye el perseguidor penal.

En este orden de ideas, la mayoría de integrantes de este Tribunal, estiman que las circunstancias que el autor, al momento de ser aprehendido por los funcionarios policiales, y advertido de los derechos, que en su asistencia concurrían de acuer-

do a la Constitución y las leyes, haya decidido renunciar a tan elocuente protección, entregándose al circunstanciado relato del hecho punible ante los agentes estatales, describiendo además, plenamente la participación que le correspondió en los mismos, dan cuenta inequívoca que el autor pretendía colaborar al esclarecimiento de los hechos de la causa.

A las anotaciones precedentes, se debe agregar que el acusado, mantuvo sus afirmaciones durante toda la etapa de investigación e intermedia, y posteriormente las reiteró en la audiencia de juicio oral, delante de un número significativo de personas que a esa hora, se encontraban en la sala de juicio.

Que aún cuando la norma en cuestión fue modificada en su redacción primitiva, a fin de adecuarla al nuevo proceso penal, ya que la anterior, según puede recordarse, exigía para su consideración que *“Contra el procesado no existieran otros antecedentes que su espontánea confesión”*, expresiones que la tornaban prácticamente inaplicables en el anterior sistema, e inviable en el actual, dicha decisión legislativa, si bien en uno u otro tiempo, ha exigido un elevado estándar de colaboración, determinante si se quiere, bajo ningún concepto, ha pretendido requerir que dicha colaboración deba eruirse como la única o elemental prueba, en contra de quien coopera, sino que su esencialidad debe ser establecida, a la luz de las demás probanzas reunidas, como de la naturaleza, accidentes y circunstancias fácticas del hecho concreto que es sometido a decisión del Tribunal.

Desde esta perspectiva, tratándose los acontecimientos punibles, de un acceso carnal, por vía bucal, del que no hubo testigos presenciales, ni recolección de evidencias materiales o científicas determinantes o de descarte, y donde los elementos más significativos de cargo, radicaban en las imputaciones de la víctima del ilícito, pues toda la demás, derivaba en mayor o menor medida, de los relatos de la menor, sin duda erigen a las declaraciones del imputado en un elemento relevante, y que inequívocamente colaboró en las labores de persecución penal que desplegó el Ministerio Público, en sus distintas etapas. Lo anterior se ve ratificado en la audiencia de juicio oral, pues, el testimonio del acusado, reconduce, articula y ensambla coherente y sistemáticamente, toda la prueba recabada por la Fiscalía, circuns-

tancias todas las anteriores, que permiten inferir que dichos relatos colaboraron sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, en el contenido fáctico y normativo que el legislador ha exigido al numeral 9 del artículo 11 del estatuto criminal.

Finalmente, y sólo desde la perspectiva de la fundamentación última de la minorante, no podemos olvidar su íntima conexión con las atenuantes de responsabilidad criminal contempladas en los numerales 7 y 8 del artículo 11 del estatuto punitivo, en cuanto todas extraen su contenido fáctico, del *comportamiento posterior del delincuente*, y que se vinculan en el caso del numeral 7, al favorecimiento de la víctima, y en los eventos del numeral 8 y el presente, en razones de política criminal, **vinculadas a la acción de la justicia** que se ve favorecida con la cooperación prestada por el infractor. (*En este sentido, Labatut Derecho Penal Tomo I, pag. 216 y 217, Editorial Jurídica de Chile, 9ª edición – 2002; Garrido Montt, en Derecho Penal, parte general Tomo I., pag. 192 y siguientes; y Jean Pierre Matus en Texto y Comentario del Código Penal Chileno Tomo I, pag 182, Editorial Jurídica de Chile 1ª edición 2002, de Politoff y Ortiz Quiroga*) que en esta contextualidad, el favorecimiento a la acción de la justicia, deviene palmaria, del reconocimiento que de los hechos y su participación en los mismos ha relatado el acusado, en todas y cada una de las etapas de la persecución penal.

Que en consecuencia, y de acuerdo a las argumentaciones que se han relacionado con precedencia, se acogerá a favor del acusado la circunstancia atenuante de responsabilidad criminal contemplada en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, accediéndose de esta forma a lo solicitado por la defensa.

Sin embargo, y no obstante haberlo requerido la defensa, la minorante concurrente no será calificada, toda vez, que de los antecedentes relacionados con precedencia, únicos existentes en el caso concreto, no se desprende fundamento alguno para acceder a dicha petición, más aún si se considera, que los propios representantes del acusado, no indicaron cuáles los presupuestos fácticos que importarían una decisión del tribunal en tal sentido.

DETERMINACIÓN DE PENA

VIGÉSIMO QUINTO: Que en consecuencia, favorecen al encausado dos circunstancias atenuan-

tes de responsabilidad criminal, esto es, las contempladas en los numerales 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal, y no le perjudica agravante alguna, y teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 68 del mismo cuerpo legal, esto es, que la pena asignada al delito, es una que consta de dos o más grados, a la sazón, presidio mayor en cualquiera de sus grados, el tribunal se encuentra facultado para imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, de acuerdo al número y entidad de las circunstancias atenuantes que se han tenido como concurrentes.

VIGÉSIMO SEXTO: Que al momento de determinar la sanción corporal que en definitiva debía aplicarse al encausado, hubo dispersión de votos entre estos sentenciadores, debiendo de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19 del Código Orgánico de Tribunales, quien sostuvo la opinión más desfavorable para el acusado, en este evento, la Magistrado Santelices, quien estuvo por aplicar la sanción corporal de 08 años de presidio mayor en su grado mínimo, optar por alguna de las otras que más favorecían al referido, decidiendo hacer mayoría en la opinión de la magistrado Avendaño, quien fue de la idea de aplicar al sentenciado la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, en defecto de la opinión del magistrado Rojas, quien estuvo por aplicar la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo.

Que en consecuencia, de acuerdo a las fundamentaciones expuestas, la sanción corporal, que en definitiva se impondrá al encausado será de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, con las accesorias respectivas.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 1, 11 N°6, 7 y 9, 14, 15 N°1, 18, 24, 25, 26, 29, 47, 50, 67, 68, 69, y 362 del Código Penal; y artículos 47, 295, 296, 297, 329, 330, 331, 332, 340, 341, 342, 344, 346 y 468 del Código Procesal; y artículo 1 de la ley 18.216, se declara:

- I.- Que se **CONDENA A NELSON MANUEL MUÑOZ HERNÁNDEZ**, ya individualizado a la pena de **CUATRO AÑOS** de presidio menor en su grado máximo, a las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas de la causa, en cali-

dad de autor del delito consumado de violación en la persona de la menor E.F.H.M., previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, perpetrado en la ciudad de Puerto Varas el día 01 de enero de 2004.

- II.- Que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1 inciso final de la ley 18.216, en la redacción que le diera la ley 19.617, tratándose de un delito previsto en el artículo 362 del Código Penal en la redacción vigente a la fecha del delito, no se concede al condenado, ninguno de los beneficios contemplados en dicho estatuto normativo, debiendo cumplir efectivamente la pena corporal impuesta, la que se contará desde el día 16 de enero del año en curso, fecha a partir de la cual ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad por esta causa, según consta en el auto de apertura del juicio oral.
- III.- Regístrese y comuníquese al Juzgado de Garantía de Puerto Varas para la ejecución de lo resuelto, y en su oportunidad archívese.

Devuélvase al Ministerio Público y a la defensa, los documentos incorporados en la audiencia del juicio oral.

Se previene que la Juez redactora doña Neyda Santelices Moreno, rechazó la solicitud de absolución de la defensa, agregando a los fundamentos expuestos en el motivo vigésimo primero, los siguientes:

Que a mayor abundamiento la fecha de nacimiento y la edad de la niña han sido materia de convención probatoria incluida en el Auto de Apertura respectivo y en consecuencia es un hecho aceptado por las partes y el Tribunal con arreglo a derecho. Por eso no se advierte el fundamento de la defensa en su planteamiento de error de tipo sobre un hecho que previamente se había dado por acreditado por ella misma y por el Ministerio Público.

Del mismo modo previene que estuvo por rechazar la concurrencia de las circunstancias atenuantes invocadas por la Defensa de los N° 7 y 9 del artículo 11 del Código Penal, por los siguientes motivos:

En cuanto a la atenuante del N° 7 del artículo 11 del Código Penal, de haber procurado con celo reparar el mal causado, estima que el haber pedido perdón a la víctima en estrados y haber manifestado su arrepentimiento. Y solicitud de que tales sen-

timientos fueran comunicados a ésta no reúne requisito reparatorio alguno, ni siquiera en los términos que emplea el legislador de "intentar con celo" por las siguientes razones.

La abrumadora coincidencia de las sicólogas en detallar exhaustivamente los rasgos de personalidad de una niña normal, de capacidad intelectual media, veraz y consistente, que ha sufrido un daño emocional psicológico devastador, por una agresión sexual que la hace participar, pasivamente no obstante su oposición, de acción de significado sexual la penetración del pene de un varón adulto joven en la boca, en una edad y etapa de su vida que no le corresponde, que no es capaz de comprender y que le causa los trastornos que describen las expertas que la examinaron y que requiere un largo tratamiento de recuperación para eliminar los efectos de tal acción.

En este orden de ideas, la Juez tiene presente que la sicóloga expresa que aunque tal petición de perdón y arrepentimiento de su agresor llegara a conocimiento de la niña no está en condiciones por su edad de dimensionarla y no daña para ella el resultado que pretende su Defensa.

En cuanto a la atenuante del N° 9 del artículo 11 del Código Penal, esto es, haber colaborado eficazmente en el esclarecimiento de los hechos, la Juez no la acepta pues considera que la declaración del acusado no ha sido el hilo conductor de la investigación, ni de la acusación consecencial; pues el hecho ya ha sido acreditado por el Ministerio Público con una investigación y pericias que han sido responsables y exhaustivas, que han acreditado sin trabas, ni dudas, el hecho y su responsabilidad en él.

A mayor abundamiento tal declaración, haciendo suyas las afirmaciones del médico psiquiatra que lo analizó, llevan a dudar si dado su temperamento y actitud fría, su evasión de los hechos, escudándose en la ingesta de alcohol, sin que haya alteración de memoria, llevan a suponer que la emplee en su beneficio y no en beneficio de la comunidad y la administración de justicia en el caso puntual. Sin olvidar que huía a Punta Arenas cuando la policía interceptó el bus en que viajaba; que sorprendido por la madre de la niña en la casa se alejó, fue a Osorno, llevó a su conviviente, obtiene \$200.000 de un sacerdote, suma inexplicable por labores esporádicas de jardinería, no acepta el con-

ducto legal que éste le ofrece de atención de un abogado y escapa sin lograrlo al fin.

Por estos razonamientos, la juez estima que no cabe acoger estas dos atenuantes que requiere la Defensa en beneficio del acusado.

Que concurriendo una atenuante y siendo la pena aplicable al delito por el artículo 362 del Código Penal, la de presidio mayor en cualquiera de sus grados y aplicando el artículo 68 inciso 2° del código referido la juez está por aplicar la pena que solicita el Ministerio Público, de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo; la de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y a la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y costas.

Si le fuere concedido algún beneficio por los sentenciadores de mayoría o penitenciario, se le prohibirá acercarse al domicilio, al establecimiento educacional, ni a la persona de la víctima hasta la

mayoría de edad de ella de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 372 ter del Código Penal, debiendo estimarse la infracción a esta prohibición razón suficiente para la revocación del beneficio.

La pena que estima debe ser impuesta se contaría desde la fecha de su detención el 16 de enero último, como se señala en el Auto de Apertura del proceso.

Sentencia y prevención redactada por la magistrado titular, doña Neyda Santelices Moreno y la decisión de mayoría en relación a la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal de sus autores.

RIT N° 8-2004.

RUC N°0400000902-K

PRONUNCIADA POR LOS JUECES IVONNE AVENDAÑO GÓMEZ, JAIME ROJAS MUNDACA Y NEYDA SANTELICES MORENO.-

- **Declara que el sistema actual no exige una certeza absoluta para condenar, admitiendo dudas aceptables, siendo de cargo de la Defensa articular una versión alternativa.**

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

Resumen:

La Fiscalía acusó por los delitos frustrados de homicidio calificado y parricidio, reconociendo la concurrencia de la irreprochable conducta anterior. El querellante acusó en términos similares, alegando en subsidio de las calificantes, las agravantes de la premeditación y del premio o recompensa. Las Defensas sostuvieron la inocencia solicitando la absolucón. El Tribunal tuvo por acreditado, respecto del primer imputado, la concurrencia del dolo homicida, así como el hecho de haber buscado, y conseguido concertadamente con la coimputada, obrar sobre seguro. En cuanto a la imputada, por haber tenido un vínculo matrimonial con la víctima, tuvo por probada su autoría en el delito de parricidio. Al desechar las alegaciones de las Defensas, en lo referido a la necesidad de superar la duda razonable, el Tribunal explicó que el sistema actual no exige una certeza absoluta (por lo demás imposible de alcanzar), siendo posible condenar existiendo dudas aceptables. Agregó, además, que las Defensas no lograron articular una versión alternativa. En cuanto a los alegatos finales de las Defensas, primero respecto a una presunta vulneración al principio de congruencia y una falta del dominio del acto de la acusada, el Tribunal manifestó que el primero se refiere a los aspectos esenciales de la acusación, no exigiéndose un cumplimiento literal entre la acusación y la sentencia, y el segundo, habiéndose probado que actuaron concertadamente, cumplió los presupuestos del artículo 15 n  1 del Código Penal. Finalmente, respecto de las agravantes alegadas por el querellante, el Tribunal manifestó que de las pruebas presentadas, si bien se demostró el concierto para actuar, no alcanzó la convicción suficiente para hablar de persistencia e invariabilidad de la determinación criminal de los acusados, requisito esencial de la agravante invocada. Y por su parte, la agravante del artículo 12 n  2 del Código Penal, al requerir la intervención de dos personas que celebren un pacto criminal previo donde uno de ellos encomiende matar y el otro actúe como autor ejecutor material del delito, no se configuró.

Texto completo:

Rancagua, dieciocho de noviembre de dos mil cuatro.

VISTOS:

PRIMERO: Que ante esta Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, constituida por el juez presidente Marcos Kusanovic Antinopai y los jueces doña María Isabel Pantoja Merino y don Carlos Moreno Vega, se llevó a efecto el juicio oral de la causa rol interno del tribunal n  67-2004, seguida en contra de **RIGOBERTO ANTONIO DEL VALLE SOTO**, chileno, casado, 40 años, trabajador particular, cédula nacional de identidad n  10.046.424-1, domiciliado en calle Prat n  0636, La Isla, Rengo, y de **ISABEL KARINA PADILLA ZELA-**

YA, chilena, casada, 48 años, empresaria agrícola, cédula nacional de identidad n  7.463.756-6, domiciliada en calle Madrid n  877, de esta ciudad.

Sostuvo acusación el Ministerio Público representado por los Fiscales don Servando Pérez Ojeda y don Néstor Gómez Canales, ambos domiciliados en calle Alcázar n  139, de esta ciudad.

Además se dedujo acusación particular y demanda civil por don Luis Aníbal Lobovsky Lara y don Benjamín Lobovsky Lara, quienes fueron representados por los abogados particulares don Helmut Vargas Roza y Héctor Salazar Ardiles, ambos domiciliados en calle Catedral n  1.009, oficina 401, de Santiago.

La defensa de Rigoberto del Valle estuvo a cargo del Defensor Penal Público, don Pablo Muni-

zaga Fernández, domiciliado en calle Germán Riesco n° 230, piso 9, de esta ciudad.

La defensa de Isabel Padilla estuvo a cargo del abogado particular, don Antonio Lam Duarte, domiciliado en calle Estado n° 235, oficina 903, de Santiago.

SEGUNDO: Que, el Ministerio Público, según consta del auto de apertura, dedujo acusación fundada en los siguientes hechos:

A- RESPECTO DE RIGOBERTO DEL VALLE SOTO.

El 26 de enero de 2004, aproximadamente a las 09:00 horas, el acusado ingresó a la vivienda ubicada en Nocedal n° 100, comuna de Machalí, se dirigió al dormitorio de David Fernando Lobovsky Lara, quién se encontraba dormido sobre su cama y premunido de un hacha procedió a descargar 5 golpes sobre su cuerpo, con la clara intención de darle muerte. De los golpes acertados, tres de ellos fueron en la cabeza, uno en el tórax y otro en la mano, producto de la acción del imputado, la víctima resultó con las lesiones de tec cerrado, heridas contusas cortantes múltiples del cuero cabelludo, hematomas subdural derecho, hipertensión intracraneana aguda grave e infarto cerebral hemisférico derecho extenso, todas de carácter gravísimo que lo dejaron en estado vegetal (muerte cerebral).

B- RESPECTO DE ISABEL PADILLA ZELAYA.

I.- HECHOS ANTERIORES A LA COMISIÓN DEL DELITO.

En primer lugar se registra entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de enero de 2004, cerca de 150 llamadas entre el celular del acusado con ella, registrándose más de 11 horas de conversación telefónica.

El 25 de enero de 2004, se registran tres llamadas entre ambos; a las 21:48, 22:52 y 23:46 horas, teniendo una duración en conjunto de 20 minutos, todas se realizan en medio de una discusión con el ofendido que le reclama la pérdida de 21 mil pesos argentinos girados en la ciudad de Mendoza ese fin de semana.

El 26 de enero de 2004 a las 8:00 horas aproximadamente en el domicilio de la víctima, Elton García Riveiro, jardinero de la casa, despierta a

la acusada quien le dice que van a ir al supermercado Jumbo.

A las 8:19 de ese día se registra una llamada entre la acusada y Rigoberto del Valle.

Posteriormente a las 8:27 de la mañana se registra una nueva llamada entre ambos acusados.

Ese mismo día a las 8:30 de la mañana la acusada sale de su domicilio al supermercado Jumbo en compañía de García Ribeiro en su camioneta con el freno de mano puesto, lo que hace que el trayecto sea más lento de lo normal, de hecho, cuando llegan al supermercado la camioneta llega echando humo.

A las 8:35 la acusada se comunica con su nana, Silvia Barrera Barrera, para que le compre unos remedios antes de llegar a su domicilio, en circunstancias que donde va, al supermercado Jumbo, existe a lo menos una farmacia.

II.- HECHOS SIMULTÁNEOS A LA COMISIÓN DEL DELITO.

Entre las 8:45 y las 10 de la mañana del día de los hechos, la acusada compra en el Supermercado Jumbo, dos panes de manteca y un papel Alusa por la suma de aproximada de \$1.300 pesos, para luego recorrer la Tienda "Easy", haciendo hora, según indica, para que la camioneta se enfriara. El retorno se hace lento, no obstante no haber señales externas de ningún desperfecto del vehículo.

Entre las 10 y las 10:15 horas ingresa a su domicilio, se encuentra con la nana y manifiesta la intención de cambiarse zapatos, no obstante ello, llega al pasillo que da al dormitorio y se arrepiente. Se devuelve retirándose hacia el exterior de la vivienda, donde ordena a la nana y al jardinero que la acompañen a comprar un fierro para destapar un sifón, ambos empleados manifiestan su negativa, puesto que en el caso de la nana recién ha iniciado su trabajo y tiene muchas cosas que hacer, el jardinero a su vez, le indica que prefiere quedarse en la casa, a lo que ella responde y ordena que van los tres, saliendo en dirección a la ferretería.

A las 10:20 de la mañana efectúa una nueva llamada al celular del acusado, una vez que este ha pinchado su teléfono.

Entre las 10:20 y las 11.20 de la mañana la acusada deambula por la comuna de Machalí en

busca de una dirección, donde supuestamente venderían maquinaria agrícola, la que nunca es encontrada.

El trayecto de regreso se realiza a una velocidad notoriamente menor a la habitual.

A las 11:20 aproximadamente ingresan al inmueble notando que la camioneta de la víctima aún se encuentra estacionada, frente a lo cual la acusada no manifiesta preocupación alguna, lleva sus dos empleados a la parte trasera de la casa sin ingresar a la vivienda.

A las 11:23 aproximadamente y en circunstancias que se encuentra en la parte trasera de la casa en el patio, se escuchan gritos de auxilio del dormitorio de la víctima, ante esto ambos empleados corren hacia la casa mientras ella manifiesta que su cónyuge debe estar volviéndose loco, para luego ir al dormitorio.

En el trayecto, solicita a gritos que el jardinero ingrese por el ventanal del living y no por la puerta de la cocina (que da hacia la salida de la casa), una vez que entra al dormitorio y ve al acusado Del Valle Soto, con el hacha en la mano y su cónyuge ensangrentado en el piso con a lo menos tres hachazos en la cabeza, lo único que hace es preguntar al agresor si la víctima, o sea su cónyuge, lo ha atacado.

III.- HECHOS POSTERIORES A LA COMISIÓN DEL DELITO.

Posteriormente, sale del dormitorio, sin haber solicitado ayuda para su marido, ingresa a una pieza aledaña de la vivienda junto con el acusado, por alrededor de dos minutos, para regresar con la camisa que este vestía y pasarla por la cara de la víctima, que aún yace en el piso del dormitorio, luego indica a la nana que dicha prenda de vestir hay que desaparecerla. Frente a la negativa de esta, la envuelve en una toalla nova, la mete en una bolsa y la guarda en un tarro.

Además, al darse cuenta que el hacha con que se efectuó la agresión a su marido, se encuentra en la taza de uno de los baños de la casa, la levanta con una toalla, la envuelve y la sitúa al lado de la mano derecha de su cónyuge.

Una vez ocurrido lo anterior, pide a los dos testigos que guarden silencio y amenaza a la nana con suicidarse, si esta cuenta lo ocurrido.

El 27 de enero del 2004, y luego de haber botado el tarro que contenía la camisa del agresor en las cercanías de su domicilio, es sorprendida por el inspector Néstor Becerra de la Brigada de Homicidios ocultando 21 mil pesos argentinos.

Las lesiones causadas a la víctima son las siguientes, tec cerrado, heridas contusas cortantes múltiples de cuero cabelludo, hematomas subdural derecho, hipertensión intracraneana aguda grave e infarto cerebral hemisférico derecho externo, que a la fecha lo tienen con un diagnóstico de muerte cerebral.

Estos hechos, según el Ministerio Público, configuraron los delitos frustrados de homicidio calificado y de parricidio en la persona de David Lobovsky Lara, previstos y sancionados en los artículos 391 n° 1 y 390 del Código Penal y fueron cometidos por Rigoberto del Valle Soto y por Isabel Padilla Zelaya, respectivamente, ambos en calidad de autores ejecutores directos e inmediatos de acuerdo al artículo 15 n° 1 del mismo código.

Sostuvo que favorece a los acusados la atenuante de irreprochable conducta anterior y que no les perjudica ninguna agravante, por lo que solicitó se imponga a Rigoberto del Valle Soto, la pena de 7 años y 183 días de presidio mayor en su grado mínimo y a Isabel Padilla Zelaya, la pena de 12 años y 183 días de presidio mayor en su grado medio, más las accesorias legales y costas de la causa.

TERCERO: Que, se dedujo acusación particular, según se lee en el auto de apertura, fundada en los siguientes hechos:

El 26 de enero de 2004, aproximadamente a las 9:00 horas, Rigoberto del Valle, ingresó a la vivienda ubicada en calle Necedal n° 100, comuna de Machalí, se dirigió al dormitorio de David Lobovsky Lara, quien se encontraba dormido sobre su cama y premunido de un hacha procedió a descargar, a lo menos, cinco golpes sobre el cuerpo de la víctima, con evidente dolo homicida. De los golpes asestados, tres de ellos fueron en la cabeza, uno en el tórax y otro en la mano, resultando la víctima con traumatismo encéfalo craneano grave cerrado, heridas contusas cortantes múltiples del cuero cabelludo, hematomas subdural derecho, hipertensión intracraneana aguda grave e infarto cerebral hemisférico derecho extenso.

Sostuvo que el acusado agredió a la víctima mientras dormía, prevaleciéndose de ello, es decir, actuando a traición o sobreseguro, y además, planificó con antelación el ilícito, actuando por ello con premeditación conocida, previo concierto con la cónyuge del ofendido, la acusada Padilla Zelaya, por lo que en su opinión, los hechos perpetrados por él, a su respecto se encuentran previstos y sancionados en el artículo 391 n°1 del Código Penal, circunstancias primera –esto es, con alevosía- segunda –por premio o promesa remuneratoria- y quinta -con premeditación conocida, lo que se denomina homicidio calificado perpetrado –en tanto no fallezca el ofendido- en grado de frustración, siendo el acusado autor del referido delito, conforme a los artículos 7 y 15 n° 1 del citado código, respectivamente.

Señaló que, subsistiendo dos calificantes y una atenuante –la irreprochable conducta previa del acusado- deben compensarse racionalmente, por lo que quedando una calificante, considerada como tal o como agravante según el artículo 12 n°1, n°2 ó n°5 y de acuerdo al inciso 2 del artículo 67 del citado código, se le debe aplicar la pena de diez años de presidio mayor en su grado mínimo, que solicitó.

Agregó que si el ofendido falleciere estaríamos ante un homicidio calificado, consumado, por lo que, atendidas las circunstancias del caso, la forma fría como se planificó el ilícito y su manera brutal de ejecución, solicitó se condene al acusado a la pena de presidio perpetuo simple, más accesorias legales y costas, estas últimas en forma solidaria con la acusada.

Respecto de Isabel Padilla Zelaya, los querellantes plantearon acusación particular fundada en que:

Se concertó previamente con del Valle Soto, logrando que la mañana del suceso salieran de la casa mencionada junto a ella la asesora del hogar y el jardinero y aprovechando que los dos hijos comunes del matrimonio se encontraban ausentes; conduciendo a los dos primeros por distintos lugares con diversos pretextos, permitiendo así, a sabiendas, que del Valle no tuviera impedimentos para perpetrar el delito.

Aseveró que ya tiempo antes del hecho delictual, intentó obtener datos con terceros a fin de contratar a alguien para que diera muerte a la víctima, confesando asimismo a otras personas que estaba enamorada del co-imputado y mantenía una

relación con él, constando, por otra parte, que desde el 26 de diciembre de 2003 al 29 de enero de 2004 sostuvo más de 150 llamadas telefónicas por teléfono celular con el acusado y más aún, el día del ilícito se registran 3 llamadas en los instantes inmediatamente anteriores o coetáneos a los hechos.

Sostuvo que la acusada actuó motivada por el lucro, con el fin de quedarse con la mayoría de los bienes del potencial occiso y cobrar el seguro de vida contratado por este –respecto del cual, ella era la beneficiaria en un 90 %-, dinero y bienes que pretendía gozar luego con su amante el co-acusado.

Indicó que, al llegar de regreso al sitio del suceso con la asesora del hogar y el jardinero, y se oían los gritos de auxilio de la víctima y la acusada intentó disuadir a éstos de que fueran en su auxilio, aduciendo que “se estaba volviendo loco” y más tarde, al ingresar al dormitorio y observar a su cónyuge gravemente herido y sangrando, le preguntó a del Valle: ¿te atacó al entrar, te hizo algo?..., es decir, ni siquiera mostró sorpresa por lo ocurrido ni socorrió a su marido.

Agregó que luego, presionó a los demás presentes para que ocultaran lo ocurrido como asimismo las huellas del delito, siendo incluso sorprendida más tarde por funcionarios policiales cuando pretendía ocultar un dinero sustraído a su cónyuge, intentando engañarlos so pretexto incluso que aquello “era una toalla higiénica porque tenía la menstruación”.

En concepto de la querellante, lo anterior permite tener por acreditado respecto de la acusada, la comisión del delito de parricidio frustrado, conforme al artículo 390 del Código Penal en el que le cupo a su juicio, participación de autora, conforme al artículo 15 del Código Penal, ya que indujo a del Valle a cometerlo, o bien, facilitó mediante actos concretos la comisión del ilícito o nada hizo por impedirlo a sabiendas.

En cuanto a las modificatorias, sostuvo que el hecho de planificar la comisión del parricidio frustrado de la manera como lo hizo, implica la concurrencia de la calificante del artículo 391 n° 1, circunstancia quinta del Código Penal, pues existió en ella un razonamiento previo que concluyó en el planear y acordar con un tercero, la comisión del delito

mencionado. También alegó que concurre a su respecto la calificante segunda, pues por premio o promesa remuneratoria, planificó junto al co-imputado la perpetración del ilícito.

Aseveró que si bien estas calificantes están tratadas en la norma mencionada en relación al homicidio calificado, son aplicables a la figura del artículo 390 del Código Penal por tratarse de un parricidio calificado y perpetrado en grado de frustración.

Señaló que, para el evento de estimarse que tales calificantes no son aplicables al parricidio, concurriría la agravante del artículo 12 n° 2 del Código Penal, en cuanto uno de los principales motivos para la comisión del delito fue la codicia de quedarse con la indemnización del seguro de vida, tomado en su favor por el futuro occiso, es decir, cometerlo mediante precio, recompensa o promesa. Asimismo, expuso que concurre la agravante del n° 5 del citado artículo 12, pues fue ella la que actuó precisamente con premeditación conocida por lo que estaríamos ante un parricidio con las agravantes mencionadas.

Dijo que, concurriendo una atenuante en favor de la acusada -su irreprochable conducta previa- y dos calificantes o agravantes, según sea el caso, compensadas racionalmente y subsistiendo a lo menos una agravante o calificante, deben aplicarse a la acusada la pena de quince años de presidio mayor en su grado medio, más las accesorias legales y costas solidariamente con el acusado.

Por otro lado alegó que, ocurriendo el deceso de la víctima estaríamos ante un parricidio consumado, por lo que de acuerdo a las circunstancias del caso, maquinaciones efectuadas y lo brutal del ilícito, solicitó se condene a la acusada a la pena de presidio perpetuo calificado, más accesorias legales y al pago solidario de las costas con el acusado.

CUARTO: Que, la defensa de Rigoberto del Valle solicitó su absolución, fundada en que, con la prueba de cargo, no se podría probar más allá de toda duda razonable su autoría.

En subsidio, señaló que estaríamos ante un homicidio simple frustrado, por lo que le correspondería una pena con un beneficio de la ley 18.216.

El acusado hizo uso de su derecho a guardar silencio.

A su turno la defensa de Isabel Padilla pidió que fuera absuelta por no poderse acreditar, más

allá de toda duda razonable que tuviera responsabilidad en los hechos.

La acusada declaró y, en síntesis, dijo que el día de los hechos entre las 8:30 y las 11:20 horas aproximadamente salió de su casa a comprar dos veces, primero con Elton García y luego con éste y con Silvia Barrera.

Agregó que, cuando ingresó a la pieza matrimonial, divisó a una persona parada frente a la cama que no era el acusado y su marido estaba herido en el suelo, preguntó qué sucedía y sólo atinó a asistir a su cónyuge, hasta que llegó el hermano de la víctima y su hijo.

Por último reconoció que tenía una relación amorosa con el acusado hace cinco años y se llevaban bien con el ofendido.

QUINTO: Que, los intervinientes celebraron convenciones probatorias, por las que dieron por acreditados los siguientes hechos:

a) Que el extracto de filiación y antecedentes de los acusados no registra anotaciones pretéritas;

b) Que los querellantes y actores civiles Luis Aníbal Lobovsky Lara y Benjamín Lobovsky Lara son hermanos de la víctima David Fernando Lobovsky Lara y la misma calidad tiene respecto de este la testigo Nelly Lobovsky Lara, y;

c) Que al momento de ocurridos los hechos de esta investigación la acusada Isabel Karina Padilla Zelaya se encontraba ligada a la víctima David Fernando Lobovsky Lara por matrimonio.

En conformidad con lo dispuesto en el artículo 275 del Código Procesal Penal, sobre estos hechos no hubo debate, discusión ni controversia alguna, por lo que deben darse por establecidos en la causa.

De igual forma, las circunstancias relativas al día y lugar de los hechos, así como las lesiones con que resultó de la víctima, no fueron controvertidas en modo alguno, presentándose inclusive a su respecto prueba testimonial y pericial, conformada por las declaraciones de Silvia Barrera Barrera y Elton García Ribeiro y el informe del médico legista, doctor Héctor Labbé Saffa, respectivamente.

No obstante, como se ha dicho, el debate no se extendió a que el 26 de enero de 2004, en horas de la mañana, en circunstancias que David Lobovs-

ky Lara, se encontraba en el interior de su dormitorio, en su casa habitación ubicada en calle Nocedal n° 100, de la comuna de Machalí, recibió cinco golpes de hacha, tres en la cabeza, uno en el tórax y otro en la mano, resultando con lesiones que lo dejaron en estado vegetal.

SEXTO: Que, atento lo expuesto y en lo que aquí interesa, para el establecimiento de los demás hechos por los cuales se dedujo acusación, contamos en primer lugar con las declaraciones de Elton García Ribeiro y Silvia Barrera Barrera, respecto de quienes no se puso en duda que estuvieron presentes el día y lugar en que ocurrieron los hechos.

En las calidades señaladas, los dos testigos se expresaron de manera esencialmente conteste, dando cuenta detallada de lo que vieron al ingresar al dormitorio del ofendido, luego de haber regresado de compras junto a la acusada desde una ferretería a la cual salieron entre 10.15 y 10:30 horas y de haber, además, transitado por varias calles y pasajes de Machalí por aproximadamente una hora.

Ante el tribunal ambos testigos dieron cuenta clara, precisa y única de que escucharon gritos de auxilio del ofendido y corrieron a su dormitorio donde vieron a Rigoberto del Valle cerca de la víctima cubierta de sangre, sosteniendo un hacha en una de sus manos que tenía levantada y concordaron en que se aprestaba a darle un golpe. Esta circunstancia entonces se dio por establecida como un hecho no contradicho en la causa.

Los testigos explicaron y Silvia Barrera recreó con actitud segura las posiciones en que vio al acusado y a víctima. De acuerdo a lo que expresó y en coherencia con Elton García, el acusado estaba de pie atrás del ofendido, a la espalda de este en una posición superior en la que lo tenía tomado con su mano izquierda a la altura del hombro izquierdo y con su mano derecha alzada tenía tomada el hacha para golpearlo. Al ver la reacción de ellos, el acusado lo soltó y el ofendido cayó al suelo.

Fue así como en el juicio, los dichos de Silvia Barrera guardaron correspondencia interna entre sí y fueron coherentes con lo expuesto por Elton García, con quien mantuvieron la dirección de sus respectivos relatos a los que ninguna consistencia les pudo quitar la defensa con las alegaciones que introdujo y que más adelante analizaremos, pues se mantuvieron en una similar apreciación de lo ocurrido.

Lo anterior se explica por cuanto estaban juntos en el momento y lugar en que ocurrieron los hechos, a una distancia cercana, -como pudimos apreciar en las fotografías del sitio del suceso que fueron incorporadas- específicamente en el dormitorio del ofendido hasta donde llegaron casi al mismo tiempo, Elton García por la puerta y Silvia Barrera por el ventanal que da a un patio y acompañada por la acusada.

Por otro lado, los dichos de los dos testigos, además de ser plenamente creíbles, evidencian una secuencia lógica y sostenible ante las máximas de experiencia, encuentran absoluto respaldo y aparecen reafirmados por la exposición del perito Héctor Labbé Saffa, médico legista del Servicio Médico Legal, quien declaró sobre su informe pericial, explicando que, en una primera parte, de acuerdo a la historia clínica de la víctima, en el Servicio de Urgencia del Hospital de la Fusat, se constató la presencia de un traumatismo encéfalo craneano grave abierto con extensas heridas del cuero cabelludo y fracturas de cráneo en estado de coma y además presentaba otras lesiones a nivel del esternón y de la mano derecha.

Fue sometido a una operación a nivel del cráneo para extraerle un hematoma subdural derecho por presentar una fractura y una hemorragia dentro del cráneo y posteriormente fue ingresado a la Unidad de Cuidado Intensivo para introducirlo a ventilación mecánica.

Explicó que las lesiones son muy graves y causaron un daño cerebral muy severo, la escala de conciencia del paciente es grado 5, de 3 a 5 se describe un traumatismo craneano gravísimo con probable evolución hacia el fallecimiento.

Se mantuvieron estas lesiones durante toda la evolución del afectado en la Unidad de Cuidado Intensivo, donde estuvo de enero a abril, se requirieron tratamientos de gran envergadura, de alto costo y de muy difícil manejo, que evitaron el fallecimiento del afectado.

La segunda parte del informe, correspondió a una visita que hizo al domicilio donde se encontraba la víctima y constató en el examen que permanecía postrada en cama en una actitud que describe como un “estado vegetativo persistente”, debido a que su mirada era fija, no seguía a los objetos, tenía una mirada “de muñeca”, los ojos fijos y

no respondía a ningún estímulo verbal, estaba con los ojos abiertos aparentemente atento, pero al darle alguna orden simple, no dio ningún tipo de respuesta, configurándose un estado que también se denomina “coma vigil”. Además –indicó– presentaba cicatrices de las heridas propias de los golpes y de los procedimientos quirúrgicos que había recibido.

Al declarar el perito se le exhibieron fotografías del lesionado donde hizo referencia y precisó lo relatado en su declaración, afirmando que su estado no es de muerte cerebral sino –como dijo– un estado vegetativo persistente o coma vigil.

Finalmente afirmó que estas lesiones, si no hubieran recibido un tratamiento médico oportuno y eficaz, producen la muerte.

De acuerdo a las explicaciones dadas por el perito, las lesiones del ofendido coinciden con el relato de los testigos en cuanto, en primer lugar, guardan relación con el arma utilizada para causarlas, esto es, con el hacha encontrada en el sitio del suceso y que fue incorporada como evidencia, a simple vista idónea para producirlas.

A la prueba indicada debe agregarse, con la finalidad señalada, la declaración de los funcionarios de carabineros Arturo Sepúlveda Soza, Jorge Ramos Barraza y los policías de investigaciones Néstor Becerra y Patricia López quienes el día de los hechos acudieron al inmueble de calle Necedal n° 100 de la comuna de Machalí y recogieron el hacha que fue incautada e incorporada como evidencia material, la que estaba en el suelo cerca de la cama, según la fijación fotográfica que se exhibió.

El arma fue reconocida por los testigos al serles exhibida y se introdujo como evidencia por la Fiscalía, describiéndosela como un hacha con mango de madera, marca Vivstools Forged 800 G, solids woods de aproximadamente 35 centímetros de longitud y que se presenta embalada, rotulada y con su respectiva cadena de custodia. No hubo además discusión que esta hacha correspondió a la señalada por los testigos presenciales.

Por otra parte, los testigos en ningún instante señalaron que la víctima moviera sus manos y brazos intentando defenderse o tomara alguna posición determinada para oponer al ataque de que era objeto, lo que sumado a las posiciones que describieron de la víctima y del acusado, permite inferir

que este último, lo tenía a su disposición para asestarle un nuevo golpe, pero no lo hizo y lo soltó, desplomándose el ofendido a un costado de la cama.

Lo expresado es concordante a su vez con los dichos del médico legista, doctor Héctor Labbé quien, al recrear la escena, explicó que se puede suponer que al ofendido el primer golpe le causó una pérdida, casi inmediata de la conciencia, porque no se observan en otras partes del cuerpo lesiones que indicaran una actitud de defensa, excepto que tenía una herida en la mano que estaba suturada, también esa defensa podría haber sido refleja frente a un primer golpe ante el cual el organismo se defiende inmediatamente, lo que no requiere de la función cerebral de la corteza, o sea discriminación fina, sino que refleja en una actitud que es muy rápida y mínima ya que no existe una que sea prolongada.

Entonces aparece que la opinión del legista es coherente con los dichos de los testigos, pues no descartó una reacción mínima de la víctima ni aseveró que la pérdida de conciencia fuera instantánea con el primer golpe.

En este sentido, las explicaciones del perito son convergentes con lo expuesto por los testigos sobre el estado en que encontraron al ofendido.

En efecto, en primer término Elton García afirmó que, cuando el acusado lo soltó al ofendido y cayó al suelo, se acercó “a su tío David” que estaba “lleno de sangre por todos lados” y como vio personas –a Silvia Barrera y a la acusada–, no sabe si lo reconoció, pero le dijo que le llevara una toalla que fue a buscar al baño, donde encontró al acusado lavándose y también vio el hacha. Agregó que regresó rápido y le pasó la toalla al ofendido quien le dijo “ponme una almohada”, por lo que buscó la almohada y no recuerda más. En según lugar, Silvia Barrera dijo que después que el acusado soltó al ofendido, este se cayó al suelo y se desvaneció.

Los testigos vieron al acusado y al ofendido a un costado de la cama, en el poco espacio que había entre esta y el ventanal, donde en definitiva quedó tirada la víctima según dijeron y que corresponde al lugar que el tribunal pudo apreciar al exhibírseles las fotografías de la habitación con la referencia dada por las manchas de sangre impregnadas en la alfombra y que se encuentra muy cercano de la cabecera de la cama.

No vieron al ofendido acostado sobre la cama, pero es lógico que a esas alturas no estuviera allí, pues había recibido todos los golpes de hacha y la reacción que, aunque mínima, aún acusaba, debió haberlo desplazado antes desde su ubicación encima de la cama -donde estaba cuando comenzó el ataque- hasta su costado próximo.

Desconocerlo supone el absurdo de una situación estática imposible, no sólo porque la mayor parte de las veces lo normal es que, en un fenómeno complejo y dinámico como es el delito, una víctima al ser agredida se mueva casi por instinto del lugar donde está, sino porque, además, de acuerdo a la información que aportó el sitio del suceso, según la lectura que hicieron los detectives Becerra y López y que, como se verá, este tribunal comparte, es posible sostener que la víctima estaba durmiendo sobre su cama cuando comenzó la agresión y en su transcurso se desplazó hasta el lugar donde lo vieron los testigos García y Barrera.

Por último avala estas conclusiones el informe del médico legista, doctor Labbé quien al explicar la herida en la mano de la víctima, sostuvo que también esa defensa podría haber sido reflejada frente a un primer golpe ante el cual el organismo se defiende inmediatamente, lo que, supone que hizo el movimiento mínimo necesario para caer de la cama. Finalmente estas razones permiten igualmente explicar la huella de sangre por arrastre impregnada al costado de la cabecera que pudimos ver en las fotografías y que corresponde precisamente al sector hacia donde se desplazó el ofendido y en el que fue tomado por el acusado para seguir golpeándolo.

Con lo analizado hasta aquí y lo que se expone al hacernos cargo de la alevosía, se demuestra que el ofendido estaba acostado durmiendo sobre su cama cuando el acusado se ubicó a un costado para golpearlo con el hacha y en medio de la agresión, por sus características, ambos se desplazaron aproximadamente un metro y medio, alcanzando la posición en que estaban a la llegada de los testigos, cuando el acusado tenía el hacha levantada en una de sus manos en dirección a la cabeza del ofendido y lo sujetaba de un hombro para golpearlo.

El relato de los testigos dio cuenta de la fuerte impresión que les produjo la escena, Silvia Barrera gritó desesperada y Elton García posteriormen-

te quedó en estado de shock, lo que resulta lógico, pues conocían de cerca al ofendido y a su victimario. Además, encuentra apego a lo que se supone, es una reacción posible ante una escena como la que relataron: el dormitorio matrimonial con sangre en la cama, paredes y techo -como también pudimos apreciar en la fotografías-, el acusado Rigoberto del Valle con el hacha -incorporada como evidencia- levantada en una de sus manos listo para asaltarle un nuevo golpe a su víctima -David Lobovsky- a quien tenía arrinconado entre el ventanal y la cama.

Lo que vieron debió afectarles como dijeron, especialmente a Elton García quien vivía en la casa y tenía un vínculo estrecho con la familia, le decía "tío" al ofendido, refiriéndose así en su declaración, por cuanto según dijo: fue quien lo ayudó a surgir pues estaba a punto de caer en las drogas y el alcoholismo; se acercó a él porque era un gran ejemplo y le ayudó a valorizar su vida permitiéndole vivir en su casa. Incluso en la audiencia el tribunal pudo percibir lo afectado que aún estaba este testigo respecto de quien la fiscalía aportó un diagnóstico psicológico para que prestara declaración sin público, lo que hizo, pero debió decretarse un receso en medio de su exposición para que pudiera parar de llorar y continuar declarando.

Por su parte Silvia Barrera también, según dijo, era tratada bien y con mucha confianza en la casa, lo que, según reconoció, no es común para una asesora del hogar.

Entonces la reacción de los testigos interrumpió el designio del acusado quien igualmente debió verse sorprendido por la llegada de ellos y de la acusada, pues eso podría explicar que no haya continuado con una agresión de las características que ejecutaba y se detuviera abruptamente.

En cambio, tratándose de la acusada no puede decirse que tuviera la misma reacción ni al momento de los hechos ni con posterioridad, según se dirá más adelante al ponderar su declaración.

El ataque directo y rápido que recibió con un hacha también se puede inferir de las características, magnitud y ubicación de las lesiones constatadas. Esta conclusión recoge tanto la aseveración del perito legista, en cuanto sostuvo que descartó una posible defensa como el que las lesiones en la cabeza del ofendido denotan una acción consecuti-

va que implicó, al menos, tres golpes directos en dicha zona vital de su cuerpo.

Por último, podemos concluir que las lesiones, individualmente y en su conjunto, considerando el lugar donde fueron inferidas, son plenamente compatibles con la acción del hacha incorporada como evidencia, que –como se ha dicho– se muestra como un arma idónea para provocarlas por su hoja plana, ancho relacionado, filo y mango que le permitió al acusado manipularla o accionarla con energía considerable contra el ofendido. Abonan estas conclusiones la evidencia y los rastros que quedaron en el sitio del suceso, según pudimos apreciar en las fotografías antes mencionadas y que en conjunto impresionaron como claramente demostrativas del dolo homicida que guió al acusado en la acción que brutalmente desplegó para dar muerte a la víctima.

SÉPTIMO: Que, recapitulando, la prueba analizada en el motivo anterior y en especial las declaraciones de los testigos mencionados quienes se vincularon directamente a los hechos que expusieron y fueron contestes en sus aspectos principales a los que se refirieron de manera esencialmente coherente, lógica, creíble y avalada por la prueba pericial explicada por el médico legista, la evidencia material y las fotografías que se exhibieron, nos permitió, en conjunto, dar por establecido, más allá de toda duda razonable, que:

El 26 de enero de 2004, cerca de las 11:20 horas, en la casa habitación ubicada en Nosedal n° 100, comuna de Machalí, el acusado -Rigoberto del Valle Soto- ingresó al dormitorio de David Fernando Lobovsky Lara, quien se encontraba durmiendo sobre su cama y premunido de un hacha procedió a descargar cinco golpes sobre su cuerpo, acertando, tres de ellos en la cabeza, uno en el tórax y otro en la mano, producto de lo cual la víctima resultó con traumatismo encéfalo craneano grave abierto con extensas heridas del cuero cabelludo y fracturas de cráneo que, posteriormente, le provocaron un estado vegetativo persistente.

Por último, según se estableció por convención probatoria, al momento de ocurridos los hechos, Isabel Padilla Zelaya se encontraba ligada por vínculo de matrimonio a la víctima David Lobovsky Lara.

OCTAVO: Que, los hechos descritos precedentemente, respecto del acusado Rigoberto del Valle Soto tipificaron el delito de homicidio califica-

do, en grado de frustrado, cometido en la persona de David Fernando Lobovsky Lara, previsto y sancionado en el artículo 391 n° 1 del Código Penal, pues se acreditó que el hechor agredió con un hacha, a la víctima, causándole heridas que, por su ubicación, intensidad y características denotaron que puso de su parte todo lo necesario para darle muerte, pero esto no se produjo por causas independientes de su voluntad, que se configuraron por la llegada de los testigos y los socorros médicos oportunos y eficaces que aún lo mantienen con vida en la forma que pudimos apreciar en las fotografías que se proyectaron en la audiencia, esto es, en estado vegetal.

Es decir, se acreditó que las lesiones causadas al ofendido, fueron producto del acometimiento directo del acusado con un hacha que se procuró y con la cual lo agredió en múltiples ocasiones, causándole lesiones que, necesariamente, le provocaron el estado vegetal en que quedó, fue así como el dolo homicida directo se impuso como única explicación posible de la manera como verosíblemente acaecieron los hechos.

Concurre en el delito la calificante de alevosía del artículo 391 n° 1 circunstancia primera del mismo código, en su aspecto de haber obrado sobre seguro, que alegaron tanto la fiscalía como el acusador particular, pues la prueba rendida en el juicio permitió demostrar que el hechor de propósito y concertadamente, con la acusada, buscó las condiciones que le permitieran asegurar el resultado que se proponía con su acción y que lo determinaron a ejecutar el delito en ese instante, esto es, cuando la víctima dormía y no en otro momento, aún cuando, en definitiva, no le produjo la muerte.

En efecto, la prueba de cargos, pudo demostrar, más allá de toda duda razonable, que cuando el agresor comenzó su ataque directo, descargando golpes de hacha sobre el ofendido, éste se encontraba dormido sobre su cama por cuanto, en primer término, según lo expuesto por el testigo Elton García horas antes de los hechos, fue a despertar a la acusada a su dormitorio, mientras ésta dormía en su cama junto a la víctima, situación que no fue desconocida de Isabel Padilla quien dijo que en ese instante se levantó y entonces sabía perfectamente que su cónyuge se quedó durmiendo. Además ambos se refirieron al viaje a Argentina que el matrimonio hizo el fin de semana previo, de viernes a domingo y can-

sancio que esto le produjo a la acusada, siendo entonces lógico inferir que el ofendido también estaba cansado por ello, lo que, por otro lado, confirma el saber común que aportan las máximas de la experiencia debido a que es sostenible que un viaje de casi tres días genere agotamiento o al menos cansancio y, por ende, la necesidad de dormir. Aun más, la acusada también lo dijo.

Pero esta conclusión inicial fue generando interrogantes que la acusada no pudo explicar satisfactoriamente, cayendo en inconsistencias y contradicciones que, según veremos más adelante, le restaron verosimilitud a sus afirmaciones hasta hacer su relato poco creíble y, por último, decididamente inverosímil. Por ahora, basta con adelantar que se levantó temprano para salir a comprar a un supermercado que a esa hora estaba cerrado.

Por otro lado la fiscalía pudo acreditar con la declaración de los detectives Patricia López y Gilberto Opazo el tráfico de llamadas que hubo entre los teléfonos celulares móviles de ambos acusados a que aludió en la acusación y que se registra detalladamente en la prueba documental incorporada.

La acusada al declarar dijo que las llamadas se debían a que tenía un vínculo comercial con el acusado -que era trabajador de su marido- y por otra parte, se intentaron explicar porque mantenía con del Valle una relación amorosa que había negado en la investigación.

Sobre esto último, si era un importante motivo para desvirtuar al menos una buena parte de los cargos que se le levantaron desde la formalización ¿por qué primero lo negó y luego esperó hasta el juicio oral para decirlo? No se trata que estemos afirmando que sus argumentos de defensa tengan que pasar por el Fiscal para tener algún valor. Nada más alejado de lo que se pretende decir, pues parece perfectamente atendible que por medio de su defensa, al saber que va a ir a juicio, decida esperar para presentar sus descargos en esa oportunidad y no quiera persuadir al fiscal en la investigación de que no siga adelante. Lo que sucede es otra cosa. Sencillamente resulta ser inconsistente y poco creíble, por no ser lógico, que la acusada decidiera esperar que pasaran varios meses sometida a los rigores de la cárcel, para dar un argumento tan importante de inculpabilidad, como la existencia de una

relación amorosa previa que explicaría o al menos le restaría mérito a una importante prueba que pesaba en su contra y se decidiera a aportar sólo entonces nuevos datos o antecedentes por su entidad y contenido, podrían antes haberle servido para, al menos, promover la revisión de su prisión preventiva ante el Juez de Garantía, y exhibir de paso la aptitud necesaria para cuestionar seriamente la decisión de la Fiscalía, de presentar su caso en el juicio oral.

Retomando la idea previa, sobre el tráfico de llamadas que se estableció el día de los hechos, hubo tres contactos entre los acusados, a las 8:19; a las 8:27 y a las 10:20 de la mañana, en esta última oportunidad la acusada efectúa una nueva llamada al celular del acusado, una vez que este ha pinchado su teléfono.

La acusada negó las dos primeras llamadas y luego dijo que pudo deberse a que su teléfono era usado a veces por su nana, sin dar más explicaciones por lo que no desvirtuó suficientemente su existencia. En cambio, reconoció la tercera llamada y de acuerdo a los testigos Elton García y Silvia Barrera, a esa hora habían salido de la casa con ella a comprar quedando sólo el ofendido que, según Silvia Barrera estaba durmiendo en su habitación.

Por otro lado debemos descartar que Rigoberdo del Valle, recibiera esa llamada en su domicilio ubicado en la parcela de la víctima en el sector de Frutillar en la Región del Maule, pues si fue sorprendido alrededor de las 11:20 horas en el dormitorio de la víctima en la casa de este en Machalí, no es posible que en una hora se trasladara a esta última comuna, llegando a la casa de Nocedal n° 100 para buscar el hacha, ponerse los guantes, ingresar al dormitorio de la víctima y comenzar su ataque, todo sin prepararse ni vacilar un instante siquiera. Más razonable parece que a la hora de la tercera llamada el acusado estaba en la casa del ofendido o llegando a la misma y entonces, como lo sostuvieron los acusadores, el concierto entre los acusados para la ejecución del delito se estaba evidenciando, como previamente con las otras dos llamadas que se produjeron precisamente en el contexto del delito que les imputaron. Su contenido también se infiere en este ámbito y no pudo imponerse otro que el señalado por la fiscalía y la querellante, esto es, se transmitían mutuamente información de las tareas que estaban ejecutando y que habían pre-

viamente acordado para dividirse el trabajo en lo que a cada uno le correspondió hacer. Sólo esta versión pudo concluirse pues en la lógica adversarial del juicio oral, no fue controvertida debido a que, como se dijo, la acusada negó las dos primeras llamadas y luego procuró explicarlas con un acaso sin sustento probatorio ni basado en su reconocimiento tardío de la relación amorosa que la unía intensamente al acusado quien, por su parte, nada dijo pues guardó silencio.

En conclusión, según se desprende de los contactos y comunicaciones telefónicas que el acusado mantuvo con la cónyuge del ofendido, momentos antes de la agresión, todas por breve lapso, estaba en conocimiento de lo que ocurría en el domicilio de la víctima, pues tales comunicaciones cortas son indicativas de la transferencia de información que esta le aportaba sobre sus avances en la ejecución del delito que acordaron cometer.

Así el acusado sabía que el ofendido dormía en su dormitorio, lugar que además debió antes conocer bien, no sólo por la relación que tenía con su coautora, sino porque acudía frecuentemente al inmueble y era un empleado de confianza de la víctima, que, según las asesoras que declararon -Silvia Barrera y Luzienna Ribeiro- se tomaba importantes atribuciones en el hogar cuando su jefe no estaba.

Entonces, la información que la acusada pudo aportarle en tres llamadas que hizo a su teléfono celular momentos antes de la agresión, le permitió asegurarse y tener certeza del lugar exacto y el estado de indefensión suficiente del ofendido y que fue, como se ha dicho, necesariamente buscado de esta manera para poder ejecutar el delito en la forma escogida, esto es de improviso y sin permitirle a la víctima que se aperciba del ataque, que llevó a cabo en su contra de manera rápida y violenta, pues por una parte acertó al menos tres golpes directos en su cabeza y la víctima sólo presenta una herida de defensa en una de sus manos, por lo que poco o casi nada pudo oponer a su agresor.

Aún más -tal como lo dijeron los policías Néstor Becerra y Patricia López-, el estado del sitio del suceso descartó que hubiera opuesto resistencia.

En efecto según explicaron los peritos policiales y pudimos apreciar en las fotografías que se

proyectaron en la audiencia, en la habitación del ofendido, habiendo varios artículos sólidos o artefactos en ambos veladores y en otros sectores próximos a la cama que pudieron ser utilizados por la víctima para defenderse, todos fueron encontrados en orden por lo que se descartó la posibilidad de alguna pelea o forcejeo u oposición previa a la agresión.

Por otra parte los carabineros Sepúlveda y Ramos que acudieron al sitio del suceso y encontraron al ofendido tendido en la alfombra, al costado de la cama con la cabeza hacia el norte y heridas en su cráneo, inconsciente y dando unos roncidos, aseveraron que estaba todo ordenado, lo que confirma la apreciación de los detectives.

Asimismo, que el ataque se produjo mientras la víctima estaba recostada en su cama es un hecho, por más que la defensa haya cuestionado la labor pericial de los policías -sin traer a su turno un perito-, particularmente sobre los rastros y manchas de sangre que encontraron, pues según explicaron y pudimos observar de las fotografías que tomaron en el lugar, la mayor cantidad de rastros de sangre del ofendido se encuentra en el sector de la cabecera de la cama y en la almohada por lo que es de simple lógica concluir que allí tenía apoyada su cabeza cuando recibió el primer golpe.

Además, los testigos lo encontraron semi-desnudo, por lo que, de acuerdo a las máximas de experiencia se debe inferir que estaba durmiendo, tal como lo había dejado su cónyuge y lo refirieron antes Elton García y Silvia Barrera.

Que la víctima estuviera acostada en su cama durmiendo constituyó una posición de mayor indefensión y esa circunstancia, acorde a la prueba de cargos, fue buscada de propósito y concertadamente por los acusados, teniendo Isabel Padilla el cuidado de sacar a los testigos de la casa con distintos pretextos para preparar la ocasión en que el ofendido quedara solo y dormido, siendo tal estado determinante para agredirlo.

Por otro lado, es absurdo suponer que el ofendido podría en dicho estado -dormido en su cama-, haber siquiera sospechado su intención e intentara detenerlo, sino sólo cuando comenzó a recibir y a sentir el ataque.

El acusado actuó rápido y la víctima no pudo advertir su ataque, atendido el número y caracterís-

ticas de las lesiones que presentaba. Además, tenía contextura física similar a la víctima, según se pudo apreciar en las fotografías de ambos, lo que sin duda debió motivarlo a actuar así para conseguir su objetivo de asesinarlo y que, finalmente, no consiguió, por las razones que se han dicho a las que se sumó, probablemente, su falta de experticia.

La circunstancia de que la víctima en esos momentos se encontraba durmiendo, debió incidir negativamente en su defensa, como es lógico, y constituyó otra de las condiciones que buscó el acusado para asegurar el resultado de su acción, lo que debió saber el agresor por informárselo previamente su coautora.

Así pudimos inferir que el acusado de propósito buscó tal ventaja o situación favorable para cometer el delito en ese contexto, motivado por un ánimo alevoso o de asesino que supera el dolo que lo condujo en su designio criminal.

Por otro lado, se debe considerar, que el acusado atacó de pie, mientras el ofendido estaba primero acostado en su cama, lo que se explica porque tres de las lesiones que recibió se ubicaron en la parte alta y posterior de su cabeza y siendo ambos de contextura similar y el hacha de regular tamaño –aproximadamente 35 centímetros de largos golpes que con ella le dio el acusado sólo pudieron haber alcanzado dicho sector de la cabeza de la víctima estando ésta en una posición más baja, como la que proporciona el tenderse en la cama, sin perjuicio que luego, según quedó demostrado por los dichos de los testigos y las fotografías de la habitación, el ofendido se desplazó de su postura original hasta el lugar donde fue encontrado y que se pudo precisar por las manchas de sangre impregnadas en la alfombra.

Además la misma prueba mostró que la víctima contó con poco espacio para huir al tener al acusado sobre suyo que sólo alcanzó a pedir auxilio una o dos veces según oyeron los testigos.

En cambio el atacante, tal como quedó demostrado, sí evitó todo riesgo proveniente de una eventual defensa, pues, según señalaron los mismos testigos, tenía sangre y un hacha en la mano pero no acusaron haberlo visto lesionado o herido. Además el testigo Alfredo Fuentes, quien conversó con el acusado cuando se lo encontró luego a las 14:15 horas y entonces lo vio de cerca, tampoco dijo que presentara alguna herida o lesión.

Atento lo expuesto es que la sangre que mencionaron los testigos García y Barrera y que luego intentó quitarse al lavarse, como lo vieron haciéndolo y cambiarse de camisa con la ayuda de la acusada, según dijeron, pertenecía en su totalidad al ofendido. Lo mismo que los rastros que apreciamos en las paredes y el techo de la habitación como también en la cama y el televisor, de acuerdo a las fotos proyectadas en la audiencia y que los policías Becerra y López tomaron como referente para precisar la ubicación en que estaba la víctima cuando fue alevosamente atacada. Respaldan estas apreciaciones los dichos del médico legista, doctor Labé, al explicar que como el cuero cabelludo es una zona de mucha vascularización, produce un gran sangramiento, por lo que el ofendido debió recibir transfusiones de sangre en su tratamiento.

Al mismo tiempo que cometía el delito, el acusado pudo, con la colaboración que le brindó la acusada, contar con la seguridad de ejecutar su acción criminal, sin la presencia en la casa de terceras personas, que pudieran haberle significado un obstáculo que interfiriera su actividad o, por lo menos, sirviera para dificultarla, proporcionándole a la víctima alguna forma de auxilio.

La cooperación que ella le prestó sin duda facilitó su acción al disminuir las posibilidades de defensa de la víctima siendo intrascendente para decirlo, su llegada con los testigos a la escena del crimen que se pudo deber a una mala ejecución de los roles que acordaron o, en último término, un cabo suelto que no altera el hecho que el acusado contaba con su ayuda al momento del ataque.

Sin perjuicio de lo anterior, aún en el evento de que el ofendido no hubiera estado durmiendo cuando comenzó el ataque del acusado y se hubiera percatado de su presencia en el dormitorio, de todas maneras concurre la calificante en su aspecto de haber actuado a traición, por cuanto, según quedó demostrado, por una parte la víctima no alcanzó a defenderse y por otro lado, como dijeron los testigos que lo conocían, tenía demasiada o excesiva confianza en el acusado quien no sólo trabajaba para él sino que, además, le administraba una parcela de su propiedad, por lo que habiendo depositado tal grado de confianza especial en el autor, éste pudo fácilmente aprovecharlo para la comisión del delito en las circunstancias acreditadas.

Como sea, concurre para la calificante el aspecto objetivo, relacionado con los medios, modos y formas utilizados en el delito y asimismo el factor subjetivo, alusivo al ánimo de procurarse, con tales procedimientos, la indefensión del sujeto y de aprovecharse de ella, específicamente para cometer el delito, toda vez que resultó probado en el juicio que el acusado se hizo del hacha utilizada en la ejecución del hecho que le fue dejada a la vista por su amante y con su ayuda buscaron de propósito un estado indefensión del ofendido, como el que podía otorgarles la tranquilidad que suponía para este dormir en su propia cama y que a la vez les proporcionaba ventaja para la ejecución específica del delito.

El vínculo matrimonial que la acusada mantenía con la víctima, al momento de los hechos, determina a su respecto la tipificación del delito de parricidio frustrado cometido en la persona de su cónyuge, David Lobovsky Lara, previsto y sancionado en el artículo 390 del Código Penal y que, como es sabido, se trata en realidad de un homicidio agravado por tal circunstancia y, por ende, calificado.

Por otra parte, carece de toda relevancia para la tipificación del delito de homicidio calificado cometido por el acusado, que en la especie además de la alevosía, concurren las circunstancias de precio o promesa remuneratoria y de premeditación conocida, pues la figura del artículo 391 n° 1 del mismo código es de hipótesis múltiple, de manera que la existencia de más de una circunstancia sólo remarca el tipo penal.

NOVENO: Que, la participación de Rigoberto del Valle surgió de la referencia precisa e indubitada que a su persona hicieron en el juicio los testigos Elton García y Silvia Barrera, quienes lo sindicaron como el sujeto que, el día de los hechos, vieron en el dormitorio del ofendido hasta donde llegaron por los gritos de auxilio de este último, en el preciso momento en que el acusado, portando un hacha en una de sus manos se encontraba en posición de darle un nuevo golpe.

De acuerdo a los dichos del testigo Elton García, en ese instante el acusado, a quien conocía bien, soltó al ofendido que se desplomó ensangrentado en el suelo a un costado de la cama y le dijo: "Elton, no resultó. Esto lo hice por tu tía Isabel", lo que aporta un dato más que, junto a los que han surgido del análisis efectuado, permitieron en con-

junto demostrar el concierto previo existente entre los acusados para cometer el delito, pues es lógico que si no les resultó, debieron antes haberlo preparado sin que importe que lo hayan ejecutado mal. Además dicho concierto continuó evidenciándose luego, pues el acusado se dio a la fuga con la ayuda que le brindó para no ser descubiertos, lo que también explica las llamadas que le hizo los días siguientes.

Igualmente consideramos las declaraciones de los funcionarios de la Brigada de Homicidios de la Policía de Investigaciones –Néstor Becerra y Patricia López-, quienes se refirieron al trabajo que realizaron tanto en el sitio del suceso como posteriormente hasta lograr la detención del acusado en la parcela a donde huyó. Sobre las circunstancias de la detención del acusado y la evidencia que incautaron en su poder dieron cuenta detallada los detectives Patricia López y Gilberto Opazo.

Estos antecedentes formaron convicción suficiente en este tribunal y permitieron dar por acreditado, más allá de toda duda razonable, que Rigoberto Antonio del Valle Soto, intervino de una manera inmediata y directa en la perpetración del delito de homicidio calificado establecido en motivo anterior, de acuerdo al artículo 15 n° 1 del Código Penal, esto es, como autor.

DÉCIMO: Que, la participación de Isabel Karina Padilla Zelaya, surgió de los antecedentes que permitieron dar por acreditado el concierto previo que la unió al acusado para decidir el delito y su ejecución, tanto los que surgieron en forma previa, coetánea como posterior al mismo y que, en conjunto, configuraron una serie de actos que se aúnan alrededor del hilo conductor que los vincula, esto es, el delito que cometieron concertadamente como una explicación lógica posible de todas las acciones que desplegaron y que en su caso fueron, entre otras, dos salidas empleadas –una a un supermercado y otra a una ferretería- para eliminar la presencia de terceros al cometerlo, el ocultamiento de evidencias, la alteración del sitio del suceso al colocar el hacha cerca de la víctima y la amenaza de suicidio que hizo a los testigos para que no hablaran, todo lo que no puede sino hacer suponer la existencia de un acuerdo criminal con el acusado.

Por otro lado, el concierto aludido se infiere también de su propia declaración mendaz, vertida en el juicio, según se dirá, y en la que nunca negó

de manera categórica su participación en el delito. Finalmente la citada expresión espontánea e inmediata que a modo de explicación vertió el hechor material al testigo Elton García, también la menciona aproximándola más a dicho concierto.

Con igual fin, son concordantes con la prueba reseñada, los dichos del detective Néstor Becerra al explicar los indicios que surgieron en su contra en el curso de la investigación, en particular lo que dijo sobre el dinero -\$21.000 argentinos en una bolsa- que la acusada le intentó ocultar y que, según ella, encontró dentro de una chaqueta de su marido, colgada en el closet en circunstancias que los detectives habían registrado minuciosamente la habitación. Además, reconoció que entregó ese dinero al policía, quien le inspiraba confianza, a pesar que minutos antes se lo ocultó. La explicación que el policía dijo que le dio por ello, como explicó en estrados, fue inverosímil.

Estos antecedentes formaron convicción suficiente en este tribunal y permitieron dar por acreditado, más allá de toda duda razonable, que Isabel Karina Padilla Zelaya, intervino concertadamente en la ejecución del delito de parricidio establecido en el motivo octavo, impidiendo o procurando impedir que se evite, de acuerdo al artículo 15 n° 1 del Código Penal, esto es como autora.

UNDÉCIMO: Que, los defensores en sus discursos de clausura aludieron al estándar que el tribunal debe superar para una condena, de acuerdo al artículo 340 del Código Procesal Penal, consistente en que se: *“...adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción...”* de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido a los acusados participación culpable y penada por la ley.

Como hemos sostenido en sentencias anteriores, la norma parcialmente transcrita constituye una regla que reduce notablemente los requerimientos del antiguo sistema penal basado en la prueba legal o tasada, a la que expresamente se refería el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal y donde la exigencia de reconstrucción de la verdad histórica requería para el juez que investigaba suprimir cualquier forma de duda por medio de pruebas que, previamente enumeradas y reguladas, fueran capaces de lograr un estado de absoluta certeza, pudiendo entonces decretar las diligencias que estimare necesarias para ello.

Hoy, en cambio, se ha pretendido establecer lo que debiera ser el estándar de convicción de un sistema procesal penal en un genuino Estado Democrático de Derecho. Pero no se trata de una cuestión resuelta legislativamente, y no podría serlo, por más que el código introdujera el patrón anglo-sajón de la duda razonable, como quedó constancia en la historia de la ley, pues el nuevo estándar no exige esa certeza absoluta ni promueve fórmula alguna de plena prueba que suprima por completo cualquier otra versión de aquella por la que se condena.

Tal conclusión viene dada como natural derivación de la protección de la persona y derechos del imputado que se consagra en el actual sistema desde el inicio del procedimiento y por la propia dinámica del juicio oral, de acuerdo a la cual se persigue que las controversias sean expresadas, debatidas y resueltas en un ámbito de lógica adversarial con información limitada y de calidad para cada decisión.

Así, el planteamiento de supresión de toda duda resulta inaplicable, pues hay dudas posibles que son aceptables, es decir, con las cuales podemos condenar, a diferencia de otras que por su importancia y magnitud impiden tal decisión y dan lugar a una absolución.

En efecto, dentro de esta categoría de dudas posibles podríamos poner, en primer lugar, a los “cabos sueltos”, esto es elementos de información que no resultan plenamente coherentes con la versión de los hechos de la acusación y que no aparecen plenamente explicados en el juicio, pero que se pueden atribuir a defectos de percepción, a errores u otras causas de aquellas que hacen que, normalmente, la mayor parte de las actividades humanas sean imperfectas.

En tal entendido, algunas de las circunstancias del delito pueden no resultar del todo aclaradas por la prueba de cargos, pero ello no es suficiente para restarle mérito a la hora de la decisión en la medida que sólo generen dudas de la categoría mencionada.

Atento lo expuesto es que en primer término para poder precisar la hora en que se cometió el delito tuvimos en cuenta lo siguiente.

Es claro que Rigoberto del Valle debió haber llegado a la casa del ofendido en horas de la

mañana pues, quedó de acuerdo a los dichos de los testigos Elton García y Silvia Barrera que él no vivía allí y ninguno dijo haberlo visto antes de ingresar al dormitorio por los gritos de auxilio de la víctima. La primera vez que lo mencionaron en sus relatos, situándolo en los hechos, fue precisamente en ese instante.

Por su parte Elton García, quien sí vivía en la casa y estuvo allí el fin de semana previo, tampoco mencionó haberlo visto y antes de eso precisó las personas que habían ido y quiénes estaban la noche previa, descartándose entonces su presencia en el lugar.

El acusado habitaba y trabajaba en una parcela de la víctima ubicada en la localidad de Cumpo, sector de Frutillar en la Región del Maule, lugar donde fue visto después de los hechos por el testigo Alfredo Fuentes, siendo aproximadamente las 14:15 horas, según dijo recordar bien por haber pagado recién el peaje cuando se dirigía rápido a Rancagua a informarse del estado del ofendido y se detuvo en el camino al ver “al master” como lo ubicaba a preguntarle si sabía algo. En la misma parcela fue después detenido por los policías Patricia López y Gilberto Opazo.

Entonces, desde allá debió necesariamente haberse desplazado en horas de la mañana del día de los hechos hasta el inmueble del ofendido, pero ¿a qué hora llegó y a qué hora ingresó a la habitación de la víctima para cometer el delito? No lo sabemos con exactitud, sólo concluimos que a la hora de la tercera llamada estaba en la casa del ofendido o cerca, pues a este respecto la mejor y tal vez la única información la tiene todavía el propio acusado, quien hizo uso de su derecho a guardar silencio.

Pero ello no puede obstar a la condena, máxime cuando la prueba de cargos nos aportó una multiplicidad de datos certeros de los cuales pudimos sacar las conclusiones necesarias para formar nuestra unánime convicción condenatoria.

En efecto, Elton García señaló que el día de los hechos, aproximadamente a las 8:00 horas, ingresó al dormitorio matrimonial donde dormían la víctima con la acusada y despertó a ésta para ir al supermercado Jumbo.

La acusada reconoció este hecho, agregando que se vistió y luego salieron con el testigo en

una camioneta hacia dicho lugar. También señaló que sus hijos no estaban y que al menor lo había ido a dejar la noche anterior a la casa de un amigo. Entonces, de acuerdo a estos datos, cuando la acusada y el testigo salieron del inmueble, dejaron al ofendido durmiendo solo en la casa.

A las 8:19, 8:27 y 10:20 de ese día se registraron llamadas entre los teléfonos celulares de los acusados y que, según indicó la detective López de acuerdo al informe de la compañía de teléfonos que consiguieron, fueron cortas.

La acusada negó las dos primeras llamadas realizadas desde su teléfono celular e incluso procuró introducir un elemento de duda al señalar que muchas personas ocupaban su teléfono y no siempre lo tenía consigo, quedaba encima de la mesa de la cocina, incluso la “nana” lo utilizaba, pero entre las 8:19 y las 8:27 sólo Elton García estaba despierto en la casa y con él salió. De cualquier manera, su negativa y su evasiva, sin perjuicio de que buena parte de su declaración fue poco creíble y en algunos aspectos derechamente mendaz por las razones que se darán en el considerando siguiente, fueron plenamente desvirtuadas en este punto con los prueba recién mencionada. Existió la comunicación entre ambos, hubo un contacto rápido y transmisión de información a esa hora. ¿Qué le dijo al acusado? La defensa intentó levantar dudas preguntándole a la detective López si había grabado la conversación o si la escuchó. Pero tal exigencia a la prueba de cargos en este sistema procesal es un estándar prácticamente imposible de cumplir. Además, la defensa no dijo que esa llamada y las otras que se registraron antes y después del delito entre ambos, no permiten probar el concierto que se les atribuyó en su ejecución, pues la acusada no lo reconoció y el ofendido ejerció su derecho a guardar silencio.

La Fiscalía y la querellante, en cambio, sostuvieron que en el contexto de las llamadas registradas y particularmente estas tres, denotaron que la acusada le transmitía información al acusado sobre el avance de la ejecución del delito que previamente concertaron, pues, como dijeron los detectives López y Opazo, están en correspondencia con la hora en que ella se levantó, con la hora que salió del domicilio y con la hora en que regresó y salió nuevamente, las tres fueron realizadas antes de la

agresión y, particularmente la última que se hizo sólo momentos previos a que ocurriera.

Como se dijo la acusada negó las dos primeras llamadas y sólo reconoció la tercera. El acusado guardó silencio.

Entonces sobre las dos primeras llamadas que fueron probadas no hubo explicación alternativa que oponer a la Fiscalía y a la querellante basada en la prueba. La defensa dijo que pudieron deberse a la relación amorosa de los acusados e incluso se habló de una relación comercial pero lo cierto –como se vio- en realidad en este punto no existió otra versión que la aportada por los acusadores y que, por ende, se impuso máxime cuando las afirmaciones de la defensa no surgieron de su prueba.

Sobre la tercera llamada la acusada dijo que estando en la ferretería “San Juan” recibió una llamada del acusado pero no sabía para qué la llamó.

Como se ha dicho esta llamada fue registrada a la 10:20 horas desde su teléfono al celular del acusado, una vez que este ha pinchado su teléfono.

Sobre esta llamada la testigo Silvia Barrera dijo que cuando fueron a la ferretería estacionaron la camioneta frente a la salsoteca y a la acusada “le pitean el teléfono”; que le preguntó quien es, y ella le respondió: “Antonio”, se bajó y quedó hablando por teléfono una llamada corta. Luego compraron en la ferretería y regresaron a la camioneta. Agregó que cuando se van camino a la casa, en el trayecto le dijo que “tenía que ver un asunto de un arado, una punta de un arado que Antonio necesitaba en la parcela” por lo que debían ir una dirección que le habían dado para el lado del sector de la Vinilla y siempre en todo el trayecto anduvo lento, intranquila e impaciente, siendo que normalmente ella manejaba rápido y fuerte al extremo que siempre le daba miedo cuando andaba con ella y ese día manejó lento. Fueron al sector que decía pero nunca encontraron la dirección por lo que se devolvieron a la casa, todo esto demoró entre 40 a 45 minutos, o quizás más, cerca de una hora, más o menos. Asimismo, Elton García aportó un relato similar.

La acusada en cambio omitió referirse a este “paseo” probablemente por cuanto no podría explicar el motivo que tuvo para ello pues, no puede justificarlo con lo que le dijo a los testigos debido a que, de acuerdo al saber común en esta zona del país, no se requiere una punta de arado en una épo-

ca que no es de siembra como la que corresponde al mes de enero.

Por otro lado, si se trataba de la parcela que administraba el acusado de acuerdo a la propia prueba de la defensa tenía un destino distinto a la agricultura, pues según el recorte de un aviso de diario que acompañó, la tenía ofrecida en arriendo para veraneantes.

Entonces no hubo contradicción verdadera ni se levantó ni menos acreditó una versión alternativa seria o distinta para oponer a la prueba de la fiscalía que en este punto permite imponer su explicación de los hechos también sostenida por la querellante en pos de la teoría del caso que presentó la primera y el concierto que alegaron ambos, para lo cual igualmente contamos con otros datos de convicción.

Por lo expuesto entonces pudimos concluir que los acusados, el día de los hechos, se comunicaron entre sí y se transmitieron información en los momentos anteriores y coetáneos al delito, quedando en evidencia que actuaron concertados, lo que también se demostró por sus actos posteriores.

Por otra parte, la circunstancia que el médico legista señalara que el primer golpe pudo haber significado un compromiso de conciencia casi inmediato del ofendido no pudo generar o introducir al debate duda razonable por cuanto en primer término dicha apreciación del perito fue sólo probabilística y en segundo lugar, considerando –como se ha dicho- otros datos que surgieron de la prueba que se ha analizado, principalmente la testimonial de Elton García y Silvia Barrera y que, por último, al juzgar un fenómeno complejo y dinámico como es el delito en finalidad del proceso penal intentar aproximarnos lo más posible a reconstruir la verdad de lo ocurrido pues no estuvimos en el sitio del suceso, queda claro que no podemos exigir la convicción plena o absoluta a que apuntan los requerimientos y observaciones de la defensa, pues dicho estándar es imposible de alcanzar ni siquiera contando con la información de primera fuente, que podría haber proporcionado el acusado.

En la convicción de este tribunal, los dichos de los testigos Elton García y Silvia Barrera, que hemos destacado por ser creíbles y las explicaciones del perito médico legal, doctor Héctor Labbé, no fueron divergentes ni tampoco contradictorios con

las declaraciones de los funcionarios policiales de la Brigada de Homicidios Néstor Becerra, Patricia López y Gilberto Opazo, todos los cuales aportaron antecedentes que en conjunto fueron complementarios y que, a la hora de la deliberación, permitieron emitir veredicto condenatorio.

Los testigos escucharon los gritos de auxilio del ofendido a pesar del sonido de la televisión y equipo que fueron encendidos en ese instante por el acusado para disimularlos, y luego, Elton García mantuvo un diálogo con él, quedando entonces claro que, en concordancia con lo expuesto por el perito, el estado de inconciencia a que se alude no fue en el acto o instantáneo como lo dijo el defensor, sino que al menos se produjo después de un breve lapso en que la víctima alcanzó a tener una mínima reacción.

Entonces en el poco tiempo transcurrido desde que recibió los golpes hasta que quedó inconciente, perfectamente pudo producirse la escena en que los testigos vieron al acusado y a la víctima.

Como punto que la defensa de Rigoberto del Valle intentó levantar en el debate, alegó que la testigo Silvia Barrera no fue creíble, pues al prestar su primera declaración a la policía no dijo la verdad.

La testigo explicó que estaba atemorizada y al ser entrevistada por primera vez, ocultó parte de los hechos debido a que la acusada le dijo que podía ir detenida y porque al ver que el acusado fue capaz de hacer con el hacha, tuvo miedo.

Al tribunal, pareciéndole factible aquello, rechazó la observación que se le realizó, teniendo además presente que la contradicción que se quería evidenciar, fue suficientemente aclarada por la propia testigo y que no se trató de un defecto que surgiera de la declaración que prestó en el juicio y que, como sabemos, es el lugar donde se rinde la prueba y no en la investigación. Por último al declarar en el juicio la testigo no alteró en lo más mínimo la dirección de las imputaciones sostenidas que manifestó sin que a estas alturas, por cierto, se divise que obtuviera ganancia alguna para ello.

Por otro lado la defensa nada dijo sobre Elton García y ninguna explicación distinta a su versión dio el acusado que, como se ha dicho, guardó silencio, lo que no le es reprochable porque es su derecho y eso se respeta.

La cuestión en la lógica del juicio oral es otra. El acusado Rigoberto del Valle, nada dijo o refirió a la versión del testigo Elton García ni de Silvia Barrera ni lo que le escucharon decir en la escena del crimen, ni por último de los antecedentes más relevantes invocados por los acusadores en su contra.

Insistimos, no se trata que lo estemos criticando por ello ni exigiéndole declarar contra su voluntad, pues la ley le reconoce el derecho a guardar silencio frente a la incriminación estatal y de la querellante. Lo que echamos de menos es la ausencia de actividad probatoria para controvertir o desvirtuar los datos de convicción que surgen de los antecedentes que lo incriminan, pues ello es propio y consustancial al desarrollo del debate de los juicios orales que son regidos por la lógica adversarial que surge de la contradictoriedad.

En este caso nos referimos concretamente a la posibilidad de contradicción con que contaba la defensa de Rigoberto del Valle frente a la prueba incriminatoria.

Además, los acusados, tanto en el sitio del suceso como posteriormente realizaron –como se ha dicho– una serie de actos que denotaron el concierto previo existente entre ambos y sobre los que derechamente nada dijeron, por lo que al no ser controvertidos ganó consistencia la versión de la fiscalía que fue compartida por la querellante.

Por otro lado que el carabinero Arturo Sepúlveda aparezca adicionando un dato no aportado en la investigación como lo que le escuchó decir a la acusada quien según dijo “les ofreció bebida”, lo que no es usual en su trabajo porque la gente en un caso así siempre está nerviosa y no se preocupa de algo así, no puede esgrimirse para quitarle peso, toda vez, que, en primer lugar, no se discutió que estuvo presente en el lugar de los hechos ni que hubiera estado con ella en dicho lugar y, en segundo término, su relato junto con otras pruebas, convenció al tribunal de la veracidad de su versión. Por último, ignorar, por otra parte, ese testimonio del policía, porque en su declaración previa habría omitido referirse a tal circunstancia, supone darle pleno valor a los registros de la investigación por sobre la prueba rendida en el juicio oral lo que es inadmisibles y violatorio de los artículos 228 inciso final y 296 del Código Procesal Penal, según los cuales los registros no pueden reemplazar la declaración del funcionario policial y la prueba que hubiere de servir

de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral, salvo las excepciones expresamente previstas en la ley, cuyo no es el caso. Finalmente si no surgió en el juicio otro antecedente, podríamos atribuir esta incongruencia a una omisión que se explica por la ausencia de formalismos que impera en la investigación.

Por otro parte, la defensa de Rigoberto del Valle cuestionó la declaración del carabinero Jorge Ramos, en cuanto al responder a una pregunta del fiscal también dijo que la acusada “les ofreció bebida”, con lo que habría introducido información no contenida en la carpeta de investigación y lo habría efectuado a partir de una pregunta del fiscal que se la recordó, deslizado argumentos para dar cuenta de una posible ocultación o desvío de la misma que le haría dudar de dicha prueba.

El tribunal, a diferencia del defensor, nunca tuvo esa duda porque fue evidente que si el fiscal hizo la pregunta se debió a que el testigo anterior, esto es, el carabinero Sepúlveda había introducido al juicio la misma información.

Por último con este proceder ninguna ventaja en el procedimiento podría siquiera ser imaginada para no creerle a un testigo que, previamente juramentado y habiéndosele dirigido las preguntas de examen y contraexamen por los intervinientes, al responderlas, no evidenció estar guiado por algún móvil en contra de los acusados y menos aún, cuando no se invocó otra circunstancia para restarle credibilidad o mérito, como tampoco se sostuvo que sus dichos se debieran a obediencia a alguna persona.

Al momento de la deliberación, se desecharon las argumentaciones de la defensa de Rigoberto del Valle en cuanto a la calificación jurídica de los hechos como un delito de homicidio simple, pues se estimó que en la especie concurrieron los elementos constitutivos del tipo penal de homicidio calificado en grado de frustrado, con la circunstancia de alevosía, por lo expuesto en los considerandos anteriores y teniendo presente que los puntos de duda que intentó levantar a partir de un relato inverosímil por parte de la acusada, a quien no defendía, no lograron alcanzar la categoría de duda razonable a oponer contra la prueba de cargos.

En suma, los defensores sostuvieron que la prueba de cargo se habría manifestado inconsistente

y contradictoria, pero sus esfuerzos por construir una aproximación práctica al estándar de duda razonable no le permitieron alcanzar su objetivo, toda vez que, por un lado se desgastaron procurando incorporar elementos aislados y carentes de relevancia respecto de la unívoca imputación mantenida en el juicio por los testigos Elton García y Silvia Barrera de que el acusado efectivamente perpetró el delito; y de la demás prueba de cargos que demostró el concierto previo de ambos acusados para cometerlo, así como su forma de ejecución y la precisa participación de la acusada, según se ha quedado establecida en los motivos anteriores. De este modo los alegatos de los defensores no fueron suficientes para desarticular íntegramente la prueba de la fiscalía.

A su turno los defensores tampoco consiguieron articular los elementos de una versión alternativa de que los acusados no tendrían responsabilidad en el delito o que uno de ellos la tendría por homicidio simple frustrado, por cuanto la prueba que rindió la defensa de Isabel Padilla, careció de mérito para así concluirlo, atendidas las razones que se adelantaron en la deliberación y que se desarrollarán en el considerando siguiente.

Al plantear todas estas exigencias positivas a la duda razonable se podría pensar que estamos cuestionando la presunción de inocencia, en cuanto sería el defensor el obligado a cumplirlas, pero ello no es así por cuanto es precisamente dicho principio el que obliga al fiscal a probar su acusación y los defensores podrían, incluso, mantenerse en una actitud pasiva, mientras la prueba de cargo no logre acercarse a producir, al decir de Julio Maier, “la certeza positiva del tribunal” sobre la existencia del delito y la participación de los acusados, a la que se llega una vez descartada la probabilidad o la duda, pues lógico resulta entender que el tribunal sólo podrá adquirir convicción, más allá de toda duda razonable, cuando logre –como en el presente caso– tal certeza positiva.

En efecto, en la especie se estableció la responsabilidad que les cupo a los acusados en el delito acreditado sobre la base de la prueba de cargos analizada y que aportó la fiscalía en cumplimiento de su obligación procesal de demostrar la culpabilidad de ambos y, de paso, desvanecer el estado de inocencia que les beneficiaba.

DUODÉCIMO: Que, la defensa de Rigoberto del Valle alegó la eventual falta de congruencia en que incurriría la sentencia condenatoria fundada en que, en las acusaciones se imputa a los acusados que el delito se cometió: "...aproximadamente a las 9:00 horas..." y que el ofendido "se encontraba dormido sobre su cama..." en circunstancias que, según declararon los testigos el hecho habría ocurrido a las 11:30 horas aproximadamente y nadie pudo afirmar que dormía, de manera, entonces, que tales afirmaciones no se condicen ni guardan relación con los hechos imputados en las acusaciones, que no dejan claros los hechos por los que se acusa a los imputados, infringiéndose con ello el artículo 341 del Código Procesal Penal en los hechos que forman parte de su contenido.

Para una adecuada resolución de esta alegación se hace necesario recordar que el principio de congruencia o de correlación entre la imputación y el fallo está consagrado legislativamente en el artículo 341 del Código Procesal Penal que, en su inciso primero, dispone: "La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella."

El principio de congruencia supone, entonces, que exista 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, en términos detallados de tiempo, lugar y modo de comisión que fueren de importancia para su calificación jurídica.

En este sentido la alegación introducida por la defensa tiene un error conceptual que, desde luego, impide su aceptación.

El Ministerio Público y la querellante no han imputado a Rigoberto del Valle exclusivamente un hecho sino varios configurativos en su opinión de los tipos penales y las calificantes que se invocaron, detallando circunstanciadamente tales circunstancias. El que al describir los hechos se haya indicado una hora aproximada constituye una mera apreciación o, en el peor de los casos, un error meramente referencial que no afecta el principio de congruencia traído a colación por la defensa, pues no altera las circunstancias penalmente relevantes.

Así no cualquier error fáctico o circunstancia secundaria de la acusación puede importar una in-

fracción 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 o de apreciación, ya expresado, en nada altera la sustancialidad de la imputación, incluso en lo que se refiere a la participación que en el delito cupo a los acusados, pues sus calidades de autores señaladas en la acusación y determinadas en este fallo, resultaron inalteradas produciéndose exclusivamente una disconformidad mínima e irrelevante en la fijación de la hora en que se cometió el delito.

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 Penal, 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, tenía copia de la investigación, pudo efectuar alegaciones, 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 planteándose teorías al respecto. Modernamente, con el objeto de solucionar los problemas que se presentan, el autor alemán Schaefer ha 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 pro-

duzca 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 congruencia, de manera que no cabe sino rechazar la alegación de la defensa.

DECIMOTERCERO: Que, como se adelantó al leer el veredicto, no se dio mérito a la prueba que rindió la defensa de Isabel Padilla en apoyo a su versión de los hechos.

En primer lugar, la declaración de la propia acusada como medio de defensa, en cuanto dijo que el día de los hechos, según había acordado con Elton García- este la despertó temprano para ir al supermercado a comprar ingredientes que le faltaban para cocinar humitas, pues su marido le había dicho que no quería comer más carne después que llegaron de Argentina y tenía “choclos pelados en papel de “alusa” deja sin explicación suficiente algunas circunstancias que le restaron consistencia y credibilidad a sus dichos.

En primer término, según dijo la testigo Silvia Barrera, quien a la época de desempeñaba como asesora del hogar en la casa del ofendido y también puede desprenderse del relato de Luzziene Ribeiro quien, con anterioridad se desempeñó en igual calidad en dicha casa, la acusada no se preocupaba ni asumía labores del hogar, a lo más según precisó Silvia Barrera “le decía lo que tenía que cocinar”, entonces su preocupación e inusual diligencia por levantarse e ir temprano, a un supermer-

cado a comprar a una hora que, según es de saber común, todavía no atiende público es poco consistente no sólo por no ser una conducta habitual en ella sino que en cualquier persona que tenga noción de los horarios de los supermercados y de este en particular que es el único “Jumbo” de la ciudad. No es lógico salir a comprar a un lugar sabiendo que está cerrado.

No obstante, podría pensarse que la acusada no lo sabía, pues nada dijo ni se le preguntó sobre aquello, pero definitivamente no explicó ni dio razón alguna de por qué antes de ir al supermercado y después de haber llamado al acusado, llamó a Silvia Barrera respecto de quien sí sabía el horario en que ingresaba a trabajar a su casa y teniendo conocimiento de aquello la desvió hacia otro lugar, encargándole que comprara unos remedios. Ahora bien, no siendo extraño que lo hiciera, pues, según dijo la testigo, en otras ocasiones le encomendaba adquirirlos, lo que sí invita a la duda y le quita solidez a sus explicaciones es que, en primer término, la misma testigo afirmó que cuando cumplía tal encargo era para ir a una farmacia determinada, que era más barata y no a la que le señaló. Además, si ella misma se dirigía a un supermercado donde, según es localmente conocido, existe una farmacia, lo lógico era que comprara allí o al menos preguntara por el remedio que necesitaba. Sobre este punto no dio ninguna explicación. Por último si encomendó dicha compra a la testigo como lo hizo, no es lógico que no le encargara adquirir los dos panes de manteca y el papel de alusa que compró ella en el supermercado a las 9:28 horas, en la suma de \$1.394, según la fotocopia de la boleta incorporada por la Fiscalía. En efecto, se trataba de productos pequeños y livianos, por lo que no puede decirse que significaran a la testigo algún grado de complejidad para trasportarlos y menos para encontrarlos pues la experiencia indica que se venden habitualmente en el comercio ya que son de uso común a diferencia de un remedio específico. En cambio, la acusada debió desplazarse en camioneta desde la comuna de Machalí hasta Rancagua para comprarlos.

Pero eso no es todo, para justificarse dio una explicación pueril. Señaló que “como era día de ofertas” decidió ir de una comuna a otra en el vehículo nuevo de su marido. Entonces lo que quería era ahorrar y eso no se le puede creer porque, en pri-

mer lugar, el solo gasto ocasionado por el desplazamiento de un vehículo de las características del que usó, puede superar con largueza los \$74 que obtuvo como descuento en la boleta. En segundo lugar dicha compra no pudo haberle significado el ahorro que habría tenido encargándose a su asesora del hogar, lo que ni siquiera así podría suponerse si, como quedó demostrado, la empresa de la víctima, declaró en ventas el año 2003 la cantidad de 2.530 millones de pesos y de acuerdo a su contador, tenía un tren de gastos que mensualmente era del orden de los siete millones de pesos y ella no dijo que no le pasara o que no contara con dinero suficiente como para verse obligada a ese ahorro. Al contrario señaló que se llevaba muy bien con su marido y tenían una buena y moderna relación, por lo que es de suponer que ella contaba con dinero suficiente, como de hecho, pagó en efectivo según la boleta y lo hizo después en la ferretería. Por último, ella misma dijo que en su casa había papel alusa entonces mal puede hablar de ahorro o de necesidad de adquirirlo, como afirmó.

Pero además de estas inconsistencias y contradicciones en su relato surgieron otros datos que continuaron restándole mérito.

En efecto, no pudimos apreciar ningún apego a las reglas de la lógica ni a las máximas de experiencia en su afirmación de que no se dio cuenta que condujo la camioneta de su marido con freno de mano puesto hasta el supermercado. En primer lugar, por cuanto se trata de una persona que no sólo tiene licencia para conducir sino que maneja hace diez años, según reconoció por lo que es de suponer que contaba con experiencia en la conducción y en vehículos, al menos la mínima para sospechar que algo raro ocurría. En segundo término, según dijo la detective Patricia López, le señaló que para dirigirse al supermercado tomó la ruta de la Carretera del Cobre, en la que, la experiencia común indica que una camioneta no puede desplazarse lentamente sin que sea notorio para cualquier conductor que la utilice. Es más, ni siquiera se refirió a los otros vehículos que, según dijo Elton García, les hacían señas. En tercer término, el vehículo ingresó al estacionamiento del supermercado "echando humo" por lo que de inmediato se les acercó un guardia a ver lo que pasaba. Entonces si fue evidente el humo para un tercero que no iba en el vehículo, difícilmente es sostenible que ella estan-

do en el interior no se diera cuenta ni siquiera poco antes de llegar. En cuarto lugar, si bien el testigo Elton García tampoco acusó el humo, al menos sí dijo haberse percatado que iban lento y que otros automovilistas les hacían señas, pero ella sólo aceleraba más y la camioneta no avanzaba. En este punto corresponde dejar clara la percepción que el tribunal tuvo del estado emocional que evidenció este testigo. Señaló haber sido ayudado por la víctima a quien le decía "tío" y por la acusada a quien llamaba "tía" por lo que quedó en estado de shock al verlo agredido y debió ser hospitalizado. Sobre lo afectado que quedó también lo dijeron otros testigos y la Fiscalía pidió que declarara sin público en base a un informe psicológico que le diagnosticó trastornos límites de personalidad y en observación capacidad intelectual disminuida, sin alteración de conciencia ni juicio de realidad, pero con un vínculo afectivo a la familia Lobovsky por los años que vivió en la casa de dicho grupo familiar. Además no obstante declarar sin público el tribunal debió decretar un receso para que el testigo pudiera terminar su declaración.

No tuvimos la misma percepción de la acusada quien debió ser llamada al orden por interrumpir a viva voz las declaraciones de testigos de la fiscalía que no compartía.

Por otro lado, la acusada señaló que tanto ella como la víctima mantenían relaciones extramaritales, incluso su marido concibió una hija fuera del matrimonio, pues cultivaban una relación liberal, sin que se viera afectado el orden de la familia, ambos sabían lo que acontecía al amante del otro, y por ello reconoció haber "pinchado" con un hermano de su marido, a la edad de dieciocho años.

Además afirmó que la relación amorosa con el acusado tenía cinco años y hace ocho años lo conoció, cuando llegó a trabajar a la casa pues su esposo lo llevó.

Agregó que tenían grandes proyectos en común, "incluso apoyados por el propio David, que les ayudaría pues los tres se llevaban muy bien".

No obstante sus afirmaciones se oponen a la prueba de cargos y a su propia prueba, como asimismo a su actitud durante la investigación y, por último, dejan sin explicación que el acusado lo agrediera si se llevaban tan bien.

En primer lugar, los testigos de la Fiscalía, entre ellos Luis Lobovsky, Luzienne Ribeiro, Alfredo Fuentes, Alexis Rozas y además el testigo de la querellante Benjamín Lobovsky, aportaron antecedentes en sus declaraciones de los que se infiere que los acusados ocultaban que eran amantes y que el ofendido no lo sabía.

La testigo Ivonne Oyarce señaló que mantuvo una relación sentimental con el ofendido, fruto de la cual nació su hija que fue reconocida por éste y a la época tiene un año y cuatro meses.

Pero esto no fue aceptado por la acusada quien la llamaba por teléfono y la molestaba o amenazaba.

Señaló que en una oportunidad, en octubre o noviembre de 2003, al llegar con su hija, a esa época de seis meses al condominio donde viven, acompañadas por el ofendido, se les acercó la acusada, la empujó y le gritó generándose un incidente en el lugar.

Lo expuesto desvirtúa que la acusada aceptara –como dijo- la relación extramarital de su marido.

Por otra parte conclusiones similares pueden extraerse de las declaraciones de los testigos de la defensa Jorge Herrera e Isabel Lobovsky en especial ésta última quien siendo hija de la acusada y viviendo con ella dijo que no estaba enterada de esa relación y en cambio sí sabía que su padre no biológico -el ofendido- tenía otra hija.

Finalmente la acusada dejó sin explicar por qué oculto durante la investigación que, con el acusado, eran amantes.

En otro ámbito, ante las preguntas del señor fiscal, señaló que no dijo a Silvia Becerra en los momentos en que escucharon los gritos de su marido y se dirigían a la habitación: “David, se estaba volviendo loco”, lo que la testigo mantuvo en estrados y, siendo creíble como se ha dicho a diferencia de la acusada, desvirtúa su negativa.

Por último, negó que tomó la camisa de su esposo y pidió a la empleada que la hiciera “desaparecer” ni que exigió a esta última que callara, sino ella se mataría, todo lo que la testigo mantuvo en estrados, pero sí reconoció que tomó el hacha, la que dejó en un lugar de la pieza.

La acusada dijo que estaba sometida hace ocho años a tratamiento psiquiátrico y tomaba me-

dicamentos, pero ningún especialista lo confirmó como el tratamiento específico o su estado y efectos de algún medicamento para corroborar sus dichos.

Con todo, de la prueba surgieron antecedentes pero insuficientes como para concluir que la acusada al momento de los hechos o en otro posterior estaba bajo el efecto de un medicamento que habría consumido. Por otro lado nunca dijo que consumió algo antes de la agresión.

Por último la acusada, a pesar de haber declarado como medio de defensa, no negó de ninguna manera su participación en el delito, limitándose a dar explicaciones y a justificar su actuar el día de los hechos. Tampoco fue precisa ni menos categórica en negar el concierto que se le atribuyó directamente y que la vincula al mismo.

Por otro lado la defensa presentó a Jorge Iván Herrera Peña, trabajador de la Inmobiliaria Lobovsky, quien el día de los hechos concurrió al domicilio del ofendido, porque algo pasaba, al llegar la acusada le entregó dinero, como \$700 argentinos. Circunstancia en que también conversó con el fiscal y le comentó que el matrimonio no andaba bien, que David tenía una pareja y que pensaba que había sido la señora, porque no había otra persona que tuviera un problema con él, además por el hachazo, que no le dio muerte inmediata, pensó que se trataba de una mano más suave, impresión que tiene hasta el día de hoy, por la tremenda tranquilidad de ésta, además en cualquier situación más o menos fuerte, se desmayaba y ahí no se desmayó. Desconoce el monto del dinero, sólo sabe que era mucho, pero sólo se encontró \$700 argentinos, equivalente a \$1.700.000, posteriormente, no concurrió a la fiscalía. Le señaló al fiscal que el ofendido había ido a Argentina a buscar dinero y debió haber llegado a la oficina a las 10:30, porque se iba a juntar con un primo que venía de España, lo que le resultó extraño, porque no llegó. El ofendido tomaba Ravotril, lo que le inducía el sueño.

Conocía al acusado por ser trabajador de la parcela de la víctima y la suspicacia que tenían todos de que eran pareja con la Sra. Isabel. La vio desmayarse el día jueves cuando estaban en la Clínica cuando supo que habían detenido al inculpa-

do. Además declaró Isabel Dennis Lobovsky Padilla, sostuvo que la relación entre su papá y

mamá no era mala, aunque tampoco eran una pareja perfecta, discutían lo normal, lo que sabía era que su papá tenía una amante en Santiago, después se enteró que llevaba como nueve años con ella, también supo que su papá tuvo una guagua con ella en la misma época que tuvo ella a su hija, siempre discutían cuando su papá se iba a quedar a Santiago, no obstante, él no decía que se quedaba en la casa de ella, pero de hecho sí lo hacía, incluso cuando estudiaba en Santiago, le decía que se fuera a quedar a su casa y no lo hacía. Sus padres estuvieron separados un tiempo, pero su papá iba igual a almorzar todos los días a la casa de su mamá, después se fueron de vacaciones, se quedó sola en la casa de Rosario con el Elton y un tipo una vez trató de entrar a la casa, le puso la pistola a Elton y decidieron volver con todas las cosas a la casa de Madrid y volvieron todos a vivir juntos, sus papás ya habían vuelto, incluso antes de irse de vacaciones. No entendía cómo su mamá podía aguantar que su papá tuviera su amante y a su hija, y que éste le manifestara a su mamá que se quería llevar a la niña a vivir con ellos, y su mamá le había dicho que bueno, que ella se la podía criar, porque supuestamente Ivonne no estaba en condiciones de tener una hija, situación que le molestó, principalmente por su hermano Kevin, porque es muy joven para enfrentar ese tipo de situaciones. Nunca vio una pelea grande. Su mamá padece de crisis de pánico, siempre se desmayaba, le dan convulsiones, se pone como tiesa, se empieza a ahogar, no se sabe si respira o no cuando le pasaba eso, le ponían una pastilla debajo de la lengua, un Ravotril, además, un médico les dijo que tenían que hacer ciertas maniobras para que le llegara sangre al cerebro, después de eso tenían que esperar de a poco que ella volviera en sí, a veces, no podía caminar, así había que trasladarla a la pieza y la acostaban y la trasladaban en brazos a la cocina para que se pudiera tomar un café, siempre iba al doctor. Su papá también tomaba pastillas como Ravotril, Altrulin.

Su mamá siempre compraba una vez al mes, pero las cosas para el almuerzo las compraba todos los días, generalmente, iba al Jumbo el día de las ofertas.

El día de los hechos, llegó en la tarde a la casa, porque se fue primero a la Fusat a ver a su papá, después con su mamá, con Javier fueron para la casa. Su mamá estaba como volada, con todos

los síntomas que se tienen cuando se toma pastilla, ese día se había tomado como dos o tres pastillas y la Silvia cuando se desmayó le puso unos ravotril, esto lo sabe por lo que le dijo el Elton, que había ido a buscarle las pastillas que estaban en la camioneta de su papá.

Antes de los hechos vivía en Las Torres del Paine, no vivía con ellos, se fue cuando tenía cuatro meses de embarazo. Conoce a Rigoberto Del Valle, le desagradaba la forma en que lo trataban a él, al Elton a la Lucy, a la Silvia, siempre discutió con sus papás por eso, por ejemplo, cuando la Silvia se fue a vivir a la casa con su esposo, se quería ir de su casa, porque no le gustaba la forma en que trataban a la gente que no era de la casa, quería que sólo se considerara a su familia no a los extraños. Al principio, le caía mal el Elton, porque era hijo de la Luzie y ya que ella no respetaba la casa como empleada, llegaba por ejemplo, a las 12 de la tarde, porque había pasado a otra parte, señaló que un trabajador igual debe ser responsable aunque se le dé confianza. También cuando se iban de vacaciones ellos se quedaban con las llaves, lo que no le parecía.

Discutió muchas veces con sus padres por el trato que le daban a Rigoberto Del Valle, y la trataban porque causaba problemas sin motivo.

Señaló que no es hija biológica de su papá, sino que es hija del primer matrimonio de Isabel Padilla. David Lobwosky le dio su apellido. Sabía que su mamá tenía una relación de amistad con Del Valle.

Jenny Riveros Márquez, sostuvo que el día de los hechos fue a la casa del ofendido y vio a la acusada desmayarse después que se lo llevaron a la clínica.

La prueba reseñada y que fue rendida por la defensa en nada alteró las conclusiones a que se arribó en los motivos anteriores, pues no logró introducir dudas respecto del delito y la participación que en él cupo a los acusados.

En primer término, el testigo Jorge Herrera Peña, no hizo sino confirmar los antecedentes que surgieron de la prueba de la fiscalía en especial en cuanto refirió que conversó con el fiscal y le comentó que el matrimonio no andaba bien, que la víctima tenía una pareja y que pensaba que la autora había sido la acusada, quien además en cualquier situa-

ción más o menos fuerte, se desmayaba y ahí no se desmayó. También conocía al acusado por ser trabajador de la parcela de la víctima y la suspicacia que tenían todos de que eran pareja con la acusada.

Por otro lado, como se ha dicho, ninguno de los testigos de la defensa dio cuenta de la relación sentimental previa existente entre los acusados a quienes conocían o al menos ubicaban e incluso la hija de la acusada Isabel Lobovsky, señaló que no tenía conocimiento de dicha relación de pareja. Además la acusada negó durante la investigación dicho vínculo amoroso, por lo que su reconocimiento en el juicio oral pudo deberse al peso de la prueba que lo demostraba, entre ellas, las fotografías incautadas en poder del acusado.

Por último, la defensa en su alegato de clausura, expresó que la acusada nunca tuvo dominio del hecho, pero ante ello se opone que, según se estableció con la prueba rendida, actuó concertadamente con el acusado en la ejecución del delito de acuerdo al artículo 15 n° 1 del Código Penal.

Ahora bien, más allá de que esta teoría se utilice para diferenciar a los autores concertados de los cómplices y la defensa haya alegado absolución, lo cierto es que nuestro legislador positivo, que restringió en gran medida el ámbito de la complicidad, consideró expresamente como autoría la colaboración que se presta mediante concierto previo y que consiste en impedir o procurar impedir que el delito se evite, que es justamente lo que hizo la acusada.

Entonces, yerra la defensa al suponer que esa forma de participación deba ejecutar un acto de intervención material en el hecho mismo del homicidio, para ser considerado autor, pues justamente la norma citada, en su numeral primero se refiere al que ejecuta directa e inmediatamente el hecho ilícito, o al que impide o procura impedir que se evite. La partícula “o” nos dice a las claras que el segundo partícipe no requiere la intervención directa del primer caso, ni puede entonces sostenerse que ese segundo coautor deba tener el control del acto. Todavía más, de la interpretación sistemática del artículo se llega al mismo resultado, pues se aprecia que la coautoría se extiende mucho más allá, llegando a englobar en el tercer numeral a un partícipe que claramente no tiene intervención efectiva alguna en la ejecución, como es el que presencia, sin actuar, con tal de que preceda concierto. Luego,

toda argumentación doctrinal sobre la extensión de la autoría es aquí inútil, pues la legislación nacional decidió englobar casos que teóricamente son de complicidad, en la coautoría.

DECIMOCUARTO: Que favorece a los acusados la atenuante de irreprochable conducta anterior del artículo 11 n° 6 del Código Penal, reconocida tanto por la fiscalía como por la querellante y suficientemente acreditada con el mérito que es posible atribuir a la convención probatoria según la cual, sus extractos de filiación y antecedentes no registran anotaciones pretéritas.

DECIMOQUINTO: Que, no procede acoger la petición del acusador particular de agravar la responsabilidad de los acusados por la circunstancia segunda del artículo 391 n° 1 del Código Penal, consistente en haberse cometido el delito por premio o promesa remuneratoria, pues, como adelantó en la deliberación, la prueba que rindió fue insuficiente para formar la convicción necesaria para establecerla, sea como calificante o, subsidiariamente como agravante de acuerdo al artículo 12 n° 2 del mismo código, esto es, cometerlo mediante precio, recompensa o promesa, según también pidió.

En efecto, la querellante aseveró que ya tiempo antes del hecho delictual, la acusada habría intentado obtener datos con terceros a fin de contratar a alguien para que diera muerte a la víctima, confesando asimismo a otras personas que estaba enamorada del co-imputado y mantenía una relación con él, constando, por otra parte, que desde el 26 de diciembre de 2003 al 29 de enero de 2004 sostuvo más de 150 llamadas telefónicas por teléfono celular con el acusado y más aún, el día del ilícito se registran tres llamadas en los instantes inmediatamente anteriores o coetáneos a los hechos.

Sobre estas circunstancias, la relación sentimental que ligaba a los acusados desde hace varios años, aún cuando nada dijera en la investigación y fuera poco creíble que el ofendido estuviera “tácitamente” informado, como lo señaló la acusada en estrados al afirmar que tenían una relación “moderna”, pues ni siquiera su propia hija adulta y ya profesional, lo sabía, no podemos concluir de ello y de la continua comunicación que regularmente mantenían, más de lo que se ha dicho hasta ahora, esto es, que tales antecedentes en conjunto con otros a los que nos hemos referido anteriormente son in-

dicativos del concierto o acuerdo previo que en tales condiciones ambos adoptaron para cometer el delito.

Que la acusada hubiera tenido la intención o hubiera intentado efectivamente obtener datos con terceros a fin de contratar a alguien para que diera muerte a la víctima, no resultó probado y aun más, nada aporta para la calificante ni la agravante, pues, en definitiva, como quedó establecido, intervino conjuntamente con el acusado en la ejecución del delito, impidiendo o procurando impedir que se evite, sin perjuicio de lo que hizo en el sitio del suceso y posteriormente para no ser descubiertos y que confirma lo expuesto.

Por otro lado, la circunstancia que la acusada actuó motivada por el lucro, con el fin de quedarse con la mayoría de los bienes del potencial occiso y cobrar el seguro de vida contratado por este –respecto del cual, ella era la beneficiaria en un 90%-, dinero y bienes que pretendía gozar luego con su amante el co-acusado, siendo una posibilidad y, de paso, el móvil invocado por la querellante, no pudo demostrar la calificante ni la agravante alegadas, más allá de toda duda razonable, con el sólo mérito del documento que se acompañó.

Los demás hechos en que se basó la querellante para fundar su petición, consistentes en que, al llegar la acusada de regreso al sitio del suceso con la asesora del hogar Silvia Berrera y con Elton García, y se oían los gritos de auxilio de la víctima, intentando disuadir a éstos de que fueran en su auxilio, aduciendo que “se estaba volviendo loco” y más tarde, al ingresar al dormitorio y observar a su cónyuge gravemente herido y sangrando, le preguntó a del Valle: ¿te atacó al entrar, te hizo algo?..., con lo que ni siquiera mostró sorpresa por lo ocurrido ni socorrió a su marido, sólo han podido ser configurativos del acuerdo que había entre ambos para darle muerte, pero no de las modificatorias de responsabilidad que, en forma principal o subsidiaria, alegó la querellante.

Lo mismo cabe decir respecto de los demás hechos que agregó a su petición, esto es, que la acusada luego, presionó a los demás presentes para que ocultaran lo ocurrido como asimismo las huellas del delito, siendo incluso sorprendida más tarde por funcionarios policiales cuando pretendía ocultar un dinero sustraído a su cónyuge, intentando engañarlos so pretexto incluso que aquello “era una toalla higiénica porque tenía la menstruación”.

En esta decisión también se atiende al argumento de que para la calificante en cuestión o, en su caso, para la agravante invocada, la actuación sea mediante premio o promesa remuneratoria o por precio, recompensa o promesa, requiere la intervención de dos personas que celebren un pacto o acuerdo criminal previo, donde uno de ellos encomiende o encargue matar a alguien y el otro actúe como autor ejecutor material del delito. Nada de eso pudo ser demostrado más allá de toda duda razonable. Aun más, la diferencia entre la calificante y la agravante en cuestión es que en esta última caben las mercedes o premios de cualquiera índole –honorífica o sentimental- y no sólo de carácter pecuniario a que alude el calificativo “remuneratoria”, utilizado por la ley para la primera restringiéndola a las recompensas susceptibles de evaluación pecuniaria, lo que ni siquiera se planteó.

Tampoco perjudica a los acusados la calificante de premeditación conocida, invocada por la querellante de acuerdo al artículo 391 n° 1 circunstancia quinta o en subsidio, como agravante, según el artículo 12 n° 5 del mismo código, por cuanto, tal como se adelantó en la deliberación no fue suficientemente acreditada con la prueba que se rindió para ello.

En primer término, el único fundamento esgrimido, consistente en que los acusados habrían planificado con antelación el ilícito, que no es bastante para la calificante ni la agravante.

En efecto la expresión premeditación en su sentido natural y obvio consiste en pensar reflexivamente una cosa antes de hacerla, lo que es equivalente en este caso a haber concebido o meditado dar muerte al ofendido antes de ejecutar el delito.

Pero esa no es la única exigencia ni basta para esta modificatoria que, según la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria, requiere que dos etapas: a) la primera en que el hechor, antes de cometer el delito, pondere las ventajas y desventajas de perpetrarlo para, luego, decidirse a ejecutarlo, y; b) la segunda en la que, persistiendo en su decisión, antes de dar inicio a la ejecución del delito, decida la forma de poner por obra su propósito e imagine la forma como va a cometerlo, seleccionando los medios, escogiendo el momento y el lugar apropiado y, en general, “trazando un plan de acción para llevar a cabo su designio criminal” (en sentencia de Corte Suprema de 3 de enero de 1973) el cual, sin embar-

go, no requiere ser minucioso y pormenorizado, pero sí revelador de una resolución firme e invariable durante el lapso que media entre el instante en que se adopta dicha decisión y la ejecución del hecho.

En el presente caso, se pudo demostrar que los acusados realizaron una serie de actos para cometer el delito y elaboraron un plan, según pudimos desprender de los dichos del testigo Elton García cuando afirmó que, al llegar a la escena del crimen vio al acusado –Rigoberto Valle- con un hacha en la mano, listo para asestar un nuevo golpe a la víctima, pero no lo hizo y le dijo “Elton, no resultó. Esto lo hice por tu tía Isabel” y andaba con guantes quedando en evidencia entonces que la agresión estaba planeada. No obstante, aun concediendo con lo dudoso que es, el supuesto de la premeditación, no pudo probarse que hubiera sido “conocida”, esto es, la advertencia de que no puede presumírsela.

En el caso que nos ocupa, no surgieron elementos de convicción suficientes para hablar de persistencia e invariabilidad de la determinación criminal de los acusados manifestada personalmente o en hechos externos y probados ni concurrieron datos certeros para establecer que el acusado le haya manifestado a alguna persona distinta de la acusada su intención de dar muerte al ofendido.

Por otra parte, siendo las circunstancias modificatorias invocadas por la querellante, condiciones propias del homicidio calificado, quedan subsumidas en el tipo penal y, por ende, no podría quedar o sobrar alguna para ser estimada como agravante, máxime cuando no son idénticas. Con todo, cualquiera sea la opción, dichas calificantes no pueden ser consideradas como agravantes a la vez para elevar la pena, sin incurrir en una transgresión flagrante del artículo 63 del Código Penal, toda vez que la ley las ha expresado al describir y penar el delito. Lo anterior, sin perjuicio de tenerlas en cuenta al aplicar el artículo 69 del citado código en el proceso de determinación judicial de la pena.

Por último, cabe desestimar su alegación de que si el ofendido hubiere fallecido, estaríamos ante un delito consumado de homicidio calificado y parricidio, pues se funda en un hecho que no acaeció.

DECIMOSEXTO: Que, a ambos acusados les favorece una atenuante y no les perjudican agravantes, por lo que, debiendo rebajarse la pena asignada al delito del que cada uno es responsable en

un grado, al ser frustrado, el marco de la pena a imponerles es el siguiente: **a)** a Rigoberto del Valle legalmente le corresponde una pena de presidio mayor en su grado mínimo, esto es, cinco años y un día a diez años, en su mínimum o mitad inferior de conformidad con lo dispuesto en el inciso del artículo 67 del Código Penal, y; **b)** a Isabel Padilla, una pena de presidio mayor en su grado medio, esto es, diez años y un día a quince años, en su mínimum o mitad inferior de acuerdo a la misma disposición legal.

Ahora bien, dentro de dichos rangos legales, atendida la extensión del mal causado por el delito que cometieron los acusados, que es demostrativa del absoluto desprecio que tuvieron por la vida humana, se les aplicará el máximo de la pena permitido por la ley de acuerdo al artículo 69 del mismo código y que es equivalente al quantum solicitado por el Ministerio Público.

EN CUANTO A LA ACCIÓN CIVIL.

DECIMOSÉPTIMO: Que, en representación de don Luis Aníbal Lobovsky Lara y don Benjamín Lobovsky Lara, se dedujo demanda civil de indemnización de perjuicios en contra de ambos acusados, fundada en los hechos reseñados en su acusación particular y en que los actores, siendo hermanos de la víctima, han quedado con la aflicción de ver a su hermano en estado vegetal, después de un brutal ataque, a raíz de un delito cometido por uno de sus trabajadores y por su propia cónyuge.

Agregaron que lo expuesto implica un daño moral, que, como lo ha sostenido la doctrina y jurisprudencia tanto del antiguo sistema como el presente, no requiere ser probado, pues se deduce de manera lógica, en base a los hechos materia de la causa, máximas de experiencia, principios de equidad y en definitiva buen criterio.

Solicitaron que los acusados sean condenados a pagar la suma de \$100.000.000 (cien millones de pesos), más reajustes, intereses y costas, sin perjuicio de las cantidades que el tribunal determine, con costas.

DECIMOCTAVO: Que, los actores civiles, presentaron prueba testimonial conformada por las declaraciones de ambos, Luis Aníbal Lobovsky Lara y Benjamín Lobovsky Lara, a las que se agregaron los dichos de Nelly Lobovsky Lara, todos quienes

fueron contestes en la profunda aflicción que han debido soportar los actores a raíz de los hechos y sus consecuencias, sobre todo porque conforman con el ofendido una familia muy unida.

Por otro lado, sobre la situación económica del ofendido declaró Juan Cea González encargado de contabilidad de la Constructora e Inmobiliaria Lobvosky Hermanos quien, ratificando la documentación que se le exhibió y que fue incorporada por la demandante, sostuvo que hasta enero de este año, sus ventas ascendieron a 2.500 millones de pesos. Los socios son Luis y David Lobovsky, cada uno con un 50%. Este último tenía un fundo de unas 20 hectáreas, una casa con piscina avaluada en 50 millones y un vehículo Chevrolet-Blazer de 14 millones.

Agregó que, de acuerdo al documento respectivo, contrató una póliza del seguro de vida por 1.265 UF en que la acusada era beneficiaria en un 90% de esta póliza.

Por último precisó que el total del activo de la empresa es por 2.840 millones, los ingresos fueron por 207 millones y el pasivo, 2.600 millones y los ingresos mensuales del ofendido entre sueldos y retiros personales eran entre 7 a 8 millones.

DECIMONOVENO: Que, acreditada la existencia del hecho punible y la responsabilidad que en el mismo le cupo a los acusados, se estableció el primer presupuesto procesal de la pretensión de los actores, esto es, que el fundamento de la acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto de la acción penal.

Por lo mismo, está acreditada la legitimación pasiva de los acusados para litigar respecto de esta acción.

De la misma manera, la intervención de los demandantes, hermanos del ofendido, en la oportunidad señalada en el artículo 261 letra d) del Código Procesal Penal, siendo considerados víctimas del delito de acuerdo al artículo 108 letra b) del mismo código, demuestra la legitimación activa de su pretensión, estando a la vez facultados por el artículo 59 del citado texto legal, en concordancia con las normas referidas para deducir, dentro del proceso penal, las acciones civiles a las que haya lugar, con motivo de la comisión del ilícito penal acreditado.

Finalmente, de la prueba testimonial y documental aportada por los demandantes, aparece que el ofendido hasta el momento de los hechos, era un destacado y exitoso empresario del sector de la construcción, muy querido por sus amigos y familiares.

VIGÉSIMO: Que, atendidos los hechos establecidos en el juicio, principalmente que el violento ataque que ejecutó el acusado Rigoberto del Valle contra la víctima, usando un hacha en un acto de tipo homicida que concertó con su amante y acusada Isabel Padilla, cuñada de los actores y cónyuge del ofendido a quien le causó las lesiones que lo dejaron en estado vegetal, cuestión que, naturalmente, debió originar en sus hermanos el pesar y aflicción que invocan, es posible tener por acreditado el daño moral alegado como consecuencia del hecho punible, sin perjuicio del alcance mayor que dicho concepto tiene al ser lesionados intereses extrapatrimoniales, pues proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los efectos y/o a las condiciones sociales o morales inherentes a la persona.

Por otro lado, la indemnización reclamada por el daño moral, encuentra su fundamento en la norma del artículo 2.314 del Código Civil, en cuanto establece la obligación de los autores de un ilícito, de resarcir todos los perjuicios causados con motivo del mismo, entre los cuales se encuentra el antes indicado.

De esta manera, habiendo los demandantes padecido de daño moral por las circunstancias de la agresión de que fue objeto su hermano y además, por las secuelas con las que éste quedó –según explicó el médico legista y pudimos apreciar en las fotografías que se le tomaron después de los hechos–, debe hacerse lugar a la demanda de indemnización de perjuicios que dedujeron por dicho concepto, cuyo monto regulará el tribunal al apreciarlo prudencialmente en la suma que dirá, dado su índole netamente subjetivo, que encuentra fundamento en la naturaleza afectiva de todo ser humano y atendido, por último, el tiempo por el cual se ha prolongado dicho padecimiento.

Por último, la suma indicada lo es sin reajustes ni intereses, por no ser del caso aplicarlos y en uso en la facultad reconocida al tribunal de regularla en la forma que se ha señalado.

Finalmente, encontrando su fuente en el artículo 2.317 del Código Civil, por haber cometido ambos acusados el delito, deberán responder solidariamente por dicho monto.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 7 inciso segundo, 11 n° 6, 14 n° 1, 15 n° 1, 21, 24, 26, 28, 31, 50, 67, 69, 390 y 391 n° 1 del Código Penal; 47, 49, 59, 108, 261, 295, 296, 297, 340, 341, 342, 344, 346 y 348 del Código Procesal Penal y artículos 2.314 y siguientes del Código Civil, se declara:

- I.- Se condena a **RIGOBERTO ANTONIO DEL VALLE SOTO**, ya individualizado, a la pena de **SIE-TE AÑOS Y CIENTO OCHENTA Y TRES DIAS** de presidio mayor en su grado mínimo, como **autor** del delito de homicidio calificado, en grado de frustrado, cometido en la persona de David Fernando Lobovsky Lara, el 26 de enero de 2004, en esta ciudad.
- II.- Se condena a **ISABEL KARINA PADILLA ZELAYA**, ya individualizada, a la pena de **DOCE AÑOS Y CIENTO OCHENTA Y TRES DIAS** de presidio mayor en su grado medio, como **autora** del delito de parricidio, en grado de frustrado, cometido en la persona de David Fernando Lobovsky Lara, el 26 de enero de 2004, en esta ciudad.
- III.- Se condena a ambos sentenciados a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa en partes iguales.

IV.- Cae en comiso el hacha utilizada en la comisión del delito.

V.- Atendida la extensión de las penas corporales impuestas, no se concede a los sentenciados ningún beneficio de la ley 18.216, por lo que deberán cumplirlas efectivamente.

Para dicho efecto, la pena se le computará a Rigoberto del Valle Soto, desde el 29 de enero de 2004 y a Isabel Padilla Zelaya, desde el 1 de marzo de 2004, fechas a partir de las cuales han permanecido ininterrumpidamente privados de libertad en esta causa, según consta del auto de apertura del juicio oral.

VI.- Se hace lugar, con costas, a la demanda civil interpuesta por don Luis Aníbal Lobovsky Lara y don Benjamín Lobovsky Lara en contra de los acusados, y se les condena a pagar solidariamente la suma de \$100.000.000 (cien millones de pesos) por concepto de daño moral.

Oficiese, 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 67-2.004

PRONUNCIADA POR LOS JUECES DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE RANCAGUA, MARCOS KUSANOVIC ANTINOPAI, DOÑA MARÍA ISABEL PANTOJA MERINO Y DON CARLOS MORENO VEGA.

- **Declara que la colaboración prestada por la acusada no tuvo el carácter de eficaz exigido por la norma, pues no produjo el resultado que el legislador previó para configurar la atenuante especial del artículo 33 de la ley 19.366.**

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

Resumen:

El Ministerio Público acusó a la imputada como autora del delito de tráfico ilícito de estupefacientes. La Defensa solicitó la absolución argumentando que la acusada era adicta y que la droga estaba destinada al consumo personal. En subsidio, alegó la concurrencia de las atenuantes del artículo 11 N° 9 del Código Penal y artículo 33 de la ley 19.366. El Tribunal desestimó las alegaciones de la Defensa declarando que con las pruebas presentadas se acreditó que la droga tenía como destino su distribución a terceros. Ello en base a la cantidad y pureza de la droga incautada; el número de envíos acreditados, y la falta de prueba suficiente respecto de la calidad de adicta de la acusada. En cuanto a las minorantes invocadas, el Tribunal rechazó la atenuante especial de la ley 19.366, porque si bien la imputada prestó colaboración, ésta no fue una colaboración que reportara resultados eficaces, exigencia expresa de la antedicha atenuante. En cambio, sí acogió la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, porque la acusada ya desde la etapa de investigación reconoció los hechos en los términos que refirió en el juicio oral, y además arribó a diversas convenciones probatorias que, tanto para el órgano investigador como para el órgano juzgador, importaron un aporte. Gracias a sus dichos, hechos esenciales de la causa no debieron ser confrontados ni requirieron de otros antecedentes y pruebas para determinar la certeza de los mismos. Finalmente, también porque gracias a la versión entregada por la acusada desplazó la discusión del caso a un plano jurídico, de calificación jurídica de los hechos.

Texto completo:

Puerto Montt, diciembre diecinueve de dos mil cuatro.

VISTOS, OÍDO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, con fecha trece y catorce del presente mes y año, ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, constituido por la juez Presidente de la Sala Claudia Olea Tapia, y los jueces titulares, Ivonne Avendaño Gómez y Jaime Rojas Mundaca, se llevó a efecto la audiencia del Juicio Oral de la causa rol interno del tribunal N°**29-2004**, seguida en contra de **VALESKA ESTRELLA CARRASCO ARANEDA**, chilena, soltera, cédula nacional de identidad N°16.690.899-K, 24 años de edad, domiciliada en San Francisco N° 960 de Puerto Montt, actualmente reclusa en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Puerto Montt.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por los Fiscales Adjuntos Mauricio Flores Rocco y Greta Fuchslocher Hassenberg.

La defensa del imputado estuvo a cargo del defensor particular Luis Fernando Astudillo Becerra.

ACUSACIÓN

SEGUNDO: Que, el Ministerio Público, de acuerdo al auto de apertura remitido a este Tribunal, fundó su acusación en los siguientes hechos: “Que el día 08 de abril de 2004, aproximadamente a las 17:45 horas, la acusada, concurrió hasta la oficina de la empresa Pullman Bus, ubicada en calle Polpaico N° 155, sector Industrial de la ciudad de Puerto Montt, con la finalidad de retirar una encomienda a su nombre consistente, en un paquete cerrado el que contenía en su interior la cantidad de 70,2 gramos de clorhidrato de cocaína, peso bruto. La encomienda fue enviada desde la ciudad de Santiago para ser entregada por la imputada a una tercera persona en la ciudad de Puerto Montt, quien le habría encargado dicha operación con anterioridad.

De esta situación, fue advertido personal de Carabineros del O.S.7., a través de un llamado anó-

nimo, al fono drogas 135, razón por la que personal policial de la citada unidad se constituyó en el lugar en espera de que llegara la acusada y realizara el retiro del mencionado encargo. Acto seguido se obtuvieron las órdenes de detención e incautación correspondientes, las que se hicieron efectivas luego que la imputada, retirara la encomienda del local de Pullman Cargo, procediendo a la apertura del citado paquete, el que contenía efectivamente la sustancia antes mencionada, situación que fue confirmada por la prueba de campo practicada en el lugar mismo de la detención, por lo que se hizo efectiva la orden respectiva.”

APERTURA Y CLAUSURA FISCALÍA

TERCERO: Que la fiscalía en sus alegatos de apertura sostuvo que los hechos descritos en la acusación, resultan constitutivos de un delito de tráfico ilícito de drogas, previsto en el artículo 5º en relación al artículo 1º de la ley 19.366, y sancionado con la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio, el que concurre en el grado de consumado, y la participación de la acusada es en calidad de autora del artículo 15 Nº1 del Código Penal, por haber tomado parte en los mismos de una manera inmediata y directa, requiriendo se le condene a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, multa de 40 Unidades Tributarias Mensuales, más las accesorias legales y el pago de las costas de la causa, considerando para ello, que en la especie concurre la circunstancia atenuante de responsabilidad criminal contemplada en el artículo 11 Nº6 del Código Penal.

En su clausura, el acusador institucional, afirma que con la prueba ofrecida e incorporada en audiencia ha logrado probar, más allá de toda duda razonable, los hechos contenidos en la acusación y la participación en los mismos de la encartada. Lo anterior, lo justifica fácticamente, pues ésta fue sorprendida portando y transportando, una gran cantidad de droga de elevada pureza, lo que sumado al reconocimiento que la misma ha hecho, de que ésta a lo menos estaba destinada a su consumo y al de un tercero, importan una intención de distribuir y facilitar el consumo de la misma por terceros, y no habiéndose acreditado los elementos negativos del tipo, esto es, que dicha droga hubiese estado destinada a un uso terapéutico, ni al consumo personal y próximo en el tiempo por la imputada, la ubican

dentro de las hipótesis que preve el legislador para subsumir sus acciones, en la figura de tráfico que describe el artículo 5º en relación al artículo 1º de la ley 19.366. Consecuente con la conclusión anterior, el acusador señala que la defensa, no ha logrado probar en juicio, la condición de consumidora o fármaco dependiente de la acusada, desvirtuando la prueba que en tal sentido presentó el representante de la acusada. Agrega finalmente, que no se logró acreditar, por parte de la defensa, el contenido fáctico y normativo de las circunstancias atenuantes de responsabilidad contempladas en los artículo 11 Nº 9 del Código Penal, y del artículo 33 de la ley 19.366.

APERTURA Y CLAUSURA DEFENSA

CUARTO: Que la defensa del acusado sostuvo en sus alegatos de apertura que el Ministerio Público no lograría probar más allá de toda duda razonable, los fundamentos de su acusación, particularmente la intención de tráfico de la acusada, pues no existe ninguna prueba directa que apunte en tal sentido. Que por el contrario, dicha parte lograría probar, la calidad de toxicómana y fármaco dependiente de la encartada, y en tal condición, permitiría a estos juzgadores, ajustar el reproche penal a la falta que recoge la figura del artículo 41 de la ley 19.366. En subsidio de la absolucón y recalificación que esboza, requiere se considere a favor de su representada, las circunstancias atenuantes de responsabilidad criminal, contempladas en los numerales 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal, y en el artículo 33 de la ley 19.366, pues la colaboración que ha prestado la encartada reúne las exigencias que el legislador ha previsto para así estimarla.

Valeska Estrella Carrasco Araneda, renunció a su derecho a guardar silencio y en la oportunidad que prevé el artículo 326 del Código Procesal Penal, señaló: *”yo nunca he traficado droga, he declarado, he prestado colaboración a la fiscalía, tengo una hija. Empecé desde niña a consumir, pero nunca he traficado, tengo una pareja y él me sacó adelante, yo era pobre antes, y porque me vi con recursos empecé a consumir más droga y empecé a comprar, y quienes me vendían eran Luis Carlos Aguilera Donoso, y Orlando Cumen Gallardo, a ellos era a quienes yo compraba. Al menos de Carlos Cumen Gallardo yo di su dirección y todo, y no se ha sabido nada, de Luis Carlos igual. Declaré una*

vez cuando me detuvieron, incluso me presionaron, esa vez que yo declaré en la oficina del OS-7, estaba presente el fiscal, estaba "súper mal" ese día, yo no escuché casi nada y aparte me presionaron. Después declaré de nuevo y estaba presente mi abogado. **La droga que fui a buscar a la empresa Pulmann Bus era para mí y para Isaac.** Isaac era un amigo, un cliente de la whiskería, que es un night club, negocio que yo trabajo. Al momento de ser detenida, yo vivía en Chamiza. Isaac era cliente, además nos hacía trabajos de electricidad, él es consumidor." Requerida por el Ministerio Público, a objeto que indique quién le encargó la droga, afirma: "los dos compramos, porque Luis Carlos nos ofreció a nosotros comprar por mayor, la droga era de los dos, y yo la fui a retirar porque en ese lapso, justo me llamaron a mí porque venía una encomienda y yo fui a retirarla. **Antes de esa vez, yo había recibido unas 5 o 6 veces** droga. Yo le dije a la fiscalía eso, ese mismo día que me detuvieron yo declaré eso, o sea **en definitiva la vez que fui detenida era la séptima vez que retiraba.** La función que cumplía en la whiskería, es que la patente está a mi nombre. Yo consumo droga desde los 15 años, comencé con pitos, marihuana, lo que hice hasta los 23 años, y cocaína comencé a consumir desde los 19 años, tengo 24 años, es decir hace 5 ó 6 años, la época en que más he consumido es ésta, porque ahora me he visto con más recursos, y consumo diariamente unos 4 a 5 gramos, durante un día y una noche, consumo 3 a 4 días, y tengo que descansar 1 ó 2 días. De los 70 gramos que fueron encontrados en mi poder, la mitad era para mí, es decir unos 35 gramos, con eso tenía para 15 días. La droga restante sería consumida por Isaac. El valor que tiene un gramo de cocaína, es de \$10.000, pero los 70 grs, los habíamos comprado en \$300.000, el dinero para la compra era a partes iguales. La forma en que consumo la droga es inhalándola. Los efectos que me ha producido la droga, este tiempo que llevo consumiéndola, es que me dejaba más despierta, más alterada, de repente se me hería todo el tabique nasal por dentro, no sé si tengo marcas en el tabique nasal, cuando fui detenida yo estaba drogada incluso. Otros efectos que me ha provocado el consumo de cocaína, es que me ha alterado, me ponía idiota, de repente me ponía más tiesa, se me ponía mi cuerpo duro. Tuve un médico por harto tiempo, cuyo nombre no recuerdo, acá en Puerto Montt, un año antes de que me detuvieran, él me ayudaba,

él pensaba que yo tenía anorexia, porque era "gordita", y empecé a bajar de peso con la droga, incluso, me daba pastillas para que yo no consumiera droga, a él le confesé, que yo consumía, porque a ese tiempo mi pareja no sabía que yo consumía, él me llevó al médico. Con el tratamiento, yo no dejé de consumir, porque igual lo hacía escondida, pero a pesar de eso, él me ayudaba, me ayudaba psicológicamente, era un profesional del área de la nutrición, cuando fui detenida estaba en tratamiento con él. **Yo sabía que la encomienda tenía cocaína.** La droga era enviada desde Santiago, por Luis Carlos a veces, pero yo nunca me fijé en los nombres, porque él la enviaba siempre con nombres distintos. La fiscalía, utilizando las declaraciones que la acusada prestara en la etapa de investigación, y en los términos del artículo 332 del Código Procesal Penal, evidencia una contradicción, en el sentido que en aquella ocasión, ésta señaló respecto al punto que: "lo único que puedo aportar es que la droga es enviada desde Santiago por la Sra. Juana Vallejos, apodada la "yoanna", la cual al parecer vive en la comuna de San Bernardo, y esta droga tenía que entregarla al Sr. Isaac Méndez." Continúa sosteniendo que: "las declaraciones que presté en el Ministerio Público, coinciden casi en su totalidad, no encargaba droga con una pureza determinada, a veces me compraba 5 bolsitas y no me hacía el efecto que cuando a veces me compraba una, la pureza en realidad daba lo mismo, porque igual me la iba a consumir. Empecé a trabajar a los 13, yo tenía que trabajar porque era pobre, tenía que estudiar y tenía 8 hermanos. Yo soy adoptada, a los 3 años me cambiaron de apellido, no conozco a mis padres de sangre, ellos me criaron desde guagua. Yo estaba estudiando cuando comencé a consumir, trabajaba y estudiaba, llegué a trabajar en la noche por una amiga porque igual ganaba más plata, me fui de la casa de mis padres adoptivos como a los 15 años. Ejercí la prostitución, hace como tres años llegué a Puerto Montt, llegué a trabajar en la wisquería y ahí conocí al dueño y me quedé con él. Mi pareja de primero, no sabía que yo consumía drogas, él pensaba que yo sufría de bulimia, de anorexia, porque bajaba de peso. En la whiskería, tuve responsabilidades en la parte administrativa, tenía todo el manejo de las platas y sacaba para consumir sin conocimiento de Huichacura. A Luis Carlos Aguilera Donoso lo conocí en la wisquería, él era vendedor de ropa, supuestamente vendía ropa de noche a las

niñas de la noche. Por él yo me metí más en la droga, él nos empezó a regalar. Isaac Méndez Uribe hacía los arreglos del negocio y era cliente, "correteábamos" juntos y pasábamos mucho tiempo juntos, yo estuve tomando y "Jalando" con él, a veces se quedaba con chicas y se quedaba a veces una semana y no llegaba a su casa y por eso tenía problemas con su señora, yo no me coordinaba con él, para comprar, surgía en forma espontánea. Yo nunca en mi vida he traficado droga. Estoy en tratamiento, de consumo de drogas y alcohol. Me atiende el Doctor Larraguibel, un psiquiatra y una asistente social, una vez a la semana me llevan a la psicóloga y una vez al mes al psiquiatra. Desde dos meses que estoy con ella. La psicóloga de la cárcel me ayudaba de primero, porque estaba con depresión y me quise cortar los brazos y la teniente me lo impidió. Estuve internada en la Clínica Alemana de Puerto Varas para desintoxicarme porque estaba con abstinencia. En el recinto penitenciario, he podido participar en un taller de Cenfa. He tenido otros intentos suicidas, varias veces lo intenté hacer cuando estaba afuera, cuando estaba drogada. La forma que tenía de proveerme de la droga, no era únicamente de la forma en que fui sorprendida, a veces yo compraba a un vendedor de acá de Puerto Montt, que se llama Orlando, él me vendía por bolsitas de \$10.000".

En sus alegatos de clausura, el representante de la acusada, mantiene los fundamentos de su requerimiento principal, solicitando se dicte sentencia absolutoria a favor de la acusada, por no haber logrado acreditar el Ministerio Público, que ésta se encontraba a lo menos en posición de traficar, que ello es esencial, que lo que ha presentado la Fiscalía son meras presunciones, no se llevó a juicio, ninguna persona, a quien Valeska le haya vendido droga. Estima que el dolo que la figura requiere no ha sido probado, obligación que pesaba sobre el acusador, pues el dolo no puede presumirse. Sostiene haber probado la calidad de consumidora de su defendida, fundamentando dicha conclusión, particularmente en los atestados del médico psiquiatra que presentara dicha parte en juicio. Reitera que conforme a los hechos acreditados en la causa, la acusada debe ser condenada de acuerdo a la figura que describe el artículo 41 de la ley 19.366. En subsidio, indica que su representada, ha colaborado eficazmente en la investigación en los términos que

previene el artículo 33 del mismo estatuto normativo, sin perjuicio de estimar, del mismo modo concurrentes las atenuantes consagradas en los numerales 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal, antecedentes todos que permiten rebajar la pena en consecuencia, y otorgar alguno de los beneficios que establece la ley 18.216.

CONVENCIONES PROBATORIAS.

QUINTO: Que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 275 del Código Procesal Penal, las partes dieron por acreditados los siguientes hechos: **1).** Que la imputada doña Valeska Estrella Carrasco Araneda no ha sido condenada anteriormente ni por crimen, ni por simple delito ni por falta; **2).** Que el día 8 de abril del año 2004, alrededor de las 17:45 horas, la acusada concurrió al sector Industrial, Avenida Polpaico N° 755 de la ciudad de Puerto Montt, retirando desde la empresa Pullman Cargo, sección encomiendas, un paquete que venía a su nombre, en cuyo interior existía 69,96 gramos neto de un polvo de color blanco, según da cuenta oficio N° 99 de fecha 8 de abril del año 2004 de la sección OS 7 de Carabineros de Puerto Montt y el acta de recepción N°42-2004 del Servicio de Salud Llanquihual, suscrito por doña María Cristina Courbis Gainza, asesora de farmacia, y don Crispulo Oyarzún Lemus, Carabinero; **3).** Que según protocolo 3237, del 12 de julio del 2004, del instituto de Salud Pública, la sustancia que portaba la acusada y que da cuenta la convención anterior -la convención N°2- es clorhidrato de cocaína y su valoración o pureza es de 63%, según informa la perito químico farmacéutico doña Elizabeth Armstrong González.

ASPECTOS DEBATIDOS

SEXTO: Que teniendo en consideración las alegaciones de apertura y clausura, de los intervinientes, como el contenido de las convenciones probatorias a que arribaron las partes, la discusión se centra, en determinar si en la especie, la droga encontrada en poder de la acusada, se encontraba destinada a su transferencia o distribución a terceros, o por el contrario ésta era para el consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo por parte de la acusada, circunstancia en cuya sede asila su exculpación la defensa. Como asimismo, determinar la concurrencia de las circunstancias modificatorias de responsabilidad.

DESARROLLO

SÉPTIMO: Que sin perjuicio de la discusión de fondo, se debe acreditar en la especie, para estar ante el ilícito de tráfico ilícito de drogas, en la hipótesis que describe la acusación del Ministerio Público, que la acusada, portó y transportó sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas, productoras de dependencia física o psíquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública, que tenía conocimiento de la sustancia que portaba y transportaba, y que ésta se encontraba destinada a su transferencia o distribución a terceros.

PORTE Y TRANSPORTE.

OCTAVO: Que el primer elemento que corresponde determinar a título de tipicidad, es el porte y transporte de 69.96 gramos netos de Clorhidrato de cocaína, de una pureza del 63%, verificado por la acusada al momento de ser detenida.

En tal sentido, particular ilustración nos merece el testimonio del Carabinero **Víctor Córdoba Muñoz**, quien señala que el día 08 de abril del año en curso, mientras se encontraba de guardia en la sección O.S.7 de Carabineros, alrededor de las 10:30 horas, atendió un llamado telefónico del fonodrogas N° 135, en el que una voz masculina le indicó que en la oficina de encomiendas de la empresa Pullman Cargo, se recepcionaría una encomienda que contendría droga en su interior, y que vendría a nombre de una dama "Valeska Estrella". Que ese nombre lo asoció a un antecedente que manejaban en relación a una dama que en su calidad de trabajadora o administradora de un cabareth denominado "Whiskería 2000", se estaría dedicando a la comercialización de droga, entre los diferentes clientes que llegaban al local a efectuar consumos, pero como era una información relativamente vaga nunca pudieron establecerla certeramente. Una vez recibida la información, le dio cuenta de la misma, en forma telefónica, al teniente Flores, quien se recoge a la Unidad, retira el perro detector de drogas, y se traslada a la oficina de encomiendas Pullmann Cargo, allí procede a efectuar una revisión de diferentes encomiendas, y el perro marcó en forma positiva ante la presencia de droga, la encomienda a nombre de Valeska Carrasco Araneda. Posteriormente el Jefe y su personal vuelven a la Unidad, dándole cuenta vía telefónica al Fiscal de turno,

quien da instrucciones y acota que procurará la obtención de una orden de detención y de incautación de la encomienda. Luego de ello, el Jefe de unidad hace una reunión, para planificar un servicio policial en el lugar, al que se le incorpora, por ello se trasladan a la oficina de encomiendas, ubicada en calle Polpaico N° 155 del Barrio Industrial de Puerto Montt, lugar en que se dispone que el cabo Urrutia, permanezca en el interior del local, y él junto a otro colega toman posición en las afueras del acceso al local, alrededor de las 17:30 horas, el cabo Urrutia, les llamó por teléfono, indicándoles que una dama que se identificó como Valeska Carrasco Araneda, había retirado la encomienda, saliendo del lugar, y disponiéndose a abordar un vehículo de color blanco que la esperaba en la parte de afuera. Que como se encontraban a unos 50 metros del lugar señalado, y en los instantes que el vehículo intentaba abandonar el sitio, le detuvieron, observando en el interior a la conductora, y en el asiento trasero como pasajero a una mujer que se identificó como Valeska Estrella Carrasco Araneda, la que llevaba en sus manos, sobre sus piernas, una encomienda, a quien manifestaron que se encontraba detenida por una orden judicial, y diciéndole que la encomienda sería registrada pues tenían una orden judicial para ello. Al manifestarle que estaba detenida, le dieron lectura a sus derechos, en el mismo lugar abrieron la encomienda advirtiéndole que en el interior había un ladrillo tipo construcción, abundante papel de diario y una caja plástica pequeña, con la leyenda, Babyland, el que contenía en su interior una bolsa de nylon con una sustancia blanca. Acto seguido llevaron a la imputada y la encomienda a la Unidad, donde realizaron un análisis de la droga, determinando, luego de la aplicación del test de campo, que consiste en poner sobre un papel engomado una pequeña cantidad de droga, y aplicarle un reactivo químico, denominado cocatest, obteniéndose un cambio en la coloración de la droga, de blanco a color azul turquesa que indica que se está en presencia de cocaína. Se realiza asimismo el pesaje de la droga, en una balanza de la unidad, arrojando un peso de 70,2 miligramos, enterándose después que la droga alcanzó una pureza del 63% lo que permite "patearla", o sea, agregarle otros aditivos, aumentando su volumen, hasta alrededor de 200 gramos, y si se tiene en consideración que por cada gramo se obtienen 4 dosis, la cantidad de ellas aumenta en directa proporción.

El Ministerio Público, pormenoriza y contextualiza, en la dinámica de interrogatorio, el relato del testigo, **al incorporar** como prueba **material N°1** de este juicio, la signada con el numeral 6 de la letra D del auto de apertura, prueba material consistente en una caja de cartón forrada en papel Kraft, color café, en el que aparece el nombre de Valeska Carrasco Araneda, y como remitente “Elisabeth Cabezas Ortega”, **que el testigo reconoce** como el envoltorio en que venía la encomienda que retiró la acusada desde Pullman Cargo; de igual forma **se incorpora** como prueba **material N°2** de este juicio, la signada con el numeral 2 de la letra D del auto de apertura, consistente en 08 páginas de diarios, los que el policía **reconoce** como aquellos que venían en el interior del paquete en que se transportó la droga; continúa el acusador **incorporando** como prueba **material N°3** de este juicio, la signada con el numeral 3 de la letra D del auto de apertura, consistente en un ladrillo tipo fiscal de color rojo, el que deponente **reconoce**, como aquel que venía al interior de la encomienda incautada, el que tendría por finalidad darle un mayor peso y evitar sospechas; finalmente **se incorpora** como prueba **material N°4** de este juicio, la signada con el numeral 8 de la letra D del auto de apertura, consistente en una caja plástica contenedora de 200 tips de algodón, marca Baby tips de Babyland, la que el policía **reconoce** como aquella en cuyo interior, en una bolsa plástica transparente venía la droga.

Forman del mismo modo convicción en el tribunal, los atestados del funcionario del O.S.7 de Carabineros **Críspulo Gustavo Oyarzún Lemus**, quien conteste en sus conceptos esenciales, con la declaración del Carabinero Víctor Córdova Muñoz, ya relacionada, sólo agrega que en la investigación que se desarrolló a fin de determinar el origen y destino de la droga, se procedió a concurrir a diferentes entidades de oficinas de buses y servicios de cargos y encomiendas, diligencia que permitieron establecer que en 07 oportunidades anteriores la acusada había recibido envíos, utilizando para ello buses Cruz del Sur los días 05, 10, 19, 23 y 27 de febrero y 15 de marzo, y por buses Lit el día 16 de febrero, las diferentes encomiendas provenían de la ciudad de Santiago, con diferentes pesos que fluctuaban de 1 a 4 kilos, a nombre de la misma acusada, y figurando como remitente el nombre de “Luz Mecina Baeza”. También señala que en la declaración voluntaria que presta en la unidad policial, la

acusada, admite la recepción de los 07 envíos, y que la droga estaba dirigida a un sujeto de nombre Isaac Méndez. Sobre el contenido, de los 07 envíos pesquisados, ella reconoce que correspondieron a droga. En la agenda del teléfono celular aparecían varios nombres, entre ellos, el de “Méndez”. Que la droga era de muy buena calidad, un 63% de pureza, lo que permite ser “pateada”, aumentado su volumen, bajando su calidad, teniendo en consideración que conforme a los antecedentes que se manejan a nivel nacional el grado de pureza que alcanza la droga que es decomisada en poder de los consumidores no supera el 30%, permite asumir con cierta certeza, que a lo menos se podía doblar el volumen de la droga que fue incautada. Se extiende el policía nuevamente en torno a la investigación tendiente a determinar el origen de la droga, en las que afirma que se pudo establecer que ésta era enviada desde la ciudad de Santiago, por una mujer de nombre Luz Italia Mecina Baeza, antecedentes que se obtienen por los remitentes que aparecían en los diferentes envíos, no siendo un dato que aporte la acusada, pues en su primera declaración sólo señala que la droga se la envía una mujer de nombre Juana Vallejos. Conforme a lo anterior se viaja a Santiago, lográndose detener a Luz Italia Mecina Baeza, en Pje Santa Eduvigis N° 1729 de la comuna de El Bosque, la que mantenía dos órdenes de aprehensión, emanadas del 7° Juzgado del Crimen de San Miguel por Infracción a la ley de drogas, la indicada es detenida portando dos papelillos de pasta base de cocaína, que es una mujer que se encuentra sumida en la pasta base, la que no coordinaba pensamiento ni movimientos, que si pesa 35 a 40 kilos es mucho, la que difícilmente pudo haber efectuado los envíos. Señala que posteriormente y apoyados en la segunda declaración que presta la acusada, se procede a allanar el domicilio de Luis Carlos Aguilera Donoso, sindicado por la acusada, como la persona a quien ella le habría comprado droga, y le habría enviado en las 07 ocasiones anteriores, ubicado en calle San Alfonso N° 82 de la comuna de San Bernardo, no lográndose encontrar droga en el mismo, ni ningún antecedente que permitiera vincularlo con la investigación de estos hechos. A él se le ubica, se le toma declaración, quien coopera y niega su participación en los hechos, diciendo que solamente tenía un cierto grado de amistad y de comercio, pues se dedicaba a vender ropa a mujeres de locales nocturnos. Sostiene que tam-

bién se entrevistó en Puerto Montt, a don Isaac Méndez, no determinándose participación en los hechos. Que en cuanto al destino de la droga, policialmente se logró establecer que ésta, estaba destinada para ser comercializada y consumida al interior del local "whiskería 2000", pues la acusada es administradora y vive en dicho local, a los que se suman antecedentes anteriores que manejaban en el mismo sentido. Finalmente afirma, que si bien es cierto los diversos paquetes aparecían remitidos por Luz Mecina Baeza, no se logró establecer la identidad de la persona que en definitiva enviaba la droga, pues conforme a las características físicas y psíquicas de la referida, policialmente les resultaba prácticamente imposible que ella fuera la persona que hacía los envíos. Que la persona de Juana Vallejos, correspondía al nombre del conviviente de Luz Mecina Baeza, domicilio que fue allanado, sin encontrar droga ni elementos que permitieran vincularla a la investigación.

El Ministerio Público, pormenoriza y contextualiza, en la dinámica de interrogatorio, el relato del testigo, **al incorporar** como prueba **material N° 5** de este juicio, la signada con el numeral 12 de la letra D del auto de apertura, prueba material consistente en una orden de transporte de la empresa Pullman Cargo N° 5571859 de fecha 06 de abril de 2004, en el que se consigna como destinatario el nombre de Valeska Carrasco Araneda, el **que el testigo reconoce** como aquel que da cuenta del envío de la encomienda que fue incautada al momento de la detención; de igual forma **se incorpora** como prueba **material N° 6** de este juicio, la signada con el numeral 4 de la letra D del auto de apertura, consistente en 06 fotografías de la evidencia encontrada, en las que exhibidas al testigo por sistema de data show, logra **reconocer** en las fotografías N° 1 y 2 el envoltorio en que venía el paquete incautado en poder de la acusada; en las fotos 3 y 4 todos los elementos que venían en el interior del paquete mencionado. Pudiendo agregar a este reconocimiento el tribunal, que en ellas es posible observar la ubicación del ladrillo fiscal incorporado como evidencia material, los papeles de diario que le rodeaban, y en una de las esquinas del paquete la caja de plástico transparente de tips en que venía la droga (foto N° 4); en las fotos N° 5 y 6 dos acercamientos de la droga en su bolsa de plástico transparente, y al fondo de la misma la caja en cuestión; finalmente señala que las fotografías las tomó él mismo;

de igual manera **se incorpora** como prueba **material N° 7** de este juicio, la signada con el numeral 5 de la letra D del auto de apertura, consistente en 12 fotografías del teléfono celular N° 09-8868818, Motorola, ENTEL PCS; en las que exhibidas al testigo por sistema de data show, logra **reconocer** en las fotografías N° 1 y 2 una panorámica anterior y posterior del teléfono celular, que según indica corresponden al que la acusada llevaba consigo el día que fue detenida; en la fotografías N° 3 y 4 un acercamiento de la pantalla del celular en el que aparece el directorio del mismo, y en una de ellas algunos nombres, refiriéndose particularmente al de "Méndez"; que según afirma, según las primeras declaraciones que prestara apenas detenida, sería la persona a quien estaba destinada la droga; en la foto N° 5, nuevamente el nombre de "Méndez"; en la foto N° 6 el nombre de "Beby"; en la foto N° 7 el nombre "local", en la foto N° 8 nuevamente el nombre "Méndez", en la foto N° 9 el nombre "Negra"; en la foto N° 10 la parte posterior del celular sin cubierta advirtiéndose su código de barra y nomenclatura de identificación; en la foto N° 11 la batería del teléfono; y en la foto N° 12 un acercamiento de la pantalla en el que aparece el menú. Siempre en la contextualización de la narración del testigo, **se incorpora** como prueba **material N° 8** de este juicio, la signada con el numeral 1 de la letra D del auto de apertura, consistente en un celular marca motorola ENTEL Pcs, N° 09-8868818, el que exhibido al policía, lo **reconoce** como el que portaba la acusada en la ocasión en que fue detenida; del mismo modo **se incorpora** como prueba **material N° 9** de este juicio, la signada con el numeral 7 de la letra D del auto de apertura, consistente en una bolsa de nylon transparente, la que exhibida al deponente, la **reconoce** como el contenedor de la sustancia, clorhidrato de cocaína, incautada a la imputada al momento de detenerla; igualmente **se incorpora** como prueba **material N° 10** de este juicio, la signada con el numeral 9 de la letra D del auto de apertura, consistente en un papel blanco con una mancha azul turquesa, la que exhibida al deponente, la **reconoce** como la prueba de campo llamada coca test, que él mismo realizó a una pequeña muestra de la sustancia encontrada en poder de la acusada, y que el color que arrojó es positivo a la presencia de cocaína.

En la dinámica de interrogatorio del testigo, y a propósito que logren ser reconocidos por el agen-

te policial, el Ministerio Público procede, mediante lectura resumida a **incorporar** como **prueba documental N° 1** de dicha parte, en este juicio, el documento signado con el numeral 3 de la letra C del auto de apertura, al siguiente tenor: "Certificado" *Certifico que verificado en sistema despachos de encomiendas desde Sur San Bernardo, cuyo remitente sería Luz Mesina Baeza desde el día 09/04/2004 a la fecha no se registran otros despachos a nombre de Valeska Carrasco y otros destinatarios. María Angélica Scháfer A, Jefe Encomiendas, Puerto Montt, Transportes Cruz del Sur Ltda.. Puerto Montt, 20/08/2004, el que exhibido al testigo lo reconoce como el documento que se compadece con el contenido que se ha leído, el que recabó personalmente de la persona que aparece firmándolo; del mismo modo se **incorpora** como **prueba documental N°2**, en este juicio, al documento signado con el numeral 4 de la letra C del auto de apertura, al siguiente tenor: *Pullman, 5571859 orden de transporte destinatario Valesca Carrasco, comuna San Bernardo, destinataria comuna de Puerto Montt, el que el testigo reconoce como aquel que fuera incautado al momento en que la acusada retiró la encomienda de la mencionada empresa al momento de ser detenida; asimismo se **incorpora** como **prueba documental N°3**, en este juicio, al documento signado con el numeral 5 de la letra C del auto de apertura, al siguiente tenor: *Salida tecla impresión, un número, Chiloé, dispositivo de pantalla, un número y letra, usuario, aparece una clave, estado individual de boletas, número 13.696.140, 18 de agosto 04, origen agencia 530 San Borja, fecha 03 de marzo de 2004, hora 16:21, destinatario, Isaac Méndez Uribe, contenido una caja, peso 2,20 kilos, remitente Comulga, un timbre de O.S.7; el testigo lo reconoce como el comprobante de recepción de encomienda, donde figura el nombre de Isaac Méndez Uribe, que lograron obtener en la agencia de Buses Cruz del Sur; de igual manera se **incorpora** como **prueba documental N° 4**, en este juicio, al documento signado con el numeral 10 de la letra C del auto de apertura, al siguiente tenor: *Tracking solicitado, aparece un nombre Boleta de Ventas y Servicios N° 3188551, entregado a Sr. Valeska Carrasco Rut N°16.690.894-K, en la agencia de Puerto Montt, remitente Luz Mecina Baeza, aparece un rut Santiago San Bernardo, un timbre del O.S.7, el que el testigo reconoce como el comprobante de recepción de encomien-****

*da, que lograron recabar desde la empresa de buses Lit, en el que aparece el nombre de Valeska Carrasco y Luz Mecina Baeza; de igual forma se **incorpora** como **prueba documental N° 5**, en este juicio, al documento signado con el numeral 11 de la letra C del auto de apertura, al siguiente tenor: *Salida tecla impresión, un número, Chiloé, dispositivo de pantalla, un número y letra, usuario, aparece una clave, estado individual de boletas, número 13.509.903, boleta contado retirado por cliente en oficina, origen agencia San Bernardo, fecha 15 de marzo de 2004, hora 16:30, destinatario Valesca Carrasco Araneda, contenido un paquete, peso 4,00 kilos, remitente Luz Mecina Baeza un fono y otros datos. El testigo lo reconoce como el comprobante de recepción de encomienda, donde figura el nombre de la acusada, y que lograron obtener en la agencia de Buses Cruz del Sur; Finalmente y del mismo modo, utilizando lectura resumida, se **incorporan** como **pruebas documentales N° 6, 7, 8, 9 y 10**, en este juicio, a los documentos signados con los números 12, 13, 14, 15 y 16 de la letra C del auto de apertura, respectivamente, todos los que siguiendo el mismo tenor de los relacionados con precedencia, se corresponden con comprobantes de retiro de encomiendas de la empresa Cruz del Sur, en los que aparece como destinataria la acusada, y como remitente el nombre de Luz Mecina Baeza, de fechas 27, 23, 19, 10 y 05 de febrero de 2004, respectivamente, todos los que el funcionario policial reconoce como recibos que otorga la empresa Cruz del Sur y que se encuentran en la base de datos de registro de retiro de encomiendas de esa empresa, documentos que lograron recopilar durante el proceso de investigación y que evidencian la cantidad de veces, desde febrero a la fecha de la detención, en que se recibieron envíos por la imputada.**

Que del mismo modo y complementando las declaraciones anteriores, asiste a la convicción del tribunal, el testimonio del Jefe de la sección O.S.7 de Carabineros de Puerto Montt, teniente **Fernando Flores Vergara**, quien ratifica total y plenamente las narraciones que han prestado en audiencia los funcionarios policiales Oyarzún y Córdova, ya relacionadas con precedencia, complementándolas sólo en el sentido, que él fue testigo directo de las declaraciones que prestara la acusada en las dos oportunidades que ésta las formulara en la etapa de investigación. Debiendo anotarse respecto de

todos ellos, que a instancias de la fiscalía **reconocen a la acusada** como a la persona que detuvieron en la ocasión en que se verificó el procedimiento policial que culminara con la incautación de la droga.

Contribuyen también, a formar convicción en el tribunal, en relación al elemento típico que se viene asentando, las convenciones probatorias signadas con los numerales 2 y 3 del auto de apertura, literalmente transcritos en el motivo quinto de este fallo, y que en lo pertinente permiten tener como hechos establecidos que el día 08 de abril, la acusada retiró la encomienda desde la sección encomiendas de la empresa Pullman Cargo, un paquete que contenía 69,96 gramos netos de clorhidrato de cocaína de una pureza del 63%, siendo detenida mientras la transportaba en el interior de un vehículo de alquiler.

REQUISITOS DE LA SUSTANCIA ILÍCITA.

NOVENO: Que un segundo elemento normativo, en el análisis que se viene intentando lo constituye, el requisito que formula el artículo 1° inciso primero de la ley 19.366, debidamente relacionado con el artículo 1° del Decreto N° 565 del Ministerio de Justicia, que constituye el reglamento respectivo, en cuanto en la especie se requiere que la sustancia encontrada en poder de la acusada, sea de aquellas sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública.

En este sentido, a priori, baste consignar que la cocaína aparece en el listado que consigna el artículo 1° del reglamento de la ley 19.366, como una de aquellas que provoca los efectos y posee las características que se han relacionado.

Que a mayor abundamiento en tal sentido el Ministerio Público, hizo comparecer a estrados a la perito químico farmacéutico del Servicio de Salud **María Cristina Courbis Gaínza**, quien señaló que presta declaración en los términos que dispone el artículo 26 inciso 5° de la ley 19.366, en el caso concreto, la peligrosidad que reviste para la salud pública la cocaína, que como servicio, recibieron la droga incautada, que resultó con una pureza del 63%, que se debe distinguir entre tráfico lícito del ilícito, que el lícito se refiere netamente a lo que está

contemplado o permitido por el Código Sanitario y el Reglamento de Estupefacientes y es netamente para el uso médico, y éste está controlado en todas sus fases, el uso médico que se le ha dado a la cocaína, es básicamente como anestésico local en intervenciones de índole oftalmológicas y de otorrinos, y también para uso científico y de investigación. En Chile en este momento, no se usa en absoluto, este producto, ya que hay otros medicamentos que han reemplazado a la cocaína con este efecto que se ocupaba. En cuanto al tráfico ilícito, es el uso ilegal de la sustancia y que está penado tanto por la ley, como por el Código Sanitario. En cuanto a los efectos de la cocaína, produce un efecto en el sistema nervioso central, produciendo estimulación, y estos efectos el efecto anestésico no es el aprovechado en el fondo por las personas que trafican, sino que los efectos de esta estimulación, y en este caso, el efecto es básicamente a nivel cortical, que es la ausencia de sueño, disminución de la fatiga, la persona se siente más despierta, más activa, y esos son los beneficios que se buscan. Si la persona que consume esta droga, con el tiempo, se va convirtiendo en una persona adicta y por lo tanto va a producir una serie de daños a su salud, como al entorno, porque la persona, no es responsable, pierde su dignidad y por lo tanto no tiene el rendimiento que corresponde. Afirma la experta, que la droga incautada, tenga una pureza del 63% significa que un 37% corresponde a otros aditivos y el 63% a cocaína clorhidrato. Indicando que la pureza de la droga que se incauta en Chile a nivel de micro tráfico, presenta de habitual una pureza que no supera el 30%, la droga que llega del país de origen, Perú, Bolivia y Colombia, es de un 85 a un 90 por ciento, según estudios. Sostiene que la droga se puede aumentar por dilución, con sustancias como medicamentos o azúcares.

USO PERSONAL EXCLUSIVO Y PRÓXIMO EN EL TIEMPO.

DÉCIMO: Que el Ministerio Público ha sostenido en sus alegaciones, que en la especie, no se verifica el elemento negativo del tipo alegado por la defensa, particularmente que la droga encontrada en poder de la acusada, haya estado destinada a su consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. Por su parte la defensa, ha sustentado esta pretensión, fundamentándola principalmente en la cali-

dad de toxicómana de su representada pretendiéndola acreditada principalmente por los atestados del perito psiquiatra que ha hecho comparecer a estrados, como de un médico de urgencia, como de una psicóloga todos traídos para dichos efectos, sin perjuicio de a lo menos dos documentos acompañados en el mismo sentido.

Que efectivamente la defensa hizo comparecer a estrados en calidad de perito al médico psiquiatra **Edwin Agustín Krögh Rivas**, quien señaló que atendió como paciente a la acusada, en mayo del año en curso, durante 07 días, durante una hospitalización que ella mantuvo en la Clínica Alemana de Puerto Varas, el motivo de la hospitalización fue haber presentado un síndrome de abstinencia, muy probablemente a cocaína, por el cual fue tratada, hasta el momento en el cual ella fue llevada y recluida en Chin-Chín. Interrogado por la defensa el facultativo sostiene que la paciente mantiene una dependencia química a la cocaína, lo que deduce del antecedente que ella le refiere en cuanto relata haber consumido cocaína, y presentaba síntomas clásicamente atribuidos a un síndrome de abstinencia de cocaína, cuales son síntomas depresivos, inquietud, temblor, momentos de agitación psicomotora, y deseos profundos por volver a consumir el estupefaciente además de presentar deseo e incluso sueños por consumir esta sustancia. La hospitalización se verifica a propósito de la intensidad de los síntomas. Los síntomas de abstinencia pueden presentarse desde unos pocos días a 15 días. Que para superar el cuadro recetó un medicamento respiridona, que es una droga antisicótica, que utilizada en dosis bajas sirve como modulador de la conducta y de la impulsividad y del deseo de consumo.

Que en el mismo sentido, la defensa presenta al médico cirujano **Mauricio Espinoza Ortega**, quien señala que en su calidad de médico del Servicio de Urgencia de la Clínica los Andes, le corresponde atender a la acusada, la que presentó en la ocasión, una crisis angustiosa depresiva, que se evidenciaba desde el punto de vista físico por una expresión corporal acorde a ello, físicamente muy temblorosa, taquicárdica con mucha labilidad emocional, por ello se le indica diazepam intramuscular, sin pretender resolver el problema de fondo, que se relaciona con su contexto biográfico, según se indicó en la ficha, afirmando que recuerda haber hablado con ella, pero no el contenido de la misma. La

defensa contextualiza la declaración del testigo, **incorporando** mediante lectura resumida, como prueba **documental N° 1** de dicha parte en este juicio, la signada con el **numeral 2 de la Letra C** del auto de apertura, consistente en ficha clínica de urgencia de Clínica Los Andes, al siguiente tenor: *"Datos del paciente, Valeska Carrasco Araneda, fecha de admisión 06 de mayo de 2004, médico de turno, Mauricio Espinoza Ortega, paciente ingresa muy angustiada y estresada por su contexto biográfico, temblor corporal, crisis ansiosa depresiva, I.C. psiquiatría, Dr. Larraguibel, indicaciones de urgencia, diazepam 1 mg, una ampolla de IM"*, documento que el testigo reconoce al exhibírsele, como el extendido por él, en la oportunidad, aclarando que la atención prestada al paciente, es en el contexto de una consulta de urgencia, que no busca resolver el problema de fondo.

Del mismo modo la defensa, hace comparecer, en calidad de testigo, a la psicóloga del Centro de Cumplimiento Penitenciario de Puerto Montt, doña **Elizabeth Herrera Gálvez**, la que no obstante referir haber atendido a la acusada en tres ocasiones, la primera de ella, derivada por la asistente social, para hacer una entrevista de contención, presentaba un estado bastante ansioso, y un estado de ánimo muy bajo, y por ello, se estimó necesario un apoyo terapéutico. Las personas procesadas e imputadas, presentan estos estados porque como no tienen clara su situación futura, ello genera mucha ansiedad. En todo caso, con posterioridad no continuó atendiéndola.

Finalmente con la misma intención aludida, la defensa, mediante lectura resumida, incorpora a juicio como prueba **documental N° 4** de dicha parte el documento signado con el **numeral 1 de la letra C** del auto de apertura, un certificado médico, al siguiente tenor: *"Dr. Jorge Matte Hiriart, endocrinología y Diabetes, nombre paciente: Valeska Carrasco, Rp. Dr. Sabla Yunnes, estimado colega, le envío a la Sra. Valeska Carrasco Araneda, de 23 años de edad, para orientarla y tratarla. Ella presenta un cuadro de toxicomanía, muchas gracias, 04/05/2004"*.-

Que analizadas las pruebas de la defensa, desde la perspectiva de los principios de la lógica y máximas de la experiencia, por sí solas resultan insuficientes para tener por acreditadas las circunstancias que en esta parte pretende construir. Si algo logra probar el defensor, sin miedo a equívoco, es

que la acusada, en algún momento de la etapa de investigación y con posterioridad a la fecha de su detención, presentó cuadros de ansiedad y depresivos, esto es así determinado, por los distintos facultativos que le examinaron. Lo anterior, lo ratifica el propio perito de la defensa, al indicar en el contra-interrogatorio que la paciente consulta con él, por presentar montos muy grandes de ansiedad, y llanto fácil. Cosa distinta es pretender desprender del conjunto de probanzas que se han relacionado, la toxicomanía alegada, pues si bien el experto presentado, por dicha parte así lo estima, no apoya sus apreciaciones en ningún examen concluyente, es más, acreditado como quedara que éste era asesor del Conace Regional, no fue capaz de dar respuesta al acusador fiscal, sobre la clasificación que este organismo hace en torno a las personas que presentan adicciones, y sólo una vez que éste se la recuerda, indica que la acusada se ubica en la adicción más severa, fundamentando dicha conclusión, en el síndrome de abstinencia que él mismo ha consignado. Sin embargo el diagnóstico que formula el experto es doble, *síndrome de abstinencia a cocaína, en concomitancia a un trastorno de ansiedad generalizado*. Son dos diagnósticos distintos, y conminado a aseverar si había realizado algún otro tipo de exámenes que permitieran validar científicamente sus aseveraciones, sostiene haber practicado un examen de orina, el que en todo caso resultó negativo, lo que implica que durante las 24 horas que precedieron al examen la paciente no había consumido droga. Que aun más, preguntado si conocía algún tipo de exámenes que lograran determinar el consumo de drogas en un tiempo más prolongado, afirma que nunca ha hecho ninguno, pero que sabe que existe el de pelo, pero que nunca lo ha realizado y que no sabe cómo se practica. Situaciones ambas que no se condicen con la calidad de diplomado que señala tener en adicciones. Tampoco avala al facultativo en sus condiciones el medicamento indicado a la paciente, la respiridona, pues es él mismo quien afirma que este no es exclusivo para toxicomanías. Finalmente tampoco avalan, las conclusiones del facultativo, la circunstancias anotadas por el Ministerio Público, cuando al consultarle si en su vida profesional ha observado en adictos estigmas en la región nasal, sostiene que sí, y al preguntarle si había podido advertir los mismos en la acusada sostiene que no los advirtió porque no examinó su naso faringe, examen que omitió, según

señala porque ésta se encontraba muy ansiosa y con intranquilidad psicomotora, aduciendo que posteriormente cuando estuviera más tranquila lo realizaría, sin embargo, no lo hizo finalmente, pues después de siete días se la llevan a Chin-Chín.

El conjunto de observaciones que se han relacionado, unidas al nulo aporte que significan los testimonios del médico de urgencia de la Clínica Los Andes, como de la Psicóloga del Centro de Cumplimiento Penitenciario de Puerto Montt, contestes ambos en el estado de ansiedad que presentaba la acusada, en las ocasiones que ambos le observan. Similar calidad puede predicarse respecto de la prueba documental N° 4 ya que sólo corresponde a una especie de interconsulta hecha por un endocrinólogo, que no se basta asimismo para atribuirle algún tipo de valor o consistencia probatoria en los términos que se pretende.

Similar categorización deben recibir en el contexto anotado el testimonio del conviviente de la acusada **Guillermo Huichacura Koqui**, en cuanto sólo da cuenta de haber sorprendido en alguna ocasión a su pareja, consumiendo cocaína, inculpar a terceros del aprovisionamiento de la sustancia, y de haber despedido a personal que durante algún tiempo trabajó en la "Whiskería 2000" por supuestas acciones de promoción del consumo entre sus empleadas. Tampoco aportan en este sentido y restan irrelevantes a las conclusiones, el contrato de arrendamiento, y la copia fotostática de la patente municipal del mencionado local, que como pruebas documentales números 2 y 3 respectivamente, son incorporadas a juicio por la defensa. Nada aportan en este sentido, ni en ningún otro, los testimonios de **Carlos Gallardo Vidal**, **Cristián Reyes Risco** y **Marcela Lascani Soto**, por referirse a aspectos generales, que ni siquiera fueron abordados por la defensa en sus alegatos de clausura.

Que amén de la insuficiencia de las pruebas referidas, las conclusiones que vienen esbozando estos sentenciadores, se ven apoyadas también desde la perspectiva de la ciencia médica, toda vez, que el Ministerio Público, presentó a estrados al Médico Psiquiatra **Mauricio Jeldres Vargas**, quien en lo pertinente, señala que la acusada al principio de la entrevista clínica hablaba un poco enlentecida, con inhibición psicomotora, lo que ella atribuye a las dosis de 2,5 de respiridona, que estaba tomando, por un tratamiento de desintoxicación, pero al

poco andar la entrevista se hizo más fluida. Que la acusada se observó concordante ideo afectivamente, muy cuidada en su aspecto personal. Afirma que durante todo momento insistía en que ella se encontraba en una situación, no buscada minimizando los hechos, atribuyéndolos a su calidad de consumidora de cocaína. Sin embargo no quedaban claros los síntomas de privación por cocaína, no habían elementos claros de la dependencia a la coca, se diagnosticó, una persona con algunos rasgos anormales de personalidad, con algunos elementos ansiosos, pero sin depresión. Señala que el síndrome de privación, se da al segundo o tercer día, de suspendida la ingesta, y que a los 15 días debe ceder el síndrome. Los síntomas de privación, se presentan a la vista de cualquier persona, son inobjektivos, es posible observar en esa condición a una persona muy irritada, angustiada, con inquietud psicomotora, sudoración profusa, franca irritabilidad, eso es manifiesto, esos síntomas no se presentaban en la acusada. Ni siquiera en aquello que ella relataba como sintomatología. Las declaraciones que presta la perito psicóloga **Alexandra Aranda Martínez**, toda vez que dan cuenta de una experticia verificada en forma conjunta, con el facultativo Jeldres, no hacen sino ratificar los conceptos y conclusiones expuestas por el médico, a cuyo análisis se debe entender remitidas.

Que las conclusiones a las que arriban los peritos presentados por el Ministerio Público, se encuentran incluso legitimadas, del mayor reparo que les formulara la defensa, en orden al escaso tiempo ocupado en diagnosticar la calidad de no adicta de la acusada y del método ocupado en el mismo, por el propio experto presentado por dicha parte, en cuanto ante preguntas de la propia defensa, afirma que el método de entrevista clínico fenomenológico, (que es el que ocupan los expertos) pretende dar cuenta de que aquellos elementos psicopatológicos presentados por el paciente se corresponden a aquellos observados por la persona, o sea indagar la sintomatología con lo que se presenta, no induciendo y no coligiendo algo que no se presenta. Y ante la pregunta que hace el abogado defensor al experto en orden a si a través de una entrevista de una hora, siguiendo una entrevista clínica fenomenológica se podría diagnosticar una adicción a la cocaína, señalando que sí se puede, socavando de esta forma los reparos de la defensa en tal sentido.

UNDÉCIMO: Que sin perjuicio de indicar que las anotaciones señaladas en el motivo que precede, analizadas desde la perspectiva de la ciencia médica, resultan suficientes para desechar la calidad de adicta que se le pretende atribuir a la acusada, existen otros antecedentes, que relacionados debidamente conforme a las reglas de la lógica y máximas de la experiencia, permiten sostener sólida y congruentemente las conclusiones anotadas, antecedentes y relaciones que además no solo permiten desvirtuar la hipótesis que adelanta la defensa en torno a la destinación al consumo exclusivo y próximo en el tiempo de la droga encontrada en poder de la encartada, sino que construir en forma independiente, categóricas, graves y precisas presunciones fácticas de tráfico.

Efectivamente en el sentido que se viene argumentando, especial mención deben merecernos, por la oportunidad en que fueron prestadas, las primeras declaraciones que formula la víctima no sólo en la unidad policial, sino las respuestas que da a los aprehensores, en los instantes mismos, en que la detención se verifica, al afirmar que la droga iba destinada a Isaac Méndez, que se le enviaba desde Santiago, por una persona que tiene su domicilio en San Bernardo, de nombre Juana Vallejos, y que en 07 oportunidades anteriores se le había enviado droga desde Santiago, en similar forma.

Cada una de las informaciones que se han referido, se encuentran válidamente respaldadas por las probanzas que han sido introducidas a Juicio, por ejemplo, los atestados del agente Flores González, en cuanto indica que en el primer tiempo de detención de la acusada, su teléfono celular debe haber sonado unas siete veces, pudiendo advertirse en el menú de pantalla la expresión "Méndez llamando"; es el mismo policía el que nos indica que en el desarrollo de la investigación, se logró determinar que la droga era enviada desde la ciudad de San Bernardo, y que entre otros domicilios, se allanó el inmueble de una tal "Juana Vallejos", que resultó ser la madre del conviviente de Luz Mecina Baeza, esta última la persona que aparecía remitiendo los paquetes enviados a la acusada; de igual modo logró ser acreditado, por la prueba documental incorporada a juicio, debidamente ratificada por el reconocimiento que de la misma hace el agente Oyarzún, un total de 07 comprobantes de retiros de encomiendas, desde las secciones de cargo de las

empresas de buses Cruz del Sur y Lit, verificadas los días, 05, 10, 16, 19, 23 y 27 de febrero y 15 de marzo de 2004, en las que aparecen consignados como remitente el nombre de Luz Mecina Baeza, y como destinatario, el nombre de la acusada, circunstancias que por lo demás la propia acusada reconoce al prestar declaración en la audiencia de juicio oral, indicando que el contenido de los paquetes era de droga, la que eso sí en la primera declaración afirma recibir para entregar a Isaac Méndez, en juicio señala que era para ser consumida por ambos.

De cierto es que, si damos por unos momentos credibilidad a las dos afirmaciones de la acusada, en torno a que ella recibía la droga para ser consumida, y que en un periodo inferior a 45 días, recibió un total de siete envíos, las reglas de la lógica excluyen una u otra. Efectivamente, no resulta apegado a las reglas señaladas ni tampoco las máximas de la experiencia indican, que dichos envíos, si eran droga, hayan estado destinados al consumo, por lo demás la propia acusada ha señalado que el contenido de la última encomienda lo consumiría en un total de 15 días, hipótesis que excluye por sí sola, varios de los envíos recibidos.

Que de la forma que se anota, y en el breve ejercicio lógico y empírico que se hace, resulta absolutamente ratificada la convicción que les asiste a estos sentenciadores en orden que de ninguna forma se logró acreditar que la sustancia encontrada en poder de la acusada haya estado destinada a su consumo exclusivo y próximo en el tiempo, y sin perjuicio que de la circunstancia, acotada, considerada como ha sido, un elemento negativo del tipo, fluye necesario tener, de acuerdo a lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 5° de la ley 19.366, las presunciones de tráfico, dichas alternativas se ven ratificadas en concreto por las consideraciones anotadas con anterioridad.

DUODÉCIMO: Que a priori podemos señalar que el relato de los funcionarios aprehensores, como de los peritos presentados por el Ministerio Público, latamente relacionados, impresionaron a estos sentenciadores como verdaderos, pues se trató de narraciones, precisas directas y coherentes.

Que del mismo modo, se puede agregar que éstas resultaron verosímiles, tanto objetiva como subjetivamente.

Desde el punto de vista objetivo, dichos relatos resultan verdaderos en la medida que tanto las afirmaciones que ellos hacen respecto a los hechos que pudieron percibir en forma directa, a través de sus sentidos, como de las deducciones que por su trabajo profesional acotan en audiencia, resulta apegadas a la lógica y máximas de la experiencia, conclusiones que por lo demás se ven apoyadas desde la perspectiva del referente gráfico de las impresiones fotográficas exhibidas en audiencia e incorporadas al juicio, en las que es posible observar, la forma en que fue enviada la droga, y la forma en que es recibida. Que por último es la propia acusada, la que con su circunstanciada narración de hechos, permite articular los asertos de los funcionarios.

Que desde el punto de vista subjetivo, las expresiones vertidas por cada uno de los deponentes, también resultan creíbles, pues no logró ser establecido en el desarrollo del juicio, que éstos tuvieran tendencias fabuladoras, o que les motivaran sentimientos de enemistad, odio, o resentimiento hacia la acusada.

HECHOS ACREDITADOS

DÉCIMOTERCERO: Que de esta forma podemos concluir que con el mérito de las convenciones probatorias, como de la prueba producida e incorporada al juicio, apreciada en forma libre por el Tribunal, pero respetando los principios de la lógica y las máximas de la experiencia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, se pudo establecer la efectividad de los hechos imputados por el Ministerio Público, esto es, en lo pertinente, que el día 08 de abril de 2004, alrededor de las 17:45 horas, la acusada concurrió al sector Industrial, Avenida Polpaico N° 155 de la ciudad de Puerto Montt, retirando desde la empresa Pulmann Cargo, sección encomiendas, un paquete que venía a su nombre, remitido desde la ciudad de Santiago, en cuyo interior contenía 69,96 gramos de peso neto, de clorhidrato de cocaína, de una pureza del 63%, contenido, que la destinataria conocía previamente. Que en los momentos en que se retiraba del lugar, como pasajera en un vehículo de alquiler, portando el mencionado paquete fue detenida por personal del O.S.7 de Carabineros. Que no existía autorización competente que justificara la posesión de la droga, que no estaba destinada a la

atención de un tratamiento médico, ni al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo por parte de la acusada.

CALIFICACIÓN JURÍDICA

DÉCIMOCUARTO: Que los hechos que se han tenido por acreditados, resultan constitutivos del delito de **tráfico de sustancias o drogas estupefacientes**, previsto en el artículo 5° en relación con el artículo 1° de la ley 19.366 y con el artículo 1° de su respectivo reglamento y sancionado en la primera de las normas mencionadas, por cuanto se encontró portando y transportando, unas sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas, productoras de dependencia física o psíquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública, no justificándose su tenencia mediante la autorización competente, como tampoco que haya estado destinada a la atención de un tratamiento médico o a su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo.

DÉCIMOQUINTO: Que a propósito de la calificación jurídica que se ha determinado, en relación a los hechos que se han tenido por acreditados, valga responder a las alegaciones de la defensa, en orden a que no se logró justificar por algún medio directo el tráfico de drogas que se imputa a su representada.

Al respecto sólo valga acotar que sin perjuicio de la posesión que se ha tenido por establecida, circunstancia que la propia acusada por lo demás reconoce, la cantidad de droga encontrada, el tipo y pureza de la misma, como las demás circunstancias que se han anotado en torno a la periodicidad a que respondía el envío, no permiten sino imponer como única conclusión, que la droga estaba destinada a su transferencia o distribución a terceros. Circunstancia que por lo demás la misma acusada reconoce, aun en la hipótesis que formula al declarar en juicio, cuando sostiene que la droga estaba destinada asimismo para el consumo de un tercero, el que de esta forma se está facilitando.

Que por lo demás, el delito que nos ocupa, y que recoge el artículo 5° de la ley 19.366, es de aquellos denominados en doctrina como *de emprendimiento*, en los que según Jakobs, citado por Polittoff y Matus, en Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes, pag. 121, el comportamiento delictivo consiste en una intervención cuantitativa-

mente indeterminada en una empresa antijurídica ya existente o iniciada por el autor. Así las cosas y tal como lo afirman los autores mencionados, el delito que describe el artículo 5° de la ley que nos ocupa, y que consiste en la participación indeterminada en una actividad criminal iniciada o no por el autor, en este evento el ciclo del tráfico ilícito de estupefacientes, o más certeramente el conjunto de actos conducentes a la indebida puesta a disposición de los consumidores finales de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, debiendo entenderse esto como materia de la prohibición amparada por la ley 19.366.

Que con los razonamientos anteriores no se pretende admitir que estemos en presencia de un delito de peligro en abstracto, ni que las presunciones contenidas en el artículo 5° de la ley sólo puedan desvirtuarse probando alguna de las circunstancias que el inciso segundo de la referida norma señala, como lo pretendió en este evento la defensa, sino que ellas tienen un carácter eminentemente enunciativo, ni que la prueba de descargo sólo deba ser producida por la defensa, sino que por el contrario, y tal como lo ha resuelto con anterioridad este tribunal, la exculpación puede devenir perfectamente de las pruebas que rinda el propio acusador institucional; sin embargo, ninguna de las alternativas anotadas han logrado ser establecidas por la defensa, ni derivadas de la prueba del ministerio público, deviniendo necesaria entonces las circunstancias que se han tenido por acreditadas, y que en esta parte nos obligan a decir, que en la especie, se ha acreditado la existencia de un peligro cierto y real, para el bien jurídico protegido, a la sazón, la salud pública, como consecuencia de las acciones atribuidas a la acusada, en la contextualidad que se ha tenido por reconocido en los motivos que preceden.

PARTICIPACIÓN

DÉCIMOSEXTO: Que la participación de la acusada en los hechos relacionados con precedencia, se encuentran acreditados, a lo menos, por la incriminación directa que a su respecto hacen los funcionarios aprehensores, en cuanto sostienen haberla detenido portando la droga.

Que también contribuye a formar convicción en estos sentenciadores, las convenciones probatorias establecidas a instancias de la propia acusada, como el tenor de las declaraciones que ésta pres-

ta en audiencia, en orden a que tenía conocimiento del contenido del paquete que retiró de la empresa de buses en la ocasión, como de las demás circunstancias que latamente describe en su testimonio.

De esta manera, establecido como ha quedado el porte y transporte de la droga, como la circunstancia de no haber estado destinada al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, único reparo formulado por la defensa, lo que unido a las incriminaciones que se han señalado, debidamente complementada y contextualizada con las demás pruebas producidas durante la audiencia de este juicio oral, latamente relacionada y valorada, ha logrado superar la presunción de inocencia, que ampara a la acusada, permitiendo conducir al Tribunal a la convicción -más allá de toda duda razonable- de que a ésta le ha correspondido una participación culpable y penada por la ley, en calidad de autora del hecho punible acreditado, toda vez que ha tenido participación en el mismo de una manera inmediata y directa en la forma que describe el artículo 15 N° 1 del Código Penal.

DÉCILOSEPTIMO: Que valga finalmente hacerse cargo de las objeciones que ha formulado la defensa, en su forma de entender las declaraciones que presta la acusada, y la imposibilidad que tendrían estos juzgadores para su consideración a título de tener por establecido el hecho punible o la participación, superadas ya las antiguas discusiones en torno a la posibilidad de que ellas sirvan para una u otra alternativa, o para ninguna, como pretende la defensa.

Que si bien es cierto la nueva normativa procesal, a priori tolera la declaración de los imputados, sólo como medio de defensa, nada impide que en la medida que el acusado reconozca en el juicio parte o la totalidad de los hechos que le son imputados, el tribunal valore su testimonio como prueba. Lo anterior puede colegirse en primer término de lo dispuesto en el artículo 295, en cuanto dispone que todos los hechos y circunstancias pertinentes para la solución del caso pueden ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley; medios que a su turno de acuerdo a lo previsto en el artículo 297, pueden ser valorados con entera libertad, siempre que no se contradigan los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. En segundo término, el artículo 340 inciso final, así

lo permite, al establecer que nadie puede ser condenado con el solo mérito de su propia declaración, de lo que fluye como conclusión única, categórica y necesaria, que la ley prevé la posibilidad de otorgar valor a la declaración del acusado, con la sola limitación, que por sí misma, no pueda sustentar una sentencia condenatoria. Es decir, el sistema exige una actividad probatoria de cargo, que si bien puede ser mínima, pero que libremente apreciada, en forma objetiva resulte pertinente al establecimiento de los hechos penalmente relevantes, ya sea del delito, de la participación o de ambas.

CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD

DÉCIMOCTAVO: (*Atenuante especial*) Que la defensa ha requerido se considere a favor de su defendida, la circunstancia atenuante de responsabilidad, contemplada en el artículo 33 de la ley 19.366, invocando como fundamentos fácticos, las declaraciones que ésta prestara en la etapa de investigación, y que ampliamente pormenorizaran, tanto ella, como los agentes policiales al declarar en estrados. Como asimismo de las diligencias que de dichas declaraciones derivaron, circunstancias todas que según su parecer, reúnen el contenido fáctico y normativo que la norma precisa para estimarla como concurrente.

Sin embargo, a propósito de determinar su asistencia estos juzgadores, tendrán presente el carácter de especial que la atenuante tiene, y que por lo tanto no se compensa, con las agravantes comunes, y que opera en el momento previo a la determinación judicial de la pena, importando una rebaja de la pena de hasta dos grados, por ello, el estándar de exigencia debe verificarse en dicho contexto. Así las cosas, los antecedentes proporcionadas por la acusada, si bien importaron colaboración, ellos sin embargo no tuvieron el carácter de eficaz, requisito que imperativamente consagra la norma, pues no produjeron los resultados que el legislador particularmente ha previsto para considerarla en tal sentido.

DÉCIMONOVENO: (*Atenuante*) Que de acuerdo a la convención probatoria signada con el numeral 1, del auto de apertura, debidamente transcrita en el motivo quinto de esta sentencia, se debe tener por probado que la acusada no registra anotaciones prontuariales pretéritas en su extracto de filiación, razones que permiten establecer que su

conducta anterior a los eventos de cargo, es irreprochable, favoreciéndole en consecuencia, la circunstancia atenuante de responsabilidad criminal contemplada en el artículo 11 N°6 del Código Penal.-

VIGÉSIMO (Atenuante). Que en relación a la circunstancia atenuante de responsabilidad criminal, alegada por los representantes de la acusada, prevista en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, y cuya concesión se opone el Ministerio Público, la discusión de fondo se centra en los presupuestos fácticos sobre los que la hace descansar la defensa, y al carácter insustancial o no determinante que a dichas acciones le atribuye el persecuidor penal, análisis al que debe añadirse la oportunidad en que la colaboración que se pretende debe ser prestada.

En este orden de ideas, estos juzgadores, estiman que las circunstancias que la acusada, al momento de ser aprehendida por los funcionarios policiales, y advertida de los derechos que en su asistencia concurrían de acuerdo a la Constitución y las leyes, haya decidido renunciar a tan elocuente protección, entregándose al circunstanciado relato de los hechos ante los agentes estatales, describiendo además total y plenamente la participación que le correspondió en los mismos, dan cuenta inequívoca que lo que ésta pretendía inmediatamente después de su detención, era colaborar al esclarecimiento de los hechos de la causa.

Baste citar a título ejemplar de la colaboración que se anota, la entrega del nombre de Juana Vallejos, domicilio que finalmente es allanado bastante tiempo después de aprehendida la autora, como por lo demás los antecedentes que en los momentos de su detención entregaba, al inculpar a un sujeto de apellido Méndez, que por lo demás en esos instantes le llamaba a su celular, según la propia policía da cuenta. El evento que los antecedentes por ella aportados en esos instantes se hayan visto frustrados por un deficiente accionar de la policía o del acusador institucional, en nada restan méritos a dichos atestados, ni pueden endosársele responsabilidad alguna en la frustración de las diligencias, máxime aún si se considera que alguna de las diligencias que conforme las máximas de la experiencia señalan deben realizarse inmediatamente se verificaron meses después. Que si bien, el fracaso torna ineficaz la colaboración, en los términos estrictos que el legislador prevé para la consagración del artículo 33 de la ley 19.366, ello

no resulta obligatorio a fin de resolver la atenuante en esta parte examinada.

A las anotaciones precedentes se debe agregar que la acusada, mantuvo sus afirmaciones durante toda la etapa de investigación e intermedia, y posteriormente las reiteró en la audiencia de juicio oral, delante de un número significativo de personas que a esa hora, se encontraban en la sala de juicio.

A las circunstancias fácticas descritas, se debe agregar, que la norma en cuestión fue modificada en su redacción primitiva, a fin de adecuarla al nuevo proceso penal, ya que la anterior, según puede recordarse exigía para su consideración que *“Contra el procesado no existieran otros antecedentes que su espontánea confesión”*, expresiones que la tornaban prácticamente inaplicables en el anterior sistema, e inviable en el actual. Como fueren las cosas, la decisión legislativa, ha apuntado en todo caso, en uno u otro evento, a significar que la alteración al régimen normal de penalidad, que permite esta morigerante, descansa sobre un elevado estándar de colaboración, determinante si se quiere, pero bajo ningún concepto, dicha colaboración debe erigirse como la única o elemental prueba, en contra de quien coopera, sino que su sustancialidad debe ser establecida, a la luz de las demás probanzas reunidas, como de la naturaleza, accidentes y circunstancias fácticas del hecho concreto que es sometido a decisión del Tribunal, como asimismo la oportunidad en que ha sido prestada.

Que a las consideraciones objetivas que se han consignado, se debe agregar obligatoriamente la perspectiva de la **fundamentación última de la minorante**, debiendo considerarla en su íntima conexión con las atenuantes de responsabilidad criminal contempladas en los numerales 7 y 8 del artículo 11 del estatuto punitivo, en cuanto todas extraen su contenido fáctico, del *comportamiento posterior del delincuente*, y que se vinculan en el caso del numeral 7, al favorecimiento de la víctima, y en eventos del numeral 8 y el presente, en razones de política criminal, vinculadas a la acción de la justicia que se ve favorecida con la cooperación prestada por el infractor. (En este sentido, Labatut Derecho Penal Tomo I, pag. 216 y 217, Editorial Jurídica de Chile, 9ª edición – 2002; Garrido Montt, en Derecho Penal, parte general Tomo I, pag. 192 y siguientes; y Jean Pierre Matus en Texto y Comentario del

Código Penal Chileno Tomo I, pag 182, Editorial Jurídica de Chile 1ª edición 2002, de Politoff y Ortiz Quiroga). Que en esta contextualidad, **el favorecimiento a la acción de la justicia**, y con ello el *telos* y principal referente de la figura, radica esencial y necesariamente en las acciones que realiza el agente, con posterioridad al hecho ilícito, y que miran al cumplimiento de dicho fin, no son otros los requisitos que puedan ser exigidos al acusado, sin perjuicio del elevado estándar que sea consignado con precedencia.

Desde esta perspectiva, aparece justo consignar que la acusada, en el desarrollo de la etapa de investigación, reconoció los hechos en los términos que refirió en esta audiencia de juicio oral, arribó a diversas convenciones probatorias, que inequívocamente, desde la perspectiva del órgano investigador, como del órgano juzgador, importaron un aporte, toda vez que dichos hechos no debieron ser confrontados ni se debió recurrir a otros antecedentes y pruebas para determinar la certeza de los mismos. Por su parte la versión que entrega la acusada, amén de reconocer las circunstancias del hecho, desplaza la discusión a un plano jurídico, según se desprende de la literalidad misma de este fallo.

Que conforme a los razonamientos que se han expuesto, las intervenciones verificadas por la acusada, tanto en las ocasiones en que prestó declaración, como en las demás que intervino personalmente o con la asistencia técnica de su defensor, pero a su instancia, resultan suficientes a criterio de estos juzgadores para estimar, como concurrente la atenuante que en esta parte se viene solicitando.

DETERMINACIÓN DE LA PENA

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, concurriendo respecto de la acusada, dos circunstancias atenuantes de responsabilidad criminal, sin que le perjudique agravante alguna, el tribunal, por decisión de mayoría, rebajará en un grado, la pena mínima asignada para la ley al delito, regulándose entonces en presidio menor en su grado máximo en el quantum que se establecerá en lo resolutivo de esta sentencia, por ajustarse dicha penalidad en forma a la justicia y circunstancias del caso concreto, el bien jurídico protegido, la cantidad y alta pureza de la droga decomisada.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que no se dispondrá el comiso del teléfono celular incautado a la acusada, por no haberlo solicitado el Ministerio Público, ni haberse rendido prueba alguna tendiente a establecer su destino u origen ilícito.

VIGÉSIMO TERCERO: Que en nada aportaron a las conclusiones establecidas en los motivos que preceden, las declaraciones prestadas por el testigo Isaac Méndez Uribe, y en ese contexto no se consideraron.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, en atención a la extensión de la pena corporal que se aplicará a la encausada, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 40 de la ley 19.366, no se le concederá ninguno de los beneficios de la ley 18.216, por no reunirse los requisitos para ello.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 1, 11 N° 6 y 9, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 24, 25, 26, 29, 47, 50, 68, 69 y 70 del Código Penal, artículos 47, 295, 296, 297, 329, 330, 331, 332, 340, 342, 344, 346, 351 y 468 del Código Procesal Penal, artículos 1, 5, 33 y 40 de la ley 19.366, y artículo 1 del Decreto N° 565, se declara:

I.- Que se **CONDENA** a la acusada **VALESKA ESTRELLA CARRASCO ARANEDA**, ya individualizado, a la pena de **TRES AÑOS Y UN DÍA** de presidio menor en su grado máximo, al pago de una multa de **CUARENTA UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES**, y al pago de las costas de la causa, en calidad de autora del delito de tráfico ilícito de de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, cometido en esta ciudad el día 08 de abril de 2004.

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

II.- Que se le condena además, 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 atendida la extensión de la pena privativa de libertad impuesta a la condenada, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 40 de la ley 19.366, no resulta procedente la concesión de ninguno de los beneficios que establece la

Ley N° 18.216 y, en consecuencia, deberá cumplir la sanción corporal impuesta, íntegra y efectivamente, debiendo abonarse a su cómputo el tiempo que ha permanecido privado de libertad por estos hechos, esto es, desde el día 08 al 29 de abril de 2004, **un total de 22 días**, e ininterrumpidamente desde el 12 de mayo de este año, conforme se establece en el motivo sexto del auto de apertura de este juicio oral.

IV.- Que no se decreta el comiso del teléfono celular incautado a la condenada, según lo señalado en el motivo vigésimo segundo.

Se previene que el Juez Jaime Rojas Mundaca, en uso de las facultades que previene el artículo 68, estuvo por rebajar en dos grados la pena mínima asignada por la ley al delito, y la sanción corporal así determinada, presidio menor en su grado medio, imponerla en su tramo superior, esto es de TRES AÑOS, en atención a la naturaleza del de-

lito, y especialmente a la cantidad y calidad de la droga incautada. Condenándola además a las accesorias legales y al pago de 40 Unidades Tributarias Mensuales, concediendo el beneficio de remisión condicional de la pena que prevé la ley 18.216.

Devuélvase al Ministerio Público y a la defensa, los documentos y prueba material incorporados en la audiencia del juicio oral.

Regístrese y comuníquese al Juzgado de Garantía de Puerto Montt, para la ejecución de lo resuelto, y en su oportunidad archívese.

Redacción y prevención por el Juez Jaime Rojas Mundaca.

RIT N°29-2004.

RUC N°0400189187-7

PRONUNCIADA POR LOS JUECES TITULARES CLAUDIA OLEA TAPIA, IVONNE AVENDAÑO GÓMEZ Y JAIME ROJAS MUNDACA.

- **Establece que la agravante de pluralidad de malhechores no exige la existencia de antecedentes prontuarios, sino sólo la circunstancia de ser más de uno el autor del delito.**

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

Resumen:

El Ministerio Público acusó a los imputados como autores del delito de robo con intimidación, alegando la concurrencia de la agravante especial del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal. La Defensa solicitó la absolución de uno de los acusados argumentando que no se había acreditado su participación y el reconocimiento de la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal. Respecto del otro, alegó la recalificación al delito de robo por sorpresa. Además pidió el rechazo de la agravante invocada en virtud de la irreprochable conducta anterior del primero de los acusados. El Tribunal estimó acreditada la intimidación ejercida sobre la víctima con el fin de hacerse de las especies, así como la participación conjunta de ambos acusados. En cuanto a la agravante invocada, declaró que para que se configure basta el aspecto numérico. Ello, porque el legislador lo que buscó con su establecimiento es agravar la conducta de quienes exponen a un mayor peligro a la víctima aumentando su indefensión, atendiendo, por ende, a la conducta de los agentes y no a sus características personales. Respecto de la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, el Tribunal expuso que la colaboración debe prestarse durante la etapa de investigación, no bastando la declaración en la audiencia de juicio oral, máxime si ella no coincide con las demás probanzas y sólo busca beneficiarse a través de una recalificación que resulte más benigna.

Texto completo:

Valdivia, treinta de diciembre de dos mil cuatro.-

VISTOS, OÍDOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que con fecha veintisiete de diciembre de dos mil cuatro, ante la Primera Sala de este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, constituida por los magistrados don Carlos Enrique Carrillo González, quien la presidió; doña Cecilia Margarita Samur Cornejo, y doña Gloria Haydée Sepúlveda Molina, se llevó a efecto la Audiencia del Juicio Oral, relativa a los autos rol interno Nro. 56-2004, R.U.C 0400161678-7, seguidos en contra de **VÍCTOR HUGO URRUTIA ZAMBRANO**, cédula de identidad Nro. 14.082.481-K, chileno, obrero, domiciliado en Ampliación Los Jazmines, Costa Rica Nro. 224 de Valdivia; y de **HUGO ALEJANDRO PAVIE VIDAL**, cédula de identidad Nro. 16.048.675-9, de 24 años de edad, domiciliado en calle Phillipi Nro. 955 de Valdivia, ambos actualmente reclusos en el Centro de Detención Preventiva de Valdivia.

Fue parte acusadora el Ministerio Público, representado por la señora Fiscal Adjunto de Valdivia, doña Tatiana Esquivel López, domiciliada en Avenida Francia Nro. 2690 de Valdivia, y con forma de notificación al correo electrónico lcahin@minpublico.cl.-

La defensa del acusado estuvo a cargo del señor abogado de la Defensoría Penal Pública don Carlos Barrera Aravena, domiciliado en calle Maipú 251, oficina 204 de Valdivia, con forma de notificación al correo electrónico adjq@telsur.cl.

SEGUNDO: El Ministerio Público dedujo acusación en contra de **Víctor Hugo Urrutia Zambrano y de Víctor Alejandro Pavie Vidal**, fundándola en los siguientes hechos: El día 06 de mayo de 2004, alrededor de las 10:00 horas, los acusados, en compañía de un tercer sujeto no identificado, viajaban en un microbús de la línea recorrido urbano número 5. En estas circunstancias, mientras la máquina conducida por Mauricio Rosas Verdugo, iniciaba el ascenso de la cuesta Las Zinnias, los tres sujetos se acercaron violentamente al conductor y a su acompañante, los intimidaron con dos armas de fuego y

un cortaplumas. Uno de ellos golpeó en la cabeza a José Ojeda Carrillo, quien viajaba de copiloto, arrebatándole un bolso de color negro que portaba, que en su interior contenía la suma aproximada de \$642.000 (seiscientos cuarenta y dos mil pesos) en billetes y monedas, de propiedad de la empresa de transporte, y que iban a ser depositados esa misma mañana en el centro de la ciudad. Una vez que obtuvieron el botín, los tres sujetos se bajaron del microbús y huyeron en dirección al campamento Los Jazmines.

Momentos más tarde, en virtud de una orden de entrada y registro autorizada por el Juzgado de Garantía de Valdivia, se encontró en el inmueble ubicado en Costa Rica Nro. 224 de la Población Ampliación Los Jazmines, parte del dinero sustraído, el arma blanca, otras especies relacionadas con el delito y a los dos acusados, que fueron reconocidos por las víctimas y detenidos por la policía.

Solicita la Fiscal, en virtud de los hechos expuestos, se condene al acusado **Víctor Hugo Urrutia Zambrano** a la pena de **cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo** más las accesorias legales 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, con costas, en atención a que concurre a su respecto la agravante de responsabilidad del artículo 456 bis nro 3 del Código Penal, esto es, ser dos o más los malhechores y la atenuante del artículo 11 nro. 6 del mismo Código, es decir, su irreprochable conducta anterior. Respecto del acusado **Víctor Alejandro Pavie Vidal**, solicita la pena de **diez años y un día de presidio mayor en su grado medio**, más las accesorias legales 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, con costas, en atención a que concurre a su respecto la agravante de responsabilidad del artículo 456 bis nro. 3 del Código Penal, esto es, ser dos o más los malhechores.

En su alegato de apertura el Ministerio Público confirmó su acusación, ofreciendo acreditar todos los presupuestos fácticos de la misma, lo que en el alegato de clausura, y luego de analizar la prueba rendida, estimó cumplido.

TERCERO: Que la defensa de los acusados, en su alegato de apertura analizó la acusación en contra de sus representados, señalando que, respecto de su representado Urrutia Zambrano, debe absolverse de los cargos contenidos en la acusación del Ministerio Público. En efecto, en todo momento su defendido Urrutia ha sostenido su inocencia, atendido a que se le ha vinculado a Pavie sólo por un contacto fortuito que mantuvo con éste, momentos antes de ser detenidos por la policía de Carabineros, ingreso que por lo demás se produjo en forma irregular. Siempre ha sostenido su inocencia, ante el señor Fiscal y también ante el señor Juez de Garantía.

Por lo demás, su conducta anterior ha estado exenta de reproches, dado que nunca se ha visto anteriormente involucrado en delitos, lo que obviamente desvirtúa la acusación del Ministerio Público en cuanto señala agrava su responsabilidad al afectarle la agravante específica contemplada en el artículo 456 bis nro. 3 del Código Penal, esto es, ser dos o más malhechores, la que sólo tiene cabida respecto de éste, dado que no puede considerarse "malhechor".

Respecto de Víctor Alejandro Pavie Vidal, expone, éste ha admitido su participación en el hecho, sin embargo, en su declaración ha introducido elementos que influyen sustancialmente en el cambio de la calificación del tipo penal por el cual Fiscalía lo ha acusado. En efecto, el Tribunal escuchará su versión, resultando de ella que no intimidó al afectado, y por ende sólo cometió un delito de robo por sorpresa. En el evento de que se dictara sentencia condenatoria en su contra, no procede acoger la agravante específica de ser dos o más los malhechores que según Fiscalía agravaría su conducta, desde que no participó en el ilícito con Urrutia.

En su alegato de cierre sostiene que a través de la prueba rendida en la audiencia, no se ha acreditado el hecho punible ni la participación de sus representados, en los términos del artículo 240 del Código Procesal Penal. En efecto, según la declaración vertida en la audiencia por la víctima, señor José Arnoldo Ojeda, identificó también, además de los acusados, a un tercer partícipe, que resultó ser una persona que a la fecha de comisión de los hechos se encontraba privada de libertad. Por

lo demás, ha relatado que los hechores lo golpearon tanto en la cabeza, con un arma, como en su hombro izquierdo el que le fue torcido cuando intentaba defenderse de sus agresores, no obstante, no existen lesiones constatadas por el Hospital, a pesar de que sostiene haber sido atendido en el Centro Hospitalario. En cuanto a la declaración del chofer del bus, don Mauricio Rosas, no reconoció a los acusados en la audiencia, a pesar de que en la Tenencia de Carabineros lo habría hecho, y ha señalado que se tapó la cara, pareciendo ver que los hechores portaban armas pero que no las pudo reconocer. Tampoco han aparecido las armas de fuego con las cuales habrían intimidado a las víctimas, y además, Ojeda sostiene que la cortaplumas es blanca, en circunstancias que su color es gris. Además de todos estos antecedentes que no justifican la comisión del delito, se encuentra el hecho que en el bus iban otras personas en calidad de pasajeros a quienes Fiscalía no ubicó y no se hizo una investigación al efecto. Por lo demás, tampoco se ha establecido la cantidad exacta del dinero sustraído.

Por otra parte, no puede aplicarse en la especie la agravante de responsabilidad contemplada en el artículo 456 bis nro. 3 del Código Penal, porque Urrutia tenía una conducta irreprochable, la que se encuentra acreditada y ha sido considerada por el Ministerio Público, por lo que así las cosas no puede considerarse malhechor.

Respecto de su defendido Víctor Pavie, éste ha reconocido haber participado en el hecho, pero lo hizo debido a un dato que le fue proporcionado por el mismo Ojeda Carrillo, cuando se encontraba privado de su libertad en el Centro de Detención Preventiva, de otro modo no se justifica que hubiere sabido que portaba dinero en el maletín. Además, en todo momento ha colaborado ante el Fiscal, y el Juez de Garantía, siendo favorecido en consecuencia, por la atenuante de responsabilidad contenida en el artículo 11 Nro. 9 del Código Penal.

En cuanto a la petición del Ministerio Público de pedir se les condene en costas a sus representantes, no procede acoger tal petición, atendido a que son patrocinados por la Defensoría Penal Pública.

Por último, y en caso de que Urrutia Zambrano fuere sancionado, pide se le conceda alguno de los beneficios alternativos de la Ley 18.216.

CUARTO: Que son hechos de la causa, por haber sido materia de convenciones probatorias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 275 del Código Procesal penal, los siguientes:

1).- El acusado Víctor Hugo Urrutia Zambrano no registra anotaciones en su extracto de filiación y antecedentes.

2).- El acusado Víctor Alejandro Pavie Vidal cumplió satisfactoriamente la condena de 321 días de presidio menor en su grado mínimo en causa Rol 397-2000, por el delito de robo con fuerza en lugar no habitado, del Segundo Juzgado del Crimen de Valdivia, y la condena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, en causa Rol 14.342 del Segundo Juzgado Civil de Valdivia, por el delito de homicidio calificado, registrando como fecha de egreso, desde el Centro de Detención Preventiva de Valdivia, el día 06 de mayo de 2004, a las 00:01 horas.

QUINTO: Que la acción típica imputada a los acusados Urrutia Zambrano, y a Pavie Vidal es la sustracción o apropiación del dinero que don José Ojeda llevaba consigo el día 6 de mayo de 2004, sin contar con su voluntad, con evidente ánimo de lucro, ejerciendo para ello, en lo que nos interesa, intimidación en su persona, que se tradujo especialmente en amenazarlo a la altura del cuello con un arma blanca con características de cortapluma, y con otras armas de fuego, en el mismo acto de cometerlo, con la finalidad precisa de lograr la entrega del mismo.

SEXTO: Que para arribar a la decisión condenatoria, el Tribunal tuvo presente, especialmente la declaración de la víctima y testigo de los hechos, don José Arnoldo Ojeda Carrillo, quien expuso en la audiencia que desde hace alrededor de tres años a la fecha, se desempeña como bombero de Servientro de la Sociedad Transportes Regional Corvi S.A, y como tal está encargado de la venta de petróleo a los buses urbanos de la línea 5 de propiedad de la empresa Trans Record, la que se realiza en las mañanas de ocho a diez horas, y en la tarde de las 17 a 21 horas. Que una vez recaudado el dinero, lo debe llevar al centro de la ciudad, con el objeto de depositarlo en el Banco del Desarrollo de esta misma comarca.

Así las cosas, el día 6 de mayo de 2004, alrededor de las diez de la mañana, luego de haber

recaudado el dinero, que ascendía a una suma entre \$500.000 y \$600.000, contenidos en bolsas plásticas de billetes y monedas de distintos valores, los que eran guardados en un bolso negro, abordó en el terminal de buses urbanos de la línea 5 ubicado en el sector de Collico, el bus de esta misma línea que era conducido por don Mauricio Rosas Verdugo, con la finalidad de efectuar su depósito en horas de la mañana. De esta forma, se sentó en el asiento delantero del copiloto, poniéndose en marcha el bus, subiendo a éste algunos pasajeros entre ellos, unos individuos, una señora y unos ancianos. Que cuando el bus iba subiendo la cuesta Las Zinnias, hacia el Campamento Los Jazmines, repentinamente uno de los sujetos se acercó bruscamente hacia él poniéndole un arma blanca en el cuello, pidiéndole le entregara el bolso con el dinero que llevaba entre sus manos, y otro sujeto que también se abalanzó hacia él le agachó la cabeza con un revólver, pegándole con éste, y además, un tercer sujeto apunta al chofer para que detenga el bus, luego de lo cual, empiezan a forcejear con él hasta que le quitan el bolso con el dinero, se bajan los individuos del bus ya que éste se había detenido por petición de los mismos sujetos, y los tres individuos huyen en dirección al Campamento Los Jazmines. Este asalto duró alrededor de dos minutos o menos, todo fue muy rápido, no obstante el forcejeo propio que hubo en el momento, luego de lo cual, el chofer del bus dio cuenta de este hecho a la policía de Carabineros, primero telefónicamente a través de su celular, y luego dirigiéndose hasta la Tenencia en el mismo bus, junto a Rosas. Agrega que la Sociedad para la cual trabaja recuperó parte del dinero.

Sostiene que el individuo que le puso el cuchillo en el cuello tenía el pelo crespo, viéndolo a pesar de que le tenían agachada la cabeza, porque levantó la vista para poder verlos ya que actuaron a rostro descubierto.

Al exhibirse en la audiencia las fotografías que plasman un vehículo, lo reconoce como aquel bus en el que transitaba cuando ocurrieron los hechos, señalando además, que se encuentra en el mismo camino y lugar en que se detuvo ese día 06 de mayo, y que es en la entrada al Campamento Los Jazmines. Se le exhiben también otras fotografías, reconociendo aquéllas como las imágenes que ilustran la entrada a la Población Los Jazmines.

De igual forma, reconoce en la audiencia las monedas que se encuentran en diferentes bolsas plásticas transparentes que fueron exhibidas en la audiencia a través de su proyección por los medios idóneos, describiendo cuánto dinero llevaba en cada bolsa, cuáles eran los valores de las monedas, y además, la fotografía del bolso negro que contenía el dinero, y que señala, se encuentra según la fotografía destrozado con un cuchillo en su parte delantera para poder extraer de éste el dinero, como aquél que trasladaba el día 6 de mayo de 2004.

El testimonio de la víctima corresponde a un testigo presencial, quien además, vivió la situación que ha descrito en la audiencia en forma pormenorizada, y, además, reconoció, a través de la proyección el bolso que transportaba e hizo referencia a la forma como se produjo su apoderamiento.

Coincidente con su versión, se encuentra el atestado del testigo presencial don Mauricio Hernán Rosas Verdugo, quien sostiene, es chofer y propietario del bus del recorrido de la línea 5 de transporte de pasajeros, que hace el recorrido Collico, Corvi, Regional, Centro, Austral, y cuyo paradero se encuentra en calle Balmaceda. En su calidad de tal, el 06 de mayo de 2004 salió del paradero conduciendo su bus alrededor de dos minutos para las diez de la mañana, subiendo por el camino varios pasajeros, entre ellos el bombero del Servicentro que les vende el petróleo, llamado don José Ojeda, el cual se sentó a su lado, en el asiento del copiloto, quien todos los días sube al bus a las diez de la mañana a efectuar el depósito de la recaudación de la venta del petróleo.- Don José, quien llevaba la plata en un bolso negro, lo puso entre sus piernas al sentarse a su lado, y cuando el bus había avanzado hasta la cuesta Las Zinnias, avanzando lentamente, tres individuos que iban en el interior del bus, como pasajeros, sacan un cuchillo y unas armas de fuego, se acercan repentinamente hacia don José, y uno de ellos le coloca un revólver en la cabeza, y entre todos le quitan el bolso negro con dinero a don José, quien se resistía a entregarlo, incluso, al bolso se le cayó una de sus correas en el bus. Que con el susto él sólo atinó a taparse la cara y a detener el bus, ya que los sujetos le dijeron que se detuviera, y luego se bajan huyendo en dirección al Campamento Los Jazmines, que estaba a la entrada de donde se detuvo el bus. Todo esto duró un minuto más o menos, fue muy rápido, y actuaron a rostro descubierto, lo

único que él pudo ver era que los sujetos andaban con parka, no puede describir las armas ya que todo fue muy rápido.

Agrega que a los otros pasajeros los dejó en otro bus para que continuaran su recorrido y él llamó telefónicamente a Carabineros, luego de lo cual, se trasladó hasta la Tenencia del sector, que está a una cuadra y media de la entrada al Campamento Los Jazmines, hacia donde huyeron los sujetos con el bolso de don José.

Ya en la Comisaría con don José, realizan los trámites pertinentes, y pasadas dos horas, vuelven los Carabineros con unos detenidos, mostrándoles a ellos un bolso roto, reconociéndolo como el que llevaba don José.

El Tribunal pudo observar en la audiencia las fotografías que le fueron exhibidas al testigo, y en las cuales se aprecia un bus de la línea 5, que según el testigo se encuentra en el mismo sitio en que se detuvo cuando huyeron los individuos, agregando además, que en una de ellas se ve la entrada al Campamento Los Jazmines y la posición del bus frente a la tenencia, lugar hasta donde se trasladaron en el bus, luego de cometido el hecho.

De la misma forma, reconoce en la audiencia la fotografía que plasma un bolso, reconociéndolo como aquél que trasladaba don José, reconociendo además en una de las fotografías al Presidente de la línea don Francisco Salazar, con parte del dinero que fuera recuperado. Sabe que efectivamente se recuperó parte del dinero que le fuera sustraído a don José.

El testimonio anterior corresponde a un testigo presencial, quien narró lo que observó, es conocido de la víctima por más de dos años, según sus mismos dichos, y singularizó y reconoció en las fotografías exhibidas en la audiencia la especie que la víctima trasladaba el día 06 de mayo de 2004, incluso ha reconocido que a raíz del forcejeo entre la víctima y los hechores, a este bolso se le cayó una correa, y sabe y le consta que todos los días el señor Ojeda viajaba a la misma hora, diez de la mañana, en el bus al sector céntrico de la ciudad a efectuar el depósito de todos los dineros recaudados de la venta de petróleo que correspondían a la empresa. Ha descrito en forma pormenorizada, cómo, los sujetos se abalanzaron sobre Ojeda, premunidos de cuchillo y armas de fuego, que no las

supo describir en forma detallada debido al temor natural que sintió y por ello se tapó el rostro, su relato es coherente y coincide con el de la víctima al sostener que los hechores, huyeron con el bolso hacia el interior del campamento Los Jazmines, bolso que posteriormente fue recuperado.

Lo anterior permite dar por establecido que el día 06 de mayo de 2004, alrededor de las diez horas de la mañana, a lo menos dos sujetos sustrajeron el bolso conteniendo más de \$500.000 que la víctima don José Arnoldo Ojeda Carrillo, portaba en sus manos, desde el interior de un microbús de la línea 5, intimidándolo para que hiciera entrega de la especie, con un arma blanca tipo cortapluma y unas armas de fuego tipo revólveres.

De la relación de estos hechos, se desprende en forma precisa, y directa que los acusados se apropiaron de la especie que portaba la víctima, sin su voluntad, y además, que actuaron movidos por evidente ánimo de lucro, ya que su actitud demuestra la intención específica de obtener un beneficio económico al sacar el dinero de la esfera de resguardo de su titular, siendo recuperado posteriormente debido al procedimiento desplegado por la policía.

SÉPTIMO: Que, con el objeto de acreditar la intimidación como elemento del tipo penal a que se refiere la acusación, en su aspecto de amenazas para hacer que se entregue la especie, prestó declaración, tal cual se ha dicho, don José Arnoldo Ojeda Carrillo, quien ha aseverado que uno de los individuos que lo atacó le puso un cuchillo en el cuello, mientras otro de los sujetos le agachaba la cabeza, y le pegaba con un revólver, torciéndole además el hombro izquierdo, a fin de que soltara el bolso que llevaba consigo.

Señala también que debido a ello debió ser asistido en el hospital, donde lo examinaron y le diagnosticaron que tenía el hombro izquierdo fracturado.

De la misma forma, el Tribunal pudo observar el cortaplumas que fue introducido en la Audiencia como evidencia material por Fiscalía, reconociéndolo el señor Ojeda, tanto en la fotografía de éste, que fue plasmada por funcionarios policiales, como el arma misma, reconociendo ésta como el arma que le fuera puesta en el cuello, por el sujeto que tenía el cabello crespo.

Tal arma, al ser apreciada por el Tribunal impresionó por sus características como apta para intimidar a una persona máxime si el agresor la mantiene a nivel de cuello de la víctima, lo que hace posible que efectivamente en cualquier momento, de no obedecer sus órdenes pudiere actuar lesionándolo, arma que se encuentra acorde a los términos del artículo 132 del Código Penal, que describe este tipo de armas.

De acuerdo a lo relatado la intimidación que fuera ejercida en la víctima se encuentra de esta manera comprendida en lo dispuesto en el artículo 439 del Código Penal, en el sentido de entender como intimidación "las amenazas para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas...".

De esta forma, en la especie se logró acreditar que los hechos ejercieron intimidación en la persona de la víctima al momento de lograr la sustracción del bolso con dinero que llevaba consigo, y que ella es adecuada para constituir el tipo penal que nos ocupa, la que fue ejercida con el fin preciso de impedir la resistencia a que se quiten las especies.

OCTAVO: Que la participación de los acusados Urrutia Zambrano y Pavie Vidal, se logró establecer, más allá de toda duda razonable, con los dichos de don José Ojeda Carrillo, quien en forma precisa y directa, sin titubeos, y en forma clara, sindicó a Urrutia Carrillo, a quien reconoció en la audiencia a través del biombo que lo separaba de los imputados, como el individuo que repentinamente se abalanzó sobre él y le puso el cortaplumas que reconoció en la audiencia, en su cuello. Lo reconoció y lo describió como el sujeto que tiene el pelo crespo, pudiendo observar el Tribunal que efectivamente tiene el pelo ondulado.

En cuanto a Pavie Vidal, lo reconoció a través del mismo medio, como al sujeto que le agachó la cabeza, y además, lo describe como el sujeto que le pegó en la cabeza con el revólver que portaba, y a quien admite miró y observó por cuanto levantó la cabeza para poder mirarlo bien.

Del mismo modo, declaró en la audiencia el Teniente de Carabineros don Carlos Rodrigo Rosas Bahamondes, quien sostuvo que en su calidad de Jefe de la Tenencia Los Jazmines le correspondió participar el día 06 de mayo de 2004 en la detención de Víctor Alejandro Pavie Vidal y de Víctor Hugo

Urrutia Zambrano, cuando ese día escuchó un llamado radial de CENCO en que se le comunicaba que en la Población Los Jazmines se estaba llevando a cabo un robo con intimidación, y que estaban asaltando a un bus de la línea 5. Que iba saliendo cuando llega a la Tenencia don José Ojeda y Mauricio Rosas, denunciando que habían sido objeto de un robo por tres individuos que portaban armas de fuego y armas blancas. Por ello se trasladó de infantería hasta el Campamento y pidió refuerzos para realizar el cierre perimetral, dando cuenta a la Fiscalía de este hecho. Que alrededor de las 11:30 horas el operador de la Central les comunicó que a través de un llamado telefónico anónimo les comunicaba una persona que en calle Costa Rica Nro. 224 del Campamento, en la casa de un señor apodado El Chicharrón estaban las dos personas que momentos antes se habían dado a la fuga con el dinero. A raíz de esta información pidió refuerzos, cerraron la Población, y con una orden de entrada y registro y de detención del Juez de Garantía procedió a ir hacia esa casa, abriendo la puerta Urrutia, revisando el primer piso, y en el segundo piso encontró un maletín con monedas, unos lentes ópticos, un jockey y un cortaplumas. Que en la otra habitación y detrás de la puerta se encontraba escondido Pavie.

Contando con la orden de detención, fueron detenidos Urrutia y Pavie, y trasladados hasta la tenencia donde fueron reconocidos por los afectados como los sujetos que momentos antes los habían asaltado.

Agrega también que entre la toma de conocimiento del hecho y el traslado hasta el Campamento pasó menos de un minuto debido a que la Tenencia se encuentra a una distancia de dos cuadras y media del lugar de ocurrencia de los hechos.

Reconoce en la audiencia a los acusados Pavie y Urrutia como las personas que detuvo al interior de la casa habitación de calle Costa Rica nro. 224, encontrando en su poder el bolso y el dinero, y reconoce también el jockey, el cortaplumas y la parka, especies todas que se encontraban en poder de los detenidos.

Se le exhibieron las fotografías reconociendo el lugar donde se encuentra el campamento Los Jazmines.

Coincidente con esta versión declaró en estrados don Jorge Irribarra Reyes, Cabo Primero de Carabineros quien sostuvo que el día 06 de mayo de 2004 a través de un llamado radial de CENCO se le informaba que unas personas estaban siendo víctimas de un robo, y que una llamada anónima les indicaba que los hechores habían huido hacia el Campamento Los Jazmines. El Teniente Rosas se comunica con el Fiscal y mediante una orden del Juez de Garantía se constituyen en la Población Los Jazmines, dirigiéndose a la casa habitación de calle Costa Rica nro 224 lugar donde un joven les abrió la puerta revisando el primer piso donde había un hombre acostado. Se dirigen con el Teniente Rosas al segundo piso de la vivienda lugar en que en una pieza había una bolsa con dinero, una cortapluma, un jockey, unos lentes y una casaca. Que le correspondió fijar fotográficamente la evidencia, y además, en la segunda pieza, se encontraba otro sujeto escondido detrás de la puerta.

En la audiencia reconoce a los acusados como Víctor Urrutia la persona que les abrió la puerta y a Víctor Pavie como la persona que se encontraba escondido detrás de la puerta.

Reconoce además, el cortaplumas como aquél que fue encontrado en el dormitorio de Urrutia y al exhibírsele el set de fotografías, reconoce los dormitorios del inmueble donde encontraron el bolso con el dinero.

Agrega también que la víctima le comunicó que en el bolso habían aproximadamente \$450.000, y que los detenidos fueron reconocidos en la Tenencia por las víctimas como los mismos que momentos antes le habían sustraído el bolso a Ojeda mediante intimidación.

La prueba de cargo en contra de ambos acusados constituida al haberse encontrado en su poder el bolso con el dinero que le fuera sustraído a la víctima, unidas a las declaraciones del propio ofendido, de los funcionarios policiales quienes se constituyeron en la casa habitación donde se encontraban éstos, unidas a la distancia del lugar donde fue cometido el hecho, al dinero en cuestión encontrado, muchos paquetes de monedas de distintos valores, constituyen prueba directa e indirecta, las últimas que además, tiene el carácter de presunciones judiciales, permiten establecer, más allá de toda duda razonable que los acusados Urrutia y Pavie

intervinieron de una manera inmediata y directa en la comisión del ilícito que se tuvo por acreditado.

NOVENO: Que con las declaraciones de los testigos, y las evidencias materiales introducidas en la audiencia, son bastantes para dar por acreditados, más allá de toda duda razonable, los siguientes hechos:

- 1).- Que el día seis de mayo de 2004, alrededor de las diez de la mañana, don José Arnoldo Ojeda Carrillo abordó en el terminal de la línea urbana nro. 5, ubicado en el sector de Collico de esta ciudad, el microbús de la empresa Sociedad Trans Record, conducida por su dueño don Mauricio Hernán Rosas Verdugo, sentándose en el asiento del copiloto, conteniendo una suma superior a \$500.000 en billetes y monedas de distintos valores, de propiedad de la empresa de transportes ya citada, la que debía ser depositada en el Banco del Desarrollo ubicado en el sector céntrico de esta ciudad.
- 2).- Que cuando el microbús iniciaba el ascenso de la cuesta Las Zinnias a lo menos dos sujetos que viajaban como pasajeros de dicho microbus se acercaron violentamente al conductor pidiéndole detuviera el móvil abordando al señor Ojeda Carrillo con la intención de sustraerle el bolso, para lo cual uno de ellos le puso un cortaplumas en el cuello, y el otro lo agredió en la cabeza, agachándose, con un arma de fuego que la describe como de color negro, arrebátandole el bolso mencionado previo forcejeo.
- 3).- Que los hechores con el bolso conteniendo el dinero se dieron a la fuga hacia el interior del Campamento Los Jazmines ubicado a escasos metros de la Tenencia de Carabineros, quienes llegaron inmediatamente al lugar al recibir un llamado telefónico de CENCO, que les indicaba que se estaba produciendo un asalto en el interior de un microbús en la subida de la Cuesta Las Zinnias.
- 4).- Asimismo, la policía recibió un llamado telefónico anónimo, que les indicaba que los autores de dicho asalto se encontraban en el interior de la casa habitación ubicada en calle Costa Rica nro. 224 de propiedad de Armando José Urrutia Anguilera.
- 5).- Que al mismo tiempo don Mauricio Rosas denunció el hecho telefónicamente, y luego en

compañía de José Ojeda concurrieron a la Tenencia Los Jazmines a fin de ratificarla.

- 6).- Que a raíz del operativo policial que consistió en cerrar accesos perimetrales del Campamento Los Jazmines se logró recuperar gran parte del dinero que se encontraba en el mismo bolso, el arma blanca empleada para intimidar a Ojeda Carrillo, ropa que vestían los sujetos al momento de los hechos, todo lo cual se encontraba en una pieza del segundo piso del inmueble de calle Costa Rica nro. 224 encontrando también en el interior de ella a Víctor Hugo Urrutia Zambrano, y en la otra pieza, escondido detrás de la puerta a Víctor Alejandro Pavie Vidal, quienes fueron detenidos por el personal policial, contando con la correspondiente orden del señor Juez de Garantía.

DÉCIMO: Que los hechos acreditados configuran sin lugar a dudas el delito de robo con intimidación previsto en el artículo 436 inciso primero en relación al artículo 432 del Código Penal, en grado de consumado, delito sancionado con la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a máximo, existiendo en la especie todos y cada uno de los elementos descritos en el tipo, esto es, apropiación de cosa mueble ajena, con ánimo de lucro, sin la voluntad de su dueño y utilizando la intimidación para su resultado, delito en el cual le cupo a ambos acusados Urrutia Zambrano, y Pavie Vidal una participación culpable, por haber intervenido en éste de una manera inmediata y directa, en los términos descritos en el artículo 15 nro. 1 del Código Penal.-

UNDÉCIMO: Que el acusado Víctor Hugo Urrutia Zambrano prestó declaración en juicio, como medio de defensa afirmando que es inocente y no ha tenido participación en los hechos.- Que efectivamente se encontraba hospedado en la casa de su padre en calle Costa Rica Nro. 224 Campamento Los Jazmines por haber peleado con su señora y el día 6 de mayo de 2004, cuando se encontraba acostado en el segundo piso, sintió un boche afuera viendo a su vecino Sergio Millán discutir con otra persona, y se levantó a mirar por la ventana, al mismo tiempo que Víctor Pavie que se encontraba afuera le pidió lo dejara entrar porque le llevaba un encargo de su hermano.- Que Pavie andaba con un bolso negro y le contó que había hecho un descuido, vio también abajo una patrulla de Carabineros, debido a lo cual le pidió a Pavie que se quedara un mo-

mento. Señala también que luego los Carabineros ingresaron a su casa, y que uno de ellos andaba con el cortaplumas, son detenidos y trasladados a la Unidad policial. Que Pavie andaba con la parka y un jockey, mismas prendas que reconoce de la exhibición de las fotografías.

DÉCIMO SEGUNDO: Sin perjuicio de que la prueba de cargo desvirtúa sus dichos, también comparecieron a la audiencia don Sergio Modesto Millán Álvarez, quien indica que es vecino del señor Urrutia, a quien le dicen el Chicharrón, ya que vive en la calle Costa Rica nro. 230, y el día 06 de mayo de 2004 no tuvo ninguna pelea con ningún desconocido, ya que ninguna persona ingresó allí en horas de la mañana, en que se encontraba en su casa con su señora y su hijo. Sólo vio a los Carabineros quienes le pidieron permiso para pasar a su patio para observar. En los mismos términos depone Sergio Efraín Millán Huentuqueo, quien sostiene no haber sentido pelea alguna de su padre el día 6 de mayo de 2004, en horas de la mañana. Tales testimonios son más creíbles que los dichos del acusado, por cuanto no se ha observado que Millán Álvarez y Millán Huentuqueo hayan tenido motivos como para perjudicar a Urrutia, y por lo demás, sus testimonios se encuentran acordes a todos los otros medios de prueba rendidos en la audiencia.

DÉCIMO TERCERO: El acusado Víctor Alejandro Pavie Vidal, vertió sus dichos en la audiencia, como medio de defensa, señalando que en la Cárcel, donde se encontraba, hasta la noche anterior al seis de mayo de 2004, le dieron el dato de que en la micro de la línea 5 iba a ir a depositar dinero Ojeda, dato que el mismo bombero se lo había hecho llegar, razón por la cual buscó un compañero, y fingiendo ser pasajeros se subieron a la micro, pero a su compañero le dio un ataque asmático, y en la confusión, tomó el bolso con el dinero que llevaba Ojeda, y huyó del lugar llegando a la casa de su compañero Urrutia. Que no intimidó a nadie ya que no portaba cortaplumas ni armas de fuego. Reconoce en la audiencia las fotografías del bolso que le fueron exhibidas, como aquél que llevó hasta la casa de Urrutia. Que luego fue detenido en la casa de Urrutia y trasladado hasta la Unidad policial.

Dicha versión se contrapone con la versión entregada por la víctima, en cuanto a que jamás dio un dato de esta naturaleza a Pavie, y no existen otros medios de prueba que la apoyen.

Por ello, el tribunal considera que la versión del acusado no ha sido verídica, restándole valor en cuanto señala no haber ejercido intimidación en la persona de la víctima, máxime, si existen los testimonios contestes de Ojeda, quien lo vio premunido de un revólver, y de Rosas, quien vio a ambos sujetos con arma blanca y revólveres, encontrándose incluso el cortaplumas en la casa habitación donde tanto Urrutia como Pavie se escondían. Refuerza la tesis de la víctima, el hecho de haber arrancado una correa del bolso la que quedó en el interior del bus, y haber presenciado el tribunal en una de las fotografías el bolso negro cortado en su parte de arriba.

DÉCIMO CUARTO: Que la defensa hizo comparecer a estrados como prueba de descargos, el testimonio de don Armando José Urrutia Aguilera, a quien le dicen Chicharrón sus vecinos, y que el día 6 de mayo de 2004, en la mañana los Carabineros llegaron a su casa, allí estaba su hijo Víctor Hugo, y otra persona, los que se encontraban en el segundo piso de su casa habitación.

Dicho testimonio, ninguna referencia hizo respecto de la comprobación de los hechos, y el grado de participación de los acusados, coincidiendo con las versiones de los funcionarios policiales quienes detuvieron a los acusados en el mismo sitio descrito por el testigo.

DÉCIMO QUINTO: Que conforme con lo razonado se desecha la posición de la defensa en cuanto pide se absuelva de los cargos a ambos acusados por no haberse acreditado la existencia del hecho punible.

Respecto de que no se hubiere introducido en la audiencia alguna prueba relativa a las lesiones que la víctima ha relatado haber sufrido, ello es innecesario atendido a la versión de Ojeda, refrendada por el testigo Rosas Verdugo en cuanto a que efectivamente uno de los acusados le puso un arma blanca en el cuello; también descarta la alegación de la defensa, al haberse encontrado precisamente en la casa habitación de Urrutia el arma blanca descrita detalladamente por la víctima, la que describe como cortaplumas de color blanco. Aun cuando la describió como un arma blanca, su color gris plateado simula un color blanco hueso, que puede observarse a la luz o contraluz como de color blanco.

La versión dada por Pavie en cuanto a que fue precisamente Ojeda quien le proporcionó los

datos para que sustrajera el dinero, contrastan con la versión de la víctima en cuanto no se contactó con nadie, ya que no tiene conocidos en la Cárcel, por otro lado la versión del acusado no fue probada en la audiencia por medios idóneos que hicieren al Tribunal desestimar la versión de la víctima, y del testigo presencial don Mauricio Rosas Verdugo.

El hecho de que Rosas Verdugo no haya reconocido en la audiencia a los acusados no significa contradecir el testimonio de Ojeda Carrillo, puesto que el primero dijo que vio a los sujetos abalanzarse sobre Ojeda, los vio con arma blanca y revólveres, y luego de ello, se tapó la cara. Por lo demás, él mismo advierte que fue Ojeda quien los reconoció en la Unidad Policial, y que incluso, habían ingresado dos sujetos en primer lugar, a quienes Ojeda desechó por no reconocerlos como los autores, y sin embargo, cuando llegaron a la Unidad policial los acusados pudo perfectamente señalarlos como a los agentes, y así se lo hizo saber a Rosas Verdugo. El hecho de que Ojeda se resistiera a la entrega de la especie, como lo afirma la defensa, no significa que no haya sido intimidado por los acusados para lograr el cometido, máxime si el mismo testigo Rosas Verdugo afirma que Ojeda forcejó con los sujetos, perdiendo el bolso incluso una de sus correas, la que quedó en el interior del microbús y que fuera encontrada por Rosas Verdugo.

La defensa argumentó también que la conducta de Víctor Pavie Vidal se enmarca dentro de la figura típica descrita como robo por sorpresa, habida consideración a que tomó el bolso de las manos de Ojeda, en una confusión, y huyó con éste.

No obstante, ello se contrapone con la versión de los testigos presenciales, y la circunstancia de haberse encontrado el cortaplumas en la misma casa habitación y en la misma pieza en que se encontró el dinero y el bolso, casa habitación de calle Costa Rica nro. 224 del Campamento Los Jazmines. Debido a ello es posible concluir que la intimidación, por sus características y entidad, en la medida que hubo actor de amenazas directas a la víctima es adecuada para constituir el tipo penal materia de la acusación del Ministerio Público, en una relación de medio a fin, ejercida con el preciso objetivo de hacer que se entreguen las cosas, y en la oportunidad señalada en el artículo 433 del Código Penal.

DÉCIMO SEXTO: Que milita en contra de ambos acusados la circunstancia agravante específica de responsabilidad estatuida para estos delitos, contenida en el artículo 456 bis nro. 3 del Código Penal, esto es, la pluralidad de malhechores, al haberse comprobado en la audiencia de juicio oral que obraron conjuntamente en la comisión del delito, siendo irrelevante para estos falladores que aquéllos, además deban tener antecedentes penales anteriores, que los hagan convertirse, por esa circunstancia, en malhechores, ya que es bastante su coautoría en el hecho, prescindiendo de las conductas pretéritas que cada uno de ellos haya observado.

Por ello, el Tribunal no comparte la alegación de la defensa en el sentido que no puede aplicarse la agravante a quien delinque por primera vez ya que no sería malhechor, por cuanto, con esta agravante el legislador ha pretendido agravar la conducta cuando intervienen varios hechos por el fuerte peligro potencial que existe para las víctimas, que en nada cambia si han tenido antecedentes penales previos. La agravación de la conducta tiene relación directa al peligro e indefensión de las víctimas con la acción desplegada en su contra, mira a la conducta de los agentes, mas no a sus características personales.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que favorece al acusado Víctor Hugo Urrutia Zambrano la circunstancia de responsabilidad contenida en el artículo 11 nro. 6 del Código Penal, esto es, la irreprochable conducta anterior, la que se encuentra acreditada con la convención probatoria celebrada por las partes y que da cuenta el auto de apertura que señala que dicho acusado no registra anotaciones en su extracto de filiación y antecedentes.

DÉCIMO OCTAVO: Que no concurre respecto del acusado Víctor Alejandro Pavie Vidal la minorante de responsabilidad contemplada en el artículo 11 nro. 9 del Código Penal, por cuanto para su concurrencia se exige que el medio para establecer el ilícito y la participación de los agentes en él, sea la colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos, colaboración que debe prestarse principalmente, en la etapa de la investigación, ya que es en esa instancia en que se pueden aclarar los hechos, en los términos exigidos por la misma norma, y de esta manera, determinar la concurrencia del ilícito y sus participantes. En el caso que nos ocu-

pa, y aunque el acusado Pavie Vidal declaró en la audiencia, lo hizo agregando otros antecedentes que no aportaron en nada para el esclarecimiento de los hechos, y al contrario, dicha versión se contrapone con la versión inalterable de la víctima, constituyendo, de este modo, una teoría alternativa a su favor, que introdujo elementos en la investigación con lo que pretendió, por lo menos atenuar su responsabilidad. Ello no constituye propiamente una colaboración sustancial en los términos del artículo 11 nro. 9 del Código Penal.

DÉCIMO NOVENO: Que perjudica al acusado Urrutia Zambrano la agravante de responsabilidad criminal de pluralidad de malhechores y a su vez le beneficia la atenuante de su irreprochable conducta anterior, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 67 inciso primero del Código Penal, efectuada la compensación de ambas circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, por ser de igual valor, se podrá recorrer la pena en toda su extensión.

VIGÉSIMO: Respecto del acusado Pavie Vidal, su conducta se ve afectada por una circunstancia agravante, y no le favorecen atenuantes, así tampoco la atenuante de su irreprochable conducta anterior, según copia autorizada de la sentencia recaída en la causa rol 73.511 y el ordinario 958 de Gendarmería de Chile, que de acuerdo con su lectura fue condenado por lesiones. De esta forma en concordancia con lo dispuesto en el artículo 68 inciso segundo no podrá aplicarse la pena en su mínimo.

VIGÉSIMO PRIMERO: En cuanto a la petición de la defensa de eximir a sus representados del pago de las costas ello no es posible, dado el claro tenor del artículo 45 del Código Procesal Penal al establecer que "las costas serán de cargo del condenado" siendo éste y no otro el espíritu del legislador, porque el condenado al cometer el delito generó la marcha de la maquinaria policial y judicial desplegada en su contra. Este texto primará también por su especialidad e imperatividad.

Y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 1, 7, 11 nro. 6, 14 nro. 1, 15 nro. 1, 18, 21, 24, 25, 28, 30, 50, 67, 432, 436, 456 bis nro. 3 del Código Penal; artículos 1, 4, 45, 47, 275, 295, 296, 297, 309, 314, 333, 336, 340, 341, 342, 343, 344, 346, 348 y 468 del Código Procesal Penal, y Ley 18.216, SE DECLARA:

- I).- Que se condena al acusado **VÍCTOR HUGO URRUTIA ZAMBRANO**, cédula nacional de identidad nro. 14.082.481-K, ya individualizado, a la pena de CINCO AÑOS Y UN DÍA 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 solidario de las costas del juicio, como autor del delito de robo con intimidación en grado de consumado, en la persona de José Arnoldo Ojeda Carrillo, perpetrado en el sector de Collico de la ciudad de Valdivia, el día 06 de mayo de 2004.
- II).- No reuniéndose en la especie los requisitos establecidos en la Ley Nro. 18.216, atendida a la cuantía de la pena impuesta, no se le concede a Urrutia Zambrano ninguno de los beneficios que dicha Ley establece, debiendo en consecuencia cumplir efectivamente la pena privativa de libertad que le ha sido impuesta, sirviéndole de abono el tiempo que ha permanecido ininterrumpidamente privado de su libertad, desde el día 06 de mayo del año en curso, según se señala en el auto de apertura que dio origen a este juicio oral.
- III).- Que se condena al acusado **VÍCTOR ALEJANDRO PAVIE VIDAL**, cédula nacional de identidad Nro. 16.048.675-9, ya individualizado, a la pena de DIEZ AÑOS Y UN DÍA DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MEDIO, a las 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 solidario de las costas del juicio como autor del delito de robo con intimidación en grado de consumado en la persona de don José Arnoldo Oje-

da Carrillo, perpetrado en el sector de Collico, de la ciudad de Valdivia, el día 06 de mayo de 2004.-

- IV).- Por no concurrir a su respecto ninguno de los requisitos exigidos por la Ley Nro. 18.216, en cuanto a la cuantía de la pena, no se le concede ninguna de las medidas alternativas de libertad descritas en dicha ley. Por consiguiente, el acusado Pavie Vidal deberá cumplir efectivamente la pena privativa de libertad que le ha sido impuesta, sirviéndole de abono el lapso que ha permanecido ininterrumpidamente privado de su libertad desde el día 06 de mayo de 2004, según da cuenta el auto de apertura que dio origen a este juicio oral.

Se decreta el comiso del arma blanca incautada, la que será destruida por el Organismo competente.

Ejecutoriada que sea esta sentencia, dese fiel cumplimiento a lo ordenado en el artículo 468 del Código Procesal Penal.

Regístrese, comuníquese en su oportunidad al Juzgado de Garantía para los efectos de su cumplimiento, y hecho, archívese en su oportunidad.

Devuélvase al Ministerio Público las evidencias materiales y los documentos incorporados al juicio.

Redactada por la Juez Titular, doña Gloria Sepúlveda Molina.

R.I.T: 56-2004.-

R.U.C: 0400161678-7.-

PRONUNCIADA POR LA PRIMERA SALA DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE VALDIVIA, INTEGRADA POR DON CARLOS CARRILLO GONZÁLEZ, QUIEN LA PRESIDÓ Y LAS JUECES TITULARES DOÑA CECILIA SAMUR CORNEJO Y DOÑA GLORIA SEPÚLVEDA MOLINA.-

- Siendo lo discutido si la relación fue consentida o no, resulta determinante la versión de la víctima avalada por testigos indirectos y peritos.

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

Resumen:

El Ministerio Público acusó al imputado como autor del delito de violación. La Defensa sostuvo que las relaciones sexuales mantenidas fueron consentidas, declarando en dicho sentido el acusado. El Tribunal tuvo por acreditada la voluntad contraria de la víctima, quien tuvo que ceder frente a la intimidación ejercida en su contra por el hechor. Al efecto tuvo en especial consideración el testimonio persistente de la víctima durante todas las instancias en que tuvo que relatar los hechos; la lesión sufrida, coincidente con su relato y con el objeto utilizado para intimidarla; la declaración de los testigos de oídas que declararon haber escuchado de quien los vio juntos la expresión de temor de la víctima; lo poco creíble de la versión dada por el acusado de haber encontrado a la víctima, menor de edad, en la calle y luego de una corta conversación haber mantenido relaciones sexuales consentidas, además de su comportamiento al saber que la policía lo buscaba, consistente en abandonar la ciudad y sus efectos personales, incluidos sus documentos personales.

Texto completo:

Puerto Montt a diez de enero de dos mil cinco.

VISTO, OÍDO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que con fechas tres, cuatro y cinco de enero de dos mil cinco, ante esta Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, constituida por la Juez Presidente de la Sala doña Claudia Olea Tapia y los magistrados titulares del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, doña Neyda Santelices Moreno y don Francisco Javier del Campo Toledo, se llevó a efecto la audiencia de juicio oral en lo penal seguida en contra de Jaime Alan González González cédula de identidad número 11.504.735-3, soltero, nacido el 21 de noviembre de 1968 en Punta Arenas, reponedor de supermercado, domiciliado en Inés de Suárez número 2225 de Valparaíso actualmente detenido y sujeto a prisión preventiva en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de esta ciudad, por el delito de violación en perjuicio de la menor K.V.U.B.

Fue parte acusadora el Ministerio Público, representado por la Fiscal Adjunto de esta ciudad doña María Soledad Santana Cardemil, asistida por la abogada Carola Vhymeister Sánchez.

La defensa del acusado estuvo a cargo de la Abogada defensora doña Ingrid González Rosas y el abogado particular don Mario Águila.

SEGUNDO: Que, los hechos materia de la acusación, según auto apertura de juicio oral de nueve de noviembre de dos mil cuatro, acaecieron el día 5 de marzo de 2004, aproximadamente a las 08.00 horas de la mañana, y en circunstancias que la menor iniciales K.V.U.B., nacida el 11 de diciembre de 1988, de 15 años de edad, transitaba por calle Egaña en dirección al Hospital Base de esta ciudad, fue interceptada por el imputado quien se le acercó intimidándola con un pedazo de vidrio grueso en el cuello, le preguntó si andaba con plata y le dijo que siguiera derechito y sin gritar. Agrega, que de esta forma la llevó hasta el interior de un bosque frente al Jardín Infantil Arlequín y el Colegio The English School, donde procedió a desvestirla, tocarla en pechos y vagina y accederla carnalmente vía vaginal, intimidándola con el trozo de botella, para luego llevarla bajo amenaza de inferirle cortes hasta un inmueble ubicado en calle Huasco número 22 de esta ciudad, donde en una pieza que éste arrendaba nuevamente la accedió carnalmente, vía vaginal, en reiteradas oportunidades, no sin antes amenazarla diciendo “ojalá esto quede entre nosotros porque no creo que te gustaría que te maten”.

La Fiscalía calificó estos hechos como constitutivos del delito de violación en grado consumado, previsto y sancionado en el artículo 361 del Código Penal, concurriendo la circunstancia número 1

de dicha disposición legal, esto es, “cuando se usa de fuerza o intimidación”, perpetrado por el acusado Jaime Alan González González, en calidad de autor conforme al artículo 15 n° 1 del Código Penal, puesto que ha intervenido en la ejecución del hecho de una manera inmediata y directa, y solicita se le aplique la pena de seis años de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias legales y las costas de la causa.

Estima, por último, que le favorece la atenuante de la irreprochable conducta anterior establecida en el artículo 1 número 6 del Código Penal, por no registrar anotaciones prontuariales anteriores en su extracto de filiación y antecedentes.

TERCERO: Que en sus alegatos de apertura y de clausura la defensa señala que todas las pruebas que se presentan en este juicio se encuentran basadas en la versión de la víctima, la que estima inverosímil. Agrega que pruebas físicas, pruebas objetivas o evidencias físicas que puedan dar cuenta del hecho punible y de la participación no existen. Alega que no es normal que una persona que no ha cometido delito alguno haya cometido el delito de violación de la menor. Hubo una relación sexual, pero se realizó con el consentimiento de la menor y en consecuencia debe ser absuelto de la acusación.

CUARTO: Que habiendo sido debida y legalmente enterado el acusado JAIME ALAN GONZÁLEZ GONZÁLEZ del hecho antes referido, en presencia de sus defensores y en el curso de la audiencia de debate renunció a su derecho a guardar silencio y prestó declaración señalando que:

El día de los hechos, el viernes 5 de marzo de 2004 alrededor de las 08:15 a 08:30 de la mañana, se encontraba buscando arriendo, subiendo por Egaña por mano derecha, momento en que había mucha concurrencia de gente, tanto vehículos que subían y bajaban. Miraba las casas buscando arriendo, y llegando a un liceo industrial que hay por Egaña, divisó a una persona que estaba en la esquina, y le preguntó por arriendo, es la señorita con la que señala tener un percance, la que le contestó que no sabe nada de arriendo. Agrega que comenzaron a conversar y ella le dijo que se llama Vanesa, que tiene 18 años, y estudia y además le consultó si vivía en el sector, a lo que le contestó que cerca de una bencinera. Dice que ella le mencionó que iba al hospital, que no estaba muy contenta de ir al hospi-

tal y en ese momento se puso a llover por lo que le propuso que fueran a su domicilio, para refugiarse del agua, y se dirigieron a su domicilio, sacó la llave para entrar en la casa, ingresaron, y encontraron a la nana haciendo el aseo. Dice que Vanesa habla muy fuerte por lo que le puso la mano en la boca para que no hablara muy fuerte porque había personas durmiendo en el primer piso, subieron la escalera le dio la mano porque la escalera es elevada, angosta y de poca luz, y entraron a su habitación. Allí, ella se tendió en su cama y le pidió una toalla para secarse la cara y el pelo, y él hizo lo mismo y empezaron a conversar, eso fue como a las 09:00 de la mañana.

Señala que ella le contó que estaba estudiando y que se dirigía al hospital porque está enferma, y que siempre tiene problemas con su papá, y se puso muy triste, le cayeron lágrimas, y le dijo que la abrazara fuerte accediendo a su petición le dijo que era bonita, que le caía bien, le preguntó si podía besarla, a lo que accedió. Luego le acarició todo el cuerpo por fuera de la vestimenta con consentimiento de ella, y le preguntó si quería tener relaciones sexuales, que en esos momentos estaba acalorada, excitada y en voz baja le contestó: “ya”, y se desabrochó los pantalones se los bajó, y se dejaron llevar por la pasión, y teniendo relaciones, en un momento ella se detuvo diciendo que le dolía. Dice que le preguntó si era virgen contestándole que no, por lo que él también se detuvo, siguieron conversando y le indicó que quería irse, pasó al baño, la esperó, y fue a dejarla como a las 10:00 de la mañana. Agrega, que le dio la mano bajaron las escaleras, y la fue a dejar al mall.

Dice que al otro día estaba en su trabajo y una persona le dijo que Investigaciones lo andaba buscando, se puso nervioso porque pensó que ella no tenía 18 años como le había dicho. Se fue a Santiago, y después a Viña y la familia donde se quedó le dijo que fuera a la justicia a entregarse. Señala que está 8 meses detenido acá en Puerto Montt y que no se considera una persona peligrosa en la calle, que no es violento y en gendarmería ha tenido una excelente conducta.

Por último señala que ella no gritó y que no manejó ningún arma porque su vida no es así.

QUINTO: Que para estar ante el delito de violación en la hipótesis imputada en la acusación del Ministerio Público, se requiere acreditar si el

acceso carnal vía vaginal del acusado a la víctima se verificó mediante la fuerza o la intimidación, punto este último que resultó discutido en audiencia, toda vez que, el acusado al declarar reconoció que el día 5 de marzo del 2004 sostuvo una relación sexual con la víctima, pero que ésta fue consentida. Por lo que la controversia se centra en el hecho de haberse realizado dicho acceso carnal en contra de la voluntad de la víctima y con intimidación.

SEXTO: Que para acreditar los hechos de la acusación la fiscalía hizo comparecer, en primer lugar, a la víctima **la menor K.V.U.B.**, quien manifestó que el día 5 de marzo de 2004 en circunstancias que circulaba por la calle Egaña en dirección al Hospital para los efectos de una consulta dental. Al llegar al Liceo Industrial un hombre la miró pero ella continuó su camino y al llegar a una compraventa de autos el hombre se agachó y tomó algo del suelo, que creo era el arma con el que la amenazó. Lo consideró extraño y al llegar al Jardín Infantil Arlequín la tomó por detrás, sin embargo, pensó que se trataba de un amigo que en otras ocasiones le había hecho bromas de tomarla en esa forma, al intentar darse vuelta, la tomó con mayor fuerza y le hizo un corte en el cuello, que ahora no es notorio porque usó aceite humano para tratar la herida por lo que desaparecieron las marcas. Pensó que la iba a asaltar, le dijo que avanzara y al llegar a un muro de contención de piedra le ordenó que subiera hacia un bosque, un lugar de mucha vegetación. No había gente en el sector; sin embargo cualquiera que hubiese visto habría pensado que se trataba de un inocente abrazo. Le preguntó qué quería de ella, a lo que le contestó que sólo quería que fueran amigos. La menor le reprochó que no era la forma, que si se trataba de conversar podrían haber ido a la plaza y no haberla agredido con el vidrio en el cuello. La siguió llevando poniendo el vidrio grueso en el cuello. Cuando llegaron a un sitio eriazo, se sacó la chaqueta y le dijo que se sentara y a su negativa la obligó por lo que se hincó en un lugar mojado, llovía, le ordenó que se acercara poniendo el vidrio en el cuello provocándole tres heridas. Se acercó tratando de darle un beso, le subió la ropa, la tocó en los pechos y la violó. Se puso a llorar y le pidió que la dejara y el hombre le respondió que si se portaba bien la dejaría ir, diciéndole que la última parte que quería que lo acompañe era a la casa de una amiga. Ella no quería diciéndole que su padre

estaba esperando en el centro. El hombre insistió diciendo que era algo chiquitito y mientras avanzaba le tapó los ojos pero ella veía entre los dedos. Vio la puerta de entrada, abrió con su propia llave, por lo que pensó que allí vivía. Ingresaron, subieron una escalera y arriba había una mujer, canosa, parecía que se había levantado recién, ella la miraba. El hombre le dijo que tenía que decir que era su polola, abrió la puerta de la pieza con su llave y ya en el interior la obligó a sentarse en una cama. Se sacó la ropa, y también a ella obligándola a acostarse en la cama sin ropa y volvió a violarla. Luego la vistió y la llevó en silencio al baño, y le sacó la ropa y le lavó sus genitales. La hizo regresar a la pieza y volvió a violarla. Como le dolían los genitales le puso un shampoo para acceder con ella y facilitar la penetración. Ella lloraba y el hombre le decía que no la iba a dejar embarazada. Volvió a llevarla al baño y allí también la violó. Nunca tuvo oportunidad de gritar porque cuando ella lloraba él sacaba el vidrio y se lo ponía en el cuello y le ordenaba que se callara. Cuando ya el llanto era incontrolable la dejó ir. El hombre andaba con olor a trago. Refiere, además que la lavó bien y le hizo bajar y caminar hasta detrás del mall y por un paradero le dijo que si decía algo la buscaría y la mataría. Señala que no tuvo oportunidad de escapar porque siempre la amenazaba con el vidrio. Cuando dice que la violaron señala que fue penetrada en la vagina abusivamente, la tocó en todas partes, los genitales, los pechos, la entrepierna, todas partes. En el paradero siguió llorando pero se tranquilizó porque al menos había quedado viva y pensó la forma en que contaría lo sucedido. Nadie quería llevarla, gritaba, estaba mojada por la lluvia y sucia con barro, con los ojos hinchados. Encontró a un amigo de su pololo, siguió caminando mientras la gente la miraba. Llegó a la casa de su pololo y le contó lo sucedido. Durante la audiencia reconoce al acusado como el autor de la agresión de que fue objeto.

SÉPTIMO: Que también compareció en estrados **Francisco Javier Ascencio Oyarzo** que señala que pololea con la víctima por un año y ocho meses. El día 5 de marzo de 2004 encontrándose en su casa vio llegar su polola, blanca, llorando, y mojada. Le preguntó sobre lo que le había pasado y ella le contó que la habían violado. Que iba bajando por la calle Egaña y que un tipo la quedó mirando y le puso un vidrio en el cuello y se puso a llorar. Más

adelante le contó que el tipo la había obligado a cruzar frente al Jardín Arlequín y observó que tenía una notoria rasmilladura en el cuello. Señala que con posterioridad a los hechos ha cambiado su genio, está más prepotente y se siente pasada a llevar por todos. También dice que estuvo con una sicóloga en el colegio por ser muy rebelde.

Compareció también la testigo **María Magdalena Báez Ulloa**, madre de la ofendida señala que el día 5 de marzo de 2004 salió a trabajar y su hija se dirigió al Hospital para sacarse unas radiografías dentales. Estando en su trabajo, llegó Francisco, pololo de su hija y le contó que la habían asaltado y violado. Al consultarle a su hija le confirmó lo sucedido. Posteriormente llegó su cónyuge y concurrieron los tres al Hospital. En el trayecto y transportándose en un taxi colectivo su hija reconoció el lugar señalando que el agresor le había puesto la mano en los ojos, sin embargo ella, pudo ver a través de los dedos. Agrega que su hija estaba muy nerviosa, tiritaba y no quería que la examinaran. La vio el Doctor Venegas quien les recomendó que la cuidaran. Dice que hubo días completos que no durmió. Ahora la trata la doctora Leiva y tiene una alarma de pánico que no ha querido abandonar por temor a una nueva agresión encontrándose actualmente en tratamiento por meses. Señala que siempre tuvo una relación buena con ella y con su padre también a pesar que él es un poco anticuado, sin embargo, los detalles del hecho se los dio a su padre que tuvo una reacción de protección.

Asimismo, concurrió el testigo **Juan Hernán Ulloa Igor**, padre de la víctima señala que la tía de Francisco, el pololo de mi hija, llegó a su casa entre las 10 y 10.30 de la mañana y le dijo que a su hija la habían violado. Seguidamente se dirigió a reunirse con su señora, tuvo que ir caminando porque el shock nervioso le causa claustrofobia lo que no le permite entrar a lugares cerrados, encontrándola junto a Vanesa y Francisco. A su hija le pidió que se calmara a pesar que ella estaba tiritando, sumamente nerviosa, mojada y con la ropa sucia. Fueron al Hospital y durante el trayecto su hija le contó que mientras caminaba por la calle Egaña una persona, que ella pensó que se trataba de un amigo que le hacía una broma, la tomó por detrás del cuello y frente al Jardín Infantil Arlequín la obligó a dirigirse a un sitio eriazado debajo del Colegio Alemán donde hay una arboleda. Luego de hacer la denuncia en el

Hospital fueron a ver el sitio y ella le indicó que después de haberla mantenido en ese lugar la llevó a una casa de la que identificó la puerta de entrada de color rojo como el lugar en que la mantuvo retenida y también la agredió sexualmente.

Seguidamente depone **Jacqueline del Carmen Contreras Silva** dice que tiene una casa habitación donde arrienda piezas. Que el día 5 de marzo de 2004, a las 15:00 supo lo ocurrido cuando llegó un funcionario de investigaciones a ver piezas, lo hizo subir, pasó y le mostró la pieza en que pasó lo que pasó y más tarde volvió y dijo que era funcionario de investigaciones y ahí supe lo que había pasado, que habían violado a una niña. Dice que estaba en su pieza viendo tele y que no había nadie en su casa porque a esa hora los pensionistas salen a trabajar antes de la 08:00, todos trabajaban en la construcción, ya no queda nadie de los que había en ese momento, la testigo reconoce al acusado y que éste llevaba un mes, lo veía pasar y entraba a su pieza, nunca llevaba ninguna mujer, tenía amigos pero nunca los vio y que no le conoció ninguna polola. Agrega que a esa hora se encontraban mis hijas de 14 y 5 años, la señora María que es la persona que hace el aseo, porque la de 18 años no estaba. Después que supo de los hechos, le preguntó a la señora María la razón de no haberle informado, y ella le dijo que vio a Jaime entrar con una niña, y que la llevaba abrazada, y que al subir la escalera, Jaime había como forcejeado con ella y la vio con cara de asustada pero cuando la vio salir se quedó tranquila. Señala además que cuando la chica salió, Jaime se fue a trabajar. Posteriormente llegó investigaciones y Jaime no regresó a la pensión, y que funcionarios de esta Policía estuvieron varios días de noche y de día esperando que llegara a la pensión. Que tiempo después Jaime fue a pedirle que le ayudara porque le iban a mandar plata y no tenía carné de identidad, por lo que llamó a investigaciones y le dijeron que si quería lo ayudara, así es que lo acompaño y sacó \$35000, se los pasó y no lo volvió a ver sino hasta esta audiencia.

Agrega que le preguntó si lo había hecho o no, a lo que le contestó que habían mantenido relaciones pero de común acuerdo.

Dice que su pieza está al lado de la que estaba Jaime, que hay dos baños, uno en cada piso, desde la pieza de Jaime hasta el baño hay 4 metros más menos, por un pasillo y hay tres piezas en el medio.

A la fecha de los hechos le arrendaba a obreiros, dos de ellos estaban ocupando su pieza con su señora, y había una pieza una señora y 2 niñitos de 5 y 8 años, y no escuchó nada, a pesar que las piezas están demasiado juntas y se escucha todo, que cuando alguien tose se escucha.

Dijo que él estaba tomado ese día, le habían pagado y había subido al barrio Lintz, venía de un bar, de regreso, y se encontró con una niña y se pusieron a conversar, y como llovía se mojaron y el le ofreció venir a su pieza a secarse, y que la niña se secó el pelo. Al consultarle sobre el hecho de haberle puesto un vidrio en el cuello, lo negó diciendo que estaba tomado pero no tanto. Por último señala que según la señora María la chica no estuvo mucho rato en la casa.

OCTAVO: Que por su parte depone **Andrea Verónica Soto Vargas**, Inspector de la Policía de Investigaciones. Que conforme a una orden del Ministerio Público se entrevistó con la menor y obtuvieron la ubicación de dos lugares en los que la víctima sufrió agresiones sexuales. Un bosque ubicado frente a un jardín infantil y el otro ubicado en calle Huasco número 22. Ingresamos autorizados por la dueña de casa y ubicaron la pieza en que se produjo la agresión. La menor le relató que fue amenazada con un objeto cortante en calle Egaña y la introdujo en un sector eriazo. Con vegetación espesa, que no permite que los transeúntes se percaten de la que pueda ocurrir en el interior. El sujeto la botó y la violó y luego la llevó abrazada a la pieza de la residencial ubicada en Huasco, dentro de la pieza vio un delantal con el logotipo del supermercado Full Fresh, luego de la agresión el sujeto la llevó hasta la costanera a un paradero. Al entrar encontraron las mismas características de lo que le había relatado la menor. En el velador encontraron distintos documentos que correspondían a Jaime Alan González González. Al preguntarle a la propietaria del inmueble dio antecedentes sobre el lugar de trabajo del sujeto. Además encontraron cabellos largos en la cama del sujeto. Dice que conversaron con la nana de la pensión y ésta dijo que vio pasar al acusado hacia su pieza con la niña abrazada, y algo quiso decir, iba con miedo, iban embarrados. En un principio pensó que la niña iba ebria, el hombre la llevaba muy abrazada.

Por su parte el **Inspector de la Policía de Investigaciones Mauricio Molina Arriagada**, decla-

ra en la audiencia incorporándose un set fotográfico consistente en fotografías del sector de la calle Egaña, Jardín Infantil Arlequín, sendero en que fue agredida la menor, y de la casa ubicada en calle Huasco número 22 y de su interior, indicando que corresponden a los indicados por la víctima como aquellos lugares en que fue objeto de violación.

Claudio Vásquez Obrador señala que se le ordenó realizar la fijación fotográfica del inmueble ubicado en calle Huasco número 22 de esta ciudad.

Eduardo Joaquín Pérez Vásquez perito de la Policía de investigaciones, declara incorporando un plano del sector de la calle Egaña en que la víctima fue abordada, el lugar de agresión frente al jardín infantil Arlequín y la casa residencial ubicada en calle Huasco número 22 de esta ciudad.

NOVENO: Que rindiendo prueba pericial por el Ministerio público declaró el doctor **Iván Cabrera Ditzel**, señalando que le tocó como médico de turno en el hospital base de Puerto Montt examinar a la joven K.V.U. el día 5 de marzo de 2004 al medio día, por un supuesto abuso sexual. Ella le relató que había sido conducida a una residencial de calle Huasco de Puerto Montt por un desconocido que amenazándola con un objeto cortante, la condujo a ese lugar, abusando sexualmente de ella por vía vaginal. En el examen físico completo constató una erosión en el cuello, y en el examen ginecológico no se detectó desgarró en el himen, pero sí llamó la atención que era un himen complaciente, es decir un himen que podría permitir una penetración sin producir desgarró, se hizo un examen con una tórula para ver si hay espermatozoides y se mandó al laboratorio. Se hizo un tacto para ver si había útero grande, embarazo pero no se encontró nada anormal. Se hizo un tacto vaginal y una especuloscopia. Agrega que a veces uno hace un examen más completo cuando hay sangramiento, pero en este caso no había sangramiento, el examen del himen no tenía desgarró visibles a ojo desnudo. Al ser complaciente tiene un diámetro mayor y por lo tanto puede producirse una penetración sin desgarrarlo.

Dice que ella tenía una erosión en la cara anterior del cuello, que puede corresponder al roce con un objeto que tiene mayor fricción sobre la piel que puede ser un objeto romo, abrasivo o cortante, se produce una lesión superficial, que no sangra, pérdida de la parte superficial de la piel, una peladura como se dice vulgarmente.

Ella dice que fue amenazada con un objeto cortante, una botella rota, y esa lesión es compatible con un pedazo de botella rota, la lesión la tenía en la mitad del cuello.

Además declaró el doctor **Germán Quappe de la Maza** y señala que el día 05 de marzo del año 2004, le correspondió examinar a K.U., menor de 15 años quien manifestó haber sido violada por un desconocido que la llevó a su domicilio por 2 horas, de 8 a 10 de la mañana, teniendo relaciones sexuales forzadas, sin eyaculación intravaginal, procediendo posteriormente a lavarla. La menor al examen presentaba una lesión lineal cervical de 2 centímetros, sus genitales eran normales no habían otras lesiones corporales, su himen era anular complaciente, en la región anal no había lesiones, concluyéndose que la menor no tenía signos de agresión sexual y que por este peritaje era imposible pronunciarse si había habido o no actividad sexual.

En la región anterior del cuello, observó un rasguño que puede ser producido con cualquier instrumento cortante que tenga una arista, un vértice, un borde, y es compatible con un pedazo de botella roto. Es una lesión reciente que no dura más de tres días y cicatriza rápidamente.

El examen es una inspección visual, sin instrumentos, es un examen externo de la vagina.

El himen complaciente es un himen elástico, distensible que se deja penetrar sin producir desgarros.

Los exámenes ginecológicos que se hacen en Puerto Montt se hacen en forma externa.

La huella o la lesión va a depender de la violencia que emplee el victimario, sobre la víctima, en múltiparas no hay huellas, y también en las menores no hay una agresión propiamente tal. El shampoo si se lava no deja huella tampoco.

Detalló que la eyaculación había sido fuera de la vagina y que la había lavado posteriormente.

Seguidamente depone **Paola Ivette Alvarado Mansilla** señalando que el día 5 de marzo de 2004 en la unidad de atención a víctimas y testigos, se recibió un llamado por un caso de emergencia que estaba en el hospital base, se le asignó como profesional responsable. Asistió a las dependencias de la Fiscalía, y ahí se otorgó la primera acogida, pudo observar que estaba inestable emocionalmente, tenía rabia, llanto, tristeza, por lo que tuvo que

intervenir para controlarla, porque no se podía contener.

Dada la inestabilidad emocional la acogió, la contuvo, y la orientó un poco porque había que seguir con las diligencias, y cuando estaba más estable la preparó para que rindiera declaración, en términos metodológicos, no le preguntó sobre lo que había ocurrido, luego la acompañó, estaba más tranquila, su lenguaje era más fluido, y más cooperadora, ella quería terminar con todo el mismo día. Fue un día largo, cuando terminó la declaración, fueron al servicio medico legal, la preparó y después la esperaba, fueron en compañía de la Brigada de Delitos Sexuales, y en cada diligencia salía muy mal emocionalmente, la acompañó al sitio del suceso, siendo solamente el vínculo para ella, eso fue el día 1.

Posteriormente citó a los papás a la Unidad de Víctimas, para el día lunes y allí pudo conocer que la familia era de tipología biparental de roles compartidos, no se apreciaba mayor disfuncionalidad familiar, tuvo contactos con la menor, se decretó rondas de carabineros, fue la primera medida de protección, rondas de carabineros.

En contactos posteriores presentaba mucho miedo, problemas para conciliar el sueño, no podía salir a la calle, no quería ir al colegio, y le entregamos una alarma personal, son temporales, esta niña hasta la fecha la usa. Ella todavía la quiere seguir usando, incluso cuando el agresor ingresa a prisión preventiva, la sigue usando, fue bastante preocupante esa actitud, ella seguía mostrando actitudes ansiosas, no podía dormir, estaba inapetente, por lo que la derivaron al consultorio Carmela Carvajal, la atendió el doctor Riquelme, y le recetó fármacos para la ansiedad, sin embargo no lograba conciliar el sueño, entonces fue derivada a polisiquiatría, donde una siquiatria infantil, la doctora Consuelo Leiva la atendió y ella le cambió los fármacos, por otros dos, los cuales dejó de tomar hace 2 meses porque no quiso seguir tomándolos.

Paralelamente como no se podía estabilizar, la derivaron al centro de reparación Melipulli, y hasta la fecha sigue con terapia reparatoria.

Lo relevante es que siga con la alarma, la niña refiere tranquilidad, la alarma le da tranquilidad, tuvieron que hacer contacto con establecimientos educacionales que queden más cerca de su casa, ella no anda sola y si lo hace sale con la alarma pero la mayoría del tiempo sale con su pololo.

Cuando yo la encuadré de todo lo que es el proceso penal, me dice ella que son muchas las diligencias que quería terminar todo en el día. Era una niña normal.

Depone la doctora Psiquiatra doña **Consuelo Leiva Muñoz** y señala que vio a la paciente por presentar un trastorno adaptativo, insomnio, nerviosa, inquieta y se limitó a procurarle tratamiento farmacológico porque ella iba a comenzar terapia en un centro especializado. Señala además en su informe que se trata de una menor con características histriónicas. Aumentó la dosis de medicamentos por una cuestión de práctica habitual, se comienza con dosis pequeñas. Dice además que la menor no quiso referirse a los hechos que le provocaron el stress por los que es tratada. Sin perjuicio de haber considerado que la menor tiene características histriónicas, señala que esto no tiene relación con la veracidad de su exposición.

A continuación depone la **Psicóloga María Edith Mejías Contreras** señalando que en marzo de 2004 realizó un peritaje psicológico para evaluar veracidad del relato, conocer el nivel de afectación de la menor y la necesidad de tratamiento reparatorio. Señala que la víctima se adecua a las entrevistas y que es una persona de inteligencia normal promedio, de un desarrollo moral convencional, que siente temor. Agrega que sin embargo, de haber tenido relaciones sexuales anteriores al hecho que se trata en esta sentencia, no ha podido normalizarlas porque tiene rechazo al contacto físico. En cuanto a los hechos le indicó que fue tomada por la espalda bajo la amenaza de cortarles la cara la llevó hasta un lugar eriaz y la agredió sexualmente. Su relación es inmediata, les cuenta a sus padres y a su pololo y su relato es consistente, coherente y con un hilo conductor. Concluye que es altamente creíble y que no aprecia motivo alguno por el que quiera inculpar al acusado. Los efectos posteriores a la agresión se traducen en falta de apetito, insomnio, dificultad de concentración y adopción de decisiones como el miedo de salir a la calle sola, evita pasar por el lugar en que fue agredida, disminución en la afectividad, stress post traumático, depresión, falta de energía. Agrega que siente un absoluto rechazo a los olores de alcohol y humedad que rodearon la agresión de que fue objeto.

Seguidamente por el Ministerio Público depone el doctor **Mauricio Hernán Jeldres Vargas** se-

ñalando que el día 24/08/2004 con la sicóloga, del servicio médico legal de Osorno, evaluaron a Jaime González González por requerimiento de Fiscalía local de Puerto Montt. Entre los antecedentes destacaba consumo de alcohol sin dependencia, y consumo de cigarrillos, tres al día, y al examen se verifica una persona ectomórfica de lenguaje notificativo, concordante ideo afectivamente, y que guarda distancia social, algo descuidado en su aspecto personal sin productividad delirante, ni alucinatoria, que no presenta alteraciones del ánimo, ni ansiedad y que describe los hechos verbalizando arrepentimiento, él dice que distinta hubiese sido la situación si hubiera sabido él que era menor de edad, en el discurso es bastante fluido, trata de minimizar los hechos en forma contradictoria aludiendo a la condición de no saber que se trataba de una menor de edad. Con este examen mental encontraron a una persona que tiene su juicio conservado, sus capacidades volitivas y reflexivas están conservadas por lo tanto es capaz de discernir lo bueno, lo malo, lo correcto de lo incorrecto, y tiene control sobre sus actos, desde el punto de vista médico siquiátrico sería imputable, no concurriendo ningún trastorno siquiátrico de base.

Agrega que la constitución física se asemeja a los rasgos predominantes longilíneos, se mueve entre los polo fríos y sensibles y que es un poco distante afectivamente. Es adecuado en la entrevista, sabe dónde está, se ubica espacialmente, temporalmente, guarda la compostura social, es decir, no se desborda, no hace ningún desajuste conductual, es una persona adecuada socialmente se ajusta en términos de la entrevista, no es una persona sicótica. Verbaliza el arrepentimiento, él dice que está arrepentido, sin concordancia ideo afectiva, simplemente verbaliza arrepentimiento. En el examen dijo que está arrepentido, que son efectivos los hechos, que había consentimiento, pero que si él hubiese sabido que era menor de edad no habría sucedido, lo verbaliza con palabras, porque cuando hay un acento y expresión fisonómica con la corporalidad es distinto, el acento no está puesto en eso, el acento lo pone en que es una menor de edad, era contradictor hay cosas que de suyo surgen, pero él las dice cuando uno se las pregunta. Él dice que después de estar en la pieza la fue a encaminar para que se fuera a su casa, y que todo fue sin violencia.

Que por último depuso la perito Reinería Hermosilla Vásquez, médico quien declaró sobre el informe N° 16 sobre examen de búsqueda de espermios, exponiendo que en la muestra vaginal remitida al Laboratorio no fueron encontrados espermios.

DÉCIMO: Que se incorporó como prueba documental el extracto de filiación y antecedentes del acusado Jaime Alan González González en que consta que no tiene anotaciones prontuariales. Un certificado de nacimiento de la víctima en el que consta su fecha de nacimiento el 17 de diciembre de 1988. Una copia de la resolución exenta n° 3107 del secretario ministerial de educación mediante la cual se fija el calendario escolar regional para el año 2004 para la Región de Los Lagos. Un informe a atención de la Unidad de Atención de Víctimas y Testigos del Ministerio Público. Un set fotográfico y una sentencia en procedimiento abreviado en que consta que el acusado fue condenado con posterioridad a los hechos materia de este juicio oral a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio por el delito de amenazas.

UNDÉCIMO: Que el testimonio de la menor K.V.U.B. reúne todos los requisitos de verosimilitud tanto en lo que se refiere al tiempo en que acaecieron los hechos como al lugar en que se perpetró. El relato es continuo, fluido y concordante con las demás pruebas presentadas en el juicio. El testimonio es persistente durante todas las oportunidades en que tuvo que relatar los hechos que le afectaron, tanto en los procedimientos legales como durante las evaluaciones médicas, tratándose de una persona de inteligencia promedio normal y sin que haya sido desacreditada por conductas licenciosas sino por el contrario, tiene una relación afectiva con el testigo Francisco Ascencio por casi dos años.

La herida en el cuello fue verificada en el examen médico practicado por el doctor Iván Cabrera Ditzel señalando que tiene una erosión en el cuello y le relató que había sido conducida a una residencial de calle Huasco de Puerto Montt por un desconocido que amenazándola con un objeto cortante, la condujo a ese lugar, abusando sexualmente de ella por vía vaginal. En el examen físico completo se constató una erosión en el cuello, y en el examen ginecológico no se detectó desgarró en el himen, pero sí llamó la atención que era un himen complaciente.

Debe agregarse que de toda la prueba rendida no se coligió antecedente alguno que permitiera ni aún presumir el consentimiento de la víctima para una eventual relación sexual voluntaria, aparte de la sola declaración del acusado, que como se dirá se estima inverosímil, y por el contrario, con un alto grado de verosimilitud por parte de la víctima, corroborada tanto en los efectos de la agresión de que fue objeto como de la relación de los hechos.

Que además los peritos médicos cuyas declaraciones parecen creíbles por haber sido formuladas por personas con conocimientos especiales, en la ciencia que detentan, y además son compatibles con lo expuesto por la víctima y la de los funcionarios policiales que intervinieron en este juicio otorgaron a su turno, valor y verosimilitud a la relación de hechos de la menor víctima del atentado sexual. Unido asimismo, a lo declarado por la testigo Jacqueline Silva Contreras, que indicó haber hablado con la nana de su residencial, única persona que vio ingresar a la menor con el acusado, y quien le refirió que efectivamente ella vio cuando ingreso éste con la ofendida, y le contó que ella ingresó con una expresión de temor, como que le quiso decir algo, pero que ella no se metió en el asunto, que la vio subir las escaleras como media forzada, pero que en definitiva no le dijo nada a nadie, versión que también fue recogida por la funcionaria policial Andrea Soto Vargas.

DUODÉCIMO: Que de esta manera, estos sentenciadores pueden afirmar, que con la prueba producida durante la audiencia de este juicio oral, latamente relacionada y valorada, conforme la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, se ha logrado superar ampliamente la presunción de inocencia, que ampara al imputado, permitiendo conducir al Tribunal a la convicción -más allá de toda duda razonable- de que a éste le ha correspondido una participación culpable y penada por la ley, en calidad de autor del siguiente hecho punible acreditado:

Que el día 5 de marzo de 2004 pasadas las 8.00 horas de la mañana, en la avenida Egaña de esta ciudad, el acusado JAIME ALAN GONZÁLEZ GONZÁLEZ abrazó por la espalda a la menor K. V. U. B. y poniéndole un pedazo de vidrio de una botella en el cuello, intimidándola con matarla la llevó al interior de un bosque frente al Jardín Infantil Arlequín, lugar en que accedió carnalmente con ella

contra su voluntad, por vía vaginal, seguidamente la obligó a caminar hasta una pieza de una residencial ubicada en la calle Huasco número 22, lugar en que también accedió carnalmente con ella contra su voluntad, por vía vaginal ocasionándole una erosión vertical en la cara anterior del cuello.

DÉCIMOTERCERO: Que los hechos descritos precedentemente son constitutivos y tipifican el delito de violación en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 361 n° 1 del Código Penal, en el que al acusado le cabe responsabilidad como autor al haber intervenido de una manera inmediata y directa en su ejecución.

DÉCIMOCUARTO: Que como tantas veces se ha señalado la controversia se centra en si la relación sexual reconocida por la defensa fue o no consentida por la víctima, la que conforme a los testimonios latamente referidos en los considerandos anteriores tanto de la víctima como de los testigos y peritos, a juicio de estos sentenciadores se probó por el ente acusador que dicho acceso carnal no fue consentido y concurrió en la ejecución del hecho punible el medio comisivo descrito en el N° 1 del artículo 361 del Código Penal, esto es, la intimidación, la que se tradujo en que el acusado con un elemento cortante, como lo es un pedazo de vidrio en los términos descritos por la ofendida, la abrazó por detrás y se lo puso en el cuello, logrando someter a la menor, impidiéndole toda defensa y con ello llevarla a un lugar apartado de la calle, lugar en donde la violó y posteriormente la menor ya sometida trasladarla a un inmueble en donde nuevamente la violentó sexualmente.

Que conforme a la prueba ya analizada es necesario hacerse cargo del testimonio del acusado, el que a juicio de estos juzgadores resulta absolutamente inverosímil. En efecto, no resulta creíble que un hombre de 35 años, y luego de haber estado bebiendo durante la noche encuentra en la calle a una menor de 15 años, bien presentada, y que circula en dirección al Hospital para una consulta dental a las 8.00 de la mañana, obtiene mantener una conversación con ella y antes de las 9.00 de la mañana mantiene relaciones sexuales con su consentimiento. El acusado señala que la menor le contó que tenía problemas con su padre, sin embargo, quedó demostrado en el juicio, con las declaraciones de la menor y de su madre que al que le relata con detalles la agresión que sufrió es precisamente

a éste. Tampoco es efectivo que fuera difícil o que le doliera la penetración vaginal por cuanto de lo informado por los peritos la menor es anatómicamente de himen complaciente. Dice que la menor le indicó que estaba enferma y por eso iba al Hospital, sin embargo, se acreditó por los testimonios de la menor, de su padre y de su madre que se dirigía a ese centro asistencial con el propósito de realizar unas radiografías dentales.

La dueña de la residencial doña Jacqueline Contreras Silva señala haber conversado con la señora que hace el aseo en la pensión, y ésta le manifestó que vio entrar a la menor abrazada por el acusado y se observaba un gesto de desesperación en ella. El acusado, por último, conociendo que la Policía lo buscaba huyó de la ciudad abandonando su trabajo y todos los efectos personales que se encontraban en su pieza incluyendo su documentación personal.

Que conforme a la suma de antecedentes y razonamientos que se han expuesto precedentemente, a los que debe agregarse la impresión que causaron a estos sentenciadores tanto la víctima como el acusado, es que se llegó a la decisión de condena.

DÉCIMOQUINTO: Que favorece al acusado la atenuante de irreprochable conducta anterior prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, que le fuera reconocida por el Ministerio Público, y se acredita con su extracto de filiación y antecedentes que no registra anotaciones anteriores y el que fue incorporado en la audiencia de juicio oral.

DÉCIMOSEXTO: Que para la determinación de la pena el tribunal tiene presente que el acusado es responsable como autor de un delito de violación sancionado con presidio mayor en su grado mínimo a medio y concurriendo una circunstancia atenuante sin que le perjudique agravante alguna no aplicará el grado máximo, y ya en el grado mínimo la impondrá en su extremo superior atendida la grave extensión del mal producido por el delito como lo refirieron en audiencia la psicóloga María Mejías Contreras y la Asistente Social Paola Alvarado Mansilla, las circunstancias de comisión del mismo, y además porque el hechor ha demostrado no tener espíritu de recuperación al haber cometido otro delito con posterioridad al que se sanciona en esta sentencia.

Por estas consideraciones, y visto además lo dispuesto en los artículos 1, 11 n° 6, 14 n° 1, 15 n°1, 18, 21, 24, 25, 28, 50, 68, 69, y 361 n° 1 del Código Penal; 1, 45, 46, 47, 281, 295, 296, 297, 298, 309, 314, 315, 319, 323, 324, 325, 326, 328, 329, 339, 340, 341, 343, 344, 3345, 346, 348, 349, 338, 339, 340, 341, 343, 344, 345, 346, 348, 349, 351 y 468 del Código Procesal Penal se declara:

I.- Que se condena al acusado **JAIME ALAN GONZÁLEZ GONZÁLEZ**, run 11.504.735-3, ya individualizado a la pena de **DIEZ AÑOS DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MÍNIMO**, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta perpetua para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa, como autor del delito de violación en la persona de la menor K.V.U.B, en grado de consumado perpetrado el día 5 de marzo de 2004 en esta ciudad.

Que la pena privativa de libertad que por esta sentencia se le impone al sentenciado la comenzará a cumplir desde que se presente o sea habido sirviéndole de abono el tiempo que ha permanecido detenido y sujeto a prisión preventiva desde el 1 de mayo al 21 de julio del 2004, e ininterrumpidamente desde el 6 de agosto de 2004.

II.- Que no reuniéndose en la especie los requisitos contemplados por la Ley 18.216, especialmente en la extensión de la pena impuesta en esta sen-

tencia, no se le suspende la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta con alguno de los beneficios establecidos en la citada ley.

Se previene que la Juez Claudia Olea Tapia estuvo por aplicar la pena solicitada por el Ministerio Público, esto es, la de seis años de presidio mayor en su grado mínimo, atendida la forma de comisión del delito, a la persona del autor, y consideración especialmente los principios de proporcionalidad, lesividad y humanidad, circunstancias e instituciones todas, que debidamente integradas deben originar una decisión que responda a las funciones y fines de la pena, la que en el caso concreto se ajusta más a la pena requerida por el ente acusador.

Devuélvase a los intervinientes la prueba documental.

Redactada por el magistrado don Francisco Javier del Campo Toledo y la prevención de su autora.

Regístrese y comuníquese al Juzgado de Garantía de Puerto Montt, para la ejecución de lo resuelto, y en su oportunidad archívese.

RUC N°0400083140-4

RIT N°31-2004.

PRONUNCIADA POR LOS JUECES TITULARES DOÑA NEYDA SANTELICES MORENO, DON FRANCISCO DEL CAMPO TOLEDO Y CLAUDIA OLEA TAPIA.

- **Condena a los acusados como autores de homicidio calificado, declarando como suficiente, al efecto, la concurrencia de dolo eventual, verificado por la aceptación del resultado de muerte durante el desarrollo del delito, desechando la tesis de homicidio preterintencional sostenida por la defensa.**

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

Resumen:

La Fiscalía acusó a los imputados como autores del delito de homicidio calificado por la concurrencia de las circunstancias 1ª, 4ª y 5ª, en concurso material con el delito de hurto simple. Las Defensas sostuvieron que los hechos ocurridos correspondían a un homicidio preterintencional, además de concurrir las atenuantes del artículo 11 N° 6 y 9 del Código Penal. En cuanto al delito de hurto, una de ellas sostuvo que a su representado no le cupo participación. El Tribunal estimó acreditada la concurrencia de la alevosía, porque se estableció que los acusados se prevalieron de la soledad en que se encontraba el ofendido, luego de ingresar a su domicilio mediante engaño (ocultando su verdadera intención) y, siendo superiores en número, agredieron a la víctima por la espalda. En cambio, no estimó concurrentes el ensañamiento y la premeditación conocida. La premeditación, porque ésta es el designio reflexivo y persistente que precede y conduce a la ejecución de un delito, y habiendo quedado más de una duda razonable respecto del tiempo transcurrido entre la decisión y la ejecución del delito faltó un elemento. En cuanto al ensañamiento, porque éste exige que el sufrimiento no sólo sea ocasionado por el agente, sino escogido deliberada y conscientemente (incluso como un fin en sí mismo y no necesariamente relacionado causalmente con la muerte de la víctima), y, si bien la conducta de los acusados fue brutal e impactante por el número de heridas y las zonas lesionadas, no se demostró que en el desarrollo de la acción se haya buscado como resultado el aumento del dolor, sino más bien que fue la expresión descontrolada de su rabia. En cuanto a las alegaciones de las Defensas, el Tribunal descartó la de haberse tratado de un homicidio preterintencional, porque al haberse demostrado que los agresores hirieron 73 veces con armas blancas a la víctima para luego abandonarla sin buscar socorro alguno, la Fiscalía probó que actuaron aceptando el resultado de muerte. Respecto del delito de hurto, el Tribunal sentenció que el menor de edad participó en calidad de encubridor al haber recibido de parte de su coimputado especies que eran producto de una sustracción para mantenerlas en su poder con la intención de no dar a conocer el ilícito. Finalmente, en cuanto a las atenuantes invocadas, el Tribunal acogió la irreprochable conducta anterior, y respecto del menor de edad, la colaboración sustancial, por cuanto éste declaró desde el comienzo dando a conocer la forma en que los hechos ocurrieron y quienes participaron en los mismos, además de haber hecho entrega de evidencia material.

Texto completo:

La Serena, tres de febrero del año dos mil cinco.

VISTOS:

PRIMERO: Que con fecha veintiséis al veintinueve de enero del presente año, ante esta Segunda Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de esta ciudad, constituida por la **Juez Presidente** **doña María Eugenia Cubillo Espinoza** y los **Jue-**

ces don Jorge Pizarro Astudillo y **doña Nury Benavides Retamal**, se llevó a cabo la audiencia correspondiente a los autos rol N° 224-2004, seguidos contra RICARDO ARTURO LÓPEZ LÓPEZ, nacido el 10 de agosto de 1985, 19 años de edad, chileno, cédula de identidad n° 16.187.707-7, soltero, estudiante, domiciliado en Aconcagua n° 2873, Compañía Alta, La Serena y JUAN CARLOS ALVARADO RAMOS, 17 años de edad, declarado con discernimiento en esta investigación, chileno, soltero, estu-

dante, cédula de identidad n° 16.442.711-0, domiciliado en José Monreal n° 2743, Compañía Alta, La Serena.

Fue parte acusadora en el presente juicio el Ministerio Público, representado por doña Marcela Villarreal Villa y don Ricardo Salinas Espinoza, Fiscales Adjuntos de esta ciudad, domiciliados en calle Gandarillas n° 810, La Serena.

La defensa de los acusados, Ricardo Arturo López López, estuvo a cargo de los abogados don Ramiro Moya Suárez y doña María Cecilia Garrido Pérez, domiciliados en calle Brasil n° 209, La Serena y la del acusado Juan Carlos Alvarado Ramos, del abogado don José Ilabaca Sáez, domiciliado en Pedro Pablo Muñoz n° 420 oficina 10 de La Serena.

SEGUNDO: Que los hechos materia de la acusación, según el auto de apertura del juicio oral, ocurrieron el día 02 de julio del año 2004, en horas de la mañana, aproximadamente a las 7:30 horas, en circunstancias que los acusados Ricardo Arturo López López y Juan Carlos Alvarado Ramos, y además un menor de edad inimputable, se juntaron para dirigirse al inmueble donde habitaba René Augusto Ducros Barrios, ubicado en calle Ercio Mettifogo n° 2567, de la Población Juan Soldado, sector de la Compañía de esta ciudad, con la finalidad de darle muerte a este último. Así, en el transcurso del camino hacia la casa habitación antes señalada, el acusado Ricardo López López, con el objeto de poder ingresar al inmueble antes señalado, llamó por teléfono a Daniel Ducros, a quien conocía y respecto del cual tenía una relación de amistad, señalándole que iría a su casa con la finalidad de revisar unos disquetes en su computador. De esta forma, y aproximadamente, entre las 08:00 y 08:30 los acusados ya individualizados una vez que habían ingresado, con el consentimiento de su morador, al inmueble señalado, y tras un diálogo con la víctima, el acusado Juan Carlos Alvarado Ramos procedió a poner un trozo de cordel en el cuello de Ducros Barrios mientras Ricardo López López, procedía a enterrarle objetos con filo, que cortaron y penetraron, en distintas partes, sumándose a dicha acción, también el acusado Juan Alvarado, provocándole, en definitiva setenta y tres heridas cortopenetrantes a René Ducros Barrios, aumentando inhumanamente el dolor a la víctima y dándole de esta forma muerte, toda vez que tres de estas heridas, correspondientes a las regiones cervical, torácica y abdominal fueron

necesariamente mortales, si no se socorría en forma muy oportuna. La acción antes descrita fue planificada por el acusado Ricardo Arturo López López, quien indujo al otro acusado, y al tercero inimputable para su comisión. Después de dar muerte a René Ducros Barrios, el acusado Ricardo López López sustrajo desde el inmueble, sin el consentimiento de su dueño y con ánimo de lucro, un play station, con sus accesorios, y un teléfono celular, evaluadas en la suma total de \$ 100.000, las que entregó para ocultarlos al acusado Juan Carlos Alvarado, y también sustrajo un peluche con la figura de un oso de color blanco, que entregó posteriormente a una tercera persona, todos ellos de propiedad de Zoila Yolanda Barrios Torres. Finalmente, antes de retirarse del inmueble, el acusado Ricardo López López procedió a abrir o dar paso del gas de la cocina y a poner un envase de aerosol dentro del microondas, todo con la finalidad de impedir el descubrimiento del ilícito.

Los hechos descritos precedentemente son calificados por el Ministerio Público como constitutivos del delito de homicidio calificado, previsto y sancionado en el N° 1 del artículo 391 del Código Penal, circunstancias primera, cuarta y, en concurso material, del delito de hurto simple, previsto y sancionado en el artículo 446 n° 3 del mismo cuerpo legal cometido en perjuicio de doña Zoila Yolanda Barrios Torres.

Solicita al Tribunal se condene al acusado, López López a la pena de quince años y un día de presidio mayor en su grado medio como autor del delito de homicidio calificado y como autor del delito de hurto de especies a la pena de trescientos días de presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales, y además, respectivamente a las penas accesorias legales pertinentes, con costas; y al acusado Alvarado Ramos, a la pena de siete años y ciento ochenta y tres días de presidio menor en su grado mínimo; y como autor del delito de hurto simple, a la pena de cuarenta días de prisión en su grado medio y cinco unidades tributarias mensuales, respectivamente, a las penas accesorias legales pertinentes y al pago de las costas de la causa.

TERCERO: Que la defensa del imputado Ricardo López López, respecto de los hechos de la acusación, discrepa en cuanto a calificación jurídica de aquellos, ya que a su juicio, se trataría de un

homicidio preterintencional y no calificado, como aquél ha sostenido, en concurso material con el delito de hurto de especies por el cual también se le acusa. Sostiene, que benefician a su defendido, las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal de los n° 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal. Refiere, que la detención realizada en estos hechos fue ilegítima.

Por su parte, el defensor del imputado Juan Carlos Alvarado Ramos, por su parte, también discrepa en cuanto a la calificación jurídica de los hechos, por cuanto se trataría de un homicidio preterintencional y no calificado. En cuanto al delito de hurto de especies que se le imputa, estima que debe ser absuelto, por cuanto en éste no le cabe participación alguna, y así lo ha expresado el Ministerio Público al imputar tal autoría al acusado López López. Señala que benefician a su defendido las atenuantes de los n° 6 y 9 del artículo 11 y la minorante especial del artículo 72, ambas disposiciones del Código Penal.

CUARTO: Que los hechos materia de la acusación así como la participación que en ellos le cupo a los imputados Ricardo López López y Juan Carlos Alvarado Ramos, en los mismos, se ha acreditado, mediante prueba pericial, testimonial, documental y evidencia material incorporada.

Con el certificado de defunción de fecha 2 de julio del año 2004 de René Ducros Barrios, incorporado por la Fiscalía en la audiencia, el cual consigna como causa de la muerte, herida corto penetrantes cervical, torácico y abdominal, antecedente que se encuentra en concordancia con el testimonio de la médico legista doña Katia Cabrera Briceño, quien relata, que con fecha 03 de julio de 2004, a requerimiento del Fiscal de La Serena, a las 09:30 horas, realizó la autopsia a René Ducros Barrios, quien tenía 18 años, midió 1,79 metros y pesó 70 kilos; al examen externo encontró en la parte de la piel a nivel frontal, en la parte de la cara lado derecho, ambos conductos auditivos externos, el tórax, el abdomen del lado derecho, y todas las extremidades superior derecha manchadas con regular cantidad de sangre. En la zona del cuello tenía dos erosiones lineales a nivel de la cara anterior y lateral derecha, rojizas, oblicuas, una medía 20 cm., y la otra 4 centímetros; presentaba en la cara palmar derecha a nivel del dedo medio, anular y meñique, tres heridas cortantes de bordes rojizos que medían

entre 5 y 7 milímetros; en el brazo izquierdo a nivel de la cara externa del tercio medio presentaba una equimosis de 1 por 1 centímetro, en el antebrazo también a nivel del tercio medio en la cara posterior otra equimosis de tres por dos cm.; en el dorso de la mano izquierda a nivel del dedo meñique una herida cortante oblicua de 1,5 cm. Precisó la profesional que durante el peritaje encontró 73 heridas cortantes y algunas corto penetrantes, las cuales con fines explicativos agrupó de acuerdo al orden anatómico, y las enumeró del 1 al 73. Indicó que se ubicaban de la siguiente forma: N° 1 en la región malar izquierda, herida cortante, de bordes rojizos, de 1,5 cm., que lesionaba piel, celular y la parte del músculo de la cara; N° 2 en el mentón del lado izquierdo que medía 2 cm., de bordes rojizos, lesionaba piel, celular y músculo; N° 3 es una de las heridas que ingresa a la parte del cuello, ubicada en zona submentoniana izquierda, por debajo de la N° 2, medía 2 cm., era de bordes rojizos y penetraba piel, celular subcutáneo, con sección parcial del músculo, llegando a la carótida común lesionando este vaso sanguíneo y dejando una herida de 3 milímetros, rodeado de un gran hematoma en esa zona, con una trayectoria de izquierda a derecha, de atrás hacia delante y de arriba hacia abajo, con un recorrido intracorporal de 3 cm.; las del N° 4 al 20, más aquellas del N° 35 al 38, se localizaban en la parte izquierda y en la posterior del cuello, medían entre 6 milímetros, 1,5 y 2 cm., sólo lesionaban piel y celular subcutáneo; de la N° 21 a la 26, más la 33 y 34, lesionaban la parte superior de la escápula izquierda, también piel y celular, medían entre 1 y 1,5 cm.; N° 27 a 32, localizadas en la parte izquierda del abdomen, lesionaban piel y subcutáneo, medían entre 0,5 y 2,5 cm.; N° 39 a 45, localizadas en el flanco derecho, medían entre 1 y 1,5 cm., lesionaban sólo piel y celular; N° 46 ubicada en el glúteo derecho, lesiona piel y celular subcutáneo; N° 47 localizada en la zona dorsal izquierda, medía 9 milímetros, lesionaba piel y celular subcutáneo; N° 48, ésta ingresa a la cavidad torácica, medía 2 cm., penetra a la cavidad izquierda lesionando piel, celular subcutáneo, noveno espacio intercostal izquierdo por la línea axilar anterior con fractura del borde de la costilla de ese lado, dejando una herida en la pleura de 1,5 cm., luego ingresa a la base del pulmón izquierdo, también dejando una herida de 1,5 cm., siendo su trayectoria de izquierda a derecha, de atrás hacia delante, de abajo ha-

cia arriba; N° 49, ingresa a la cavidad torácica y abdominal, es una herida que se encuentra en el flanco izquierdo, por debajo de la parte dorsal, medía 1,5 cm., en su trayectoria lesionó piel, celular, noveno espacio intercostal por línea axilar posterior, deja una lesión en la pleura, pasa al diafragma produciendo una herida de 1,5 cm., luego pasa al abdomen llegando a la cavidad retroperitoneal donde está alojado el riñón izquierdo dejando una herida de 7 milímetros con una profundidad de 1,5 cm., además de un gran hematoma, siendo su trayectoria de izquierda a derecha, de atrás hacia delante, y de arriba hacia abajo, con un recorrido intracorporal de 10 cm.; N° 50 a 62, se encuentran también a nivel del flanco izquierdo, lesionan sólo piel y celular subcutáneo; N° 63 y 64, lesionan zona paralumbal izquierda, por debajo del flanco, N° 65 a 73, lesionan el glúteo izquierdo, comprometiendo sólo piel y celular subcutáneo, todo este grupo de heridas miden entre 1,0, 1,5 y 2,0 centímetros. En la parte interna del cuerpo no encontró lesiones a nivel del cuero cabelludo, ni de cráneo, ni de encéfalo; a nivel del cuello tampoco se constató lesión aparte de las descritas externamente; en el tórax se vio solamente la lesión del pulmón izquierdo debido a la herida N° 48, y la del diafragma por la herida N° 49; se encontró un hemotórax muy pequeño, de 20 ml., a nivel de la cavidad izquierda, no se hallaron coágulos, y a nivel abdominal se encontró la lesión del riñón izquierdo y el hematoma retroperitoneal del lado izquierdo; no se observó lesión a nivel de hueso, excepto la fractura de la novena costilla; no se halló lesión a nivel pélvico ni de las extremidades inferiores. Refirió la perito que tomó fotografías de la pericia, muestras de sangre para un eventual examen de ADN. Concluyó en consecuencia, que la causa de muerte fueron heridas corto penetrantes cervicales, torácicas y abdominales; que en el occiso presentaba 73 heridas cortantes y algunas corto penetrantes, todas recientes, vitales, producidas por un arma que tenía filo, por ende que corta y penetra, siendo las N° 3, N° 48 y N° 49, necesariamente mortales, si no se socorre en forma muy oportuna, de tipo homicida ocasionadas por terceros. Agregó que realizó un cuadro comparativo de las trayectorias de todas las heridas, y determinó también que el occiso tenía heridas cortantes en ambas manos, recientes y vitales, clínicamente leves, producidas por elementos cortantes, las que por su ubicación corresponderían a heridas de defensa. Concluyó

igualmente, que las equimosis que encontró en el brazo izquierdo y antebrazo del occiso, por su forma corresponderían a lesiones de dígito presión, y que la lesión encontrada en el cuello, que eran dos erosiones corresponden a heridas superficiales aplicadas directamente con un elemento con filo o bien por deslizamiento por terceros y clínicamente leves.

En cuanto a su segundo peritaje, expuso que éste se realizó con posterioridad para evaluar tres evidencias que le remitió la Fiscalía, enumeradas como 1, 2 y 4, las que venían en un envoltorio con su respectiva cadena de custodia e identificación. Explicó la profesional que se procedió a tomar las fotografías pertinentes antes de extraerlas de sus envoltorios; la N° 1 consistía en dos fragmentos de madera, uno era como un mango de un arma blanca, y el otro un fragmento desprendido de uno de los extremos; como se le consultaba si estas evidencias podrían haber provocado las heridas encontradas en René Ducros Barrios, concluyó que en esas condiciones no era posible, por cuanto ninguno de los fragmentos tenía filo, pero no descartó que al parecer un mango de arma blanca se haya desprendido la hojilla, lo que explicaría el fragmento pequeño separado; la evidencia N° 2 era un arma blanca que constaba de un mango de madera, y de una hojilla de metal que en uno de los extremos estaba cortada casi por la mitad, no tenía punta y medía 1,5 de ancho, concluyendo que esa hojilla sí podría haber producido las heridas encontradas en el occiso, porque casi todas ellas tenían entre 6 milímetros, 1,5 y 2,0 centímetros de ancho; agregó la profesional que aunque no tenía punta esta arma, también era posible que produjera heridas en tejidos blandos, también en tejido óseo como las costillas; la evidencia N° 4, consistía en un cordel café, delgado, firme, manchado con un material rojizo como sangre, medía 1 metro 13 de largo y un milímetro de ancho, presentaba los extremos irregulares, y a su juicio podría haber producido por aplicación de este en el cuello y deslizamiento, las dos erosiones que encontró en el cuello del occiso, una de 20 y otra de 4 cm., remitiéndose para estos efectos a la fotografía N° 20 que grafica las lesiones en la zona indicada. Añadió que adjuntó a su peritaje además una fotocopia de un libro de anatomía donde indicó la lesión del cuello en forma más específica y un gráfico de un cuerpo humano para explicar la localización de las heridas. Reconoció en la audiencia al serle exhibido por la Fiscalía tanto su pri-

mer peritaje, como las 40 fotografías, fotocopia libro de anatomía zona del cuello y gráfico del cuerpo humano que refirió; también el ordinario N° 1337-04 y el segundo peritaje relativo a la evidencia 1, 2 y 4, en los términos que ha expuesto, todos incorporados al juicio.

Consultada por el Fiscal, expuso que si el occiso sólo hubiese sufrido la herida N° 3, atendido que se lesionó un vaso sanguíneo que lleva con mucha fuerza sangre al cerebro, lo más probable es que de aquí haya salido mucha sangre hacia la parte externa del cuerpo en proyección, quedando sangre también en el borde de la herida tratando de hacer como un tapón, y como la herida era muy pequeña, lo más probable es que la persona pierda el conocimiento y pierda fuerza, pero no causa la muerte en forma inmediata, y puede ser socorrida en forma oportuna, sin llegar a morir, pudiendo dar un tiempo de horas para la atención médica, pues era sólo de 3 milímetros; en cuanto a la herida N° 48 dijo que tenía 12 centímetros de recorrido intracorporal, necesariamente mortal porque comprometió un órgano importante como el pulmón izquierdo; en cuanto a la N° 49 expuso que si bien visualmente parece muy sencilla, penetró 10 cm., llegó hasta el riñón izquierdo, atravesando en el trayecto el diafragma, con lo cual se produce un colapso pulmonar, porque el aire que está contenido en la cavidad pulmonar se abre con el espacio de la cavidad torácica, colapsando el pulmón, lo que provoca debilidad y dificultad respiratoria, después pasó al riñón dejando una herida en éste, con un hematoma retroperitoneal, que es lo que ocasiona dolor, por ende dificultades para caminar del lado izquierdo, también sangra mucho si es única, es una lesión grave que puede comprometer la vida de una persona si no es atendida y socorrida en forma muy oportuna, aunque no la mata inmediatamente, puede esperar horas para recibir asistencia en un hospital que cuente con cirujano abdominal. En relación a la herida N° 48, dijo que si hubiese sido la única, lo más probable es que ameritara atención médica oportuna y más rápida que las N° 3 y 49, la que debería prestarse no más allá de una hora después, porque el otro pulmón no supe la desventaja del que se encuentra dañado; afirmó asimismo que el gran hematoma retroperitoneal que se observó al seguir la trayectoria de la herida 49, demuestra que la persona estaba viva al momento de ocasionarle esta le-

sión; precisó además que el arma utilizada para inferir las heridas 48 y 49 debe tener un filo y una punta para entrar en forma más rápida, pero no necesariamente, un ancho entre 1,5 y 2 cm., añadiendo que a su juicio se utilizó la misma arma en ambas, por cuanto lo más posible es que la víctima se haya movido, por ello se desliza el tejido o el arma dentro del tejido. En relación a las armas empleadas, expresó que fueron armas cortantes con filo, con un ancho máximo de 2 cm., y mínimo de 3 milímetros, pueden haber sido más de un arma, pero de similares características. Piensa que fueron dos porque hay secuencia de heridas tanto en el lado derecho del cuerpo como en el lado izquierdo, también en el lado anterior y en lado posterior, todas son recientes y vitales, ninguna de ellas se infirió en estado agónico, sino que la persona estaba viva, fueron secuenciales, consecutivas una tras otra. No hubo ninguna herida que ella pudiera decir que la víctima estaba en estado postmortem o agonizando. En cuanto a cuáles heridas fueron inferidas primero, señaló que a su juicio fueron las del rostro, porque tenían un poco más de vitalidad que el resto, pudiendo ser las de la zona de la espalda y de los glúteos las últimas, porque la del glúteo no tenía tanta profundidad, y no estaban tan rojizas como las del cuello. Aclaró que sumando el efecto de las heridas N° 3, 48 y 49, agregadas a las otras heridas que sangraban en el cuerpo, el tiempo de atención para la víctima no pudo ser más allá de una hora en un centro especializado. Expuso también que lo más probable es que cuando dejaron los agresores a la víctima, ésta quedó con vida y consciente.

Al serle exhibida en la audiencia reconoció las evidencias materiales N° 1, 2 y 4 como aquellas que le correspondió peritar, siendo incorporadas por la fiscalía en la audiencia.

Consultada por la Defensa, dijo que de acuerdo a la vitalidad, la herida N° 3 podría haber sido la primera, y después la 48 y 49, que son consecutivas. También expuso que en la N° 3, el victimario tenía la mano con el arma detrás de la víctima, el cuerpo quizás no, pero la mano sí. En cuanto a las heridas frontales, dijo que la malar izquierda podría haber sido frontal, la del abdomen del lado izquierdo también eran anteriores, entre la 21 y la 27, el resto eran posteriores, en un 90% eran posteriores. Eran leves 70 heridas, más los cortes de las manos y las equimosis del brazo y antebrazo izquier-

do. En relación a la evidencia N° 12, consistente en una hoja metálica de cuchillo marca pastor alemán, de 11 cm., de largo por 2 cm., de ancho, dijo que no realizó pericia a esta evidencia.

Consultada por defensa de Juan Carlos Alvarado, dijo que la herida N° 3 que lesionó la carótida, pudo ocasionar pérdida de conocimiento a los 10 ó 15 minutos, primero sangra en proyección y después empieza a disminuir el riego sanguíneo hacia el cerebro.

Consultada por miembro del tribunal, dijo que las lesiones de piel son dolorosas, y las de cara y cuello, más que las de la región torácica, dorsal o glútea, porque a nivel de cara y cuello hay mucha inervación, es decir el sistema nervioso está mucho más expuesto. Explicó que en orden de intensidad, sería más dolor a nivel de cara y cuello, después en la región dorsal y finalmente en los glúteos. De las heridas necesariamente mortales, dijo que la del cuello le provocó más dolor a la víctima y posteriormente las dos del tórax. Afirmó también que lo más probable es que el agresor se encontrara detrás de la víctima y hacia el lado izquierdo, porque había muchas heridas en la parte posterior. Además lo más seguro es que hayan sido dos personas las que infirieron las heridas, porque el occiso tiene lesiones al lado izquierdo, además al lado derecho, pero también tiene en el mesogastrio izquierdo que es la parte anterior del abdomen, lo que implicaría que el victimario debería haber pasado hacia el otro lado del cuerpo para inferirlas, lo que parece poco probable, pudiendo ser dos los victimarios que aplicaban sus armas en forma consecutiva.

Con lo declarado por los funcionarios de la Brigada de homicidios de la Policía de Investigaciones, subcomisario Alex García Melys, Fernando Navarrete Gallardo, Javier Alfaro Menares y José Astudillo Quinteros, quienes realizaron diligencias investigativas en torno a los hechos acaecidos el día 2 de julio del año 2004, en el domicilio ubicado en calle Ercio Mettifogo n° 2567, Población Juan Soldado en el sector de la Compañías de ésta ciudad y además en los domicilios ubicados en Aconcagua n° 2873 y 2877, éste último correspondiente al del acusado López López. En estas diligencias, actuaron asesorados por peritos del laboratorio de criminalística de investigaciones, los que realizaron actividades propias de su ciencia y arte, don Víctor Pulgar Vargas y don Jorge Velásquez Espinoza,

peritos fotógrafos, don Rodrigo Elgueta Urrutia, perito dibujante y planimetrista y doña Carolina Pino Infante, perito químico.

Señalan los policías García y Navarrete, que inspeccionaron el sitio del suceso del cual levantaron evidencias materiales, como los restos de armas utilizadas en el delito, prendas de vestir con manchas que impresionaban a sangre, huellas de este mismo fluido y otras. Añadió el policía Alex García, que entre otras diligencias, estuvo presente en la entrevista e interrogación de este acusado. Agrega que el inspector Ulloa a cargo del empadronamiento de testigos le comunicó que una testigo, vecina del occiso había visto a tres escolares en la casa de éste alrededor de las 8:00 de la mañana, y otra testigo, lo sindicó por su nombre, por lo cual fueron hasta el domicilio del acusado Ricardo López López, apodado "El Chino". Este sujeto les manifestó en una primera instancia, que conocía a la víctima René Ducros, pero que hacía un tiempo que no lo veía, agregando, que en una oportunidad unos sujetos apodados "Los Bengala", lo confundieron con aquél, señalándole que dijese a René, al que apodaron "El Sapo", que lo matarían. Con este antecedente, se citó a López López y a los sujetos apodados "Los Bengala", a la unidad policial, con la finalidad de que López López, reconociera cual de estos sujetos, había referido la amenaza de muerte a Ducros. Es así como el día 3 de julio de 2004, llegaron a la unidad "Los Bengala" y López López, Aquellos señalaron que nada tenían que ver en la muerte de Ducros, en tanto que López López, se negó a efectuar el reconocimiento para el cual había sido citado, aduciendo temor, sin embargo señaló tener un cierto grado de amistad con Juan Carlos Alvarado y Jhonatan Ramos, e incluso los condujo hasta el domicilio de ellos. Siendo alrededor de las 13:00 horas, se recibió una llamada anónima en el cuartel, en la que sindicaban que los autores del homicidio eran Ricardo López López, apodado "El Chino", Juan Carlos Alvarado Ramos, apodado "El Grafiti" y, Jhonatan Ramos Toroco, apodado "El Cachetá o Cachi". Con estos antecedentes se dirigen nuevamente hasta el domicilio de López López, y mientras allí esperaban, se les acercó una persona vecina de aquél manifestándole que había encontrado un pantalón de colegio color gris, marca "Yissus" talla 42, tirado en su patio, prenda que al ser revisada presentaba manchas que impresiona-

ba a sangre por proyección, prenda que se fijó fotográficamente y se levantó como evidencia material nº 8. Conversó con el padre de López y fue llevado a la unidad. Añade el testigo, que se constituyeron en el domicilio de Alvarado, en donde se entrevistó a la madre de éste, a quien dio a conocer los motivos de su visita en el domicilio de Jhonatan, quien vive frente a la casa de Juan Carlos, donde se entrevistó con la abuela, a quien también le hacen saber los motivos de su visita y todos se trasladan a la unidad. Agrega, el testigo que López López, declaró conocer a la víctima, a Juan Carlos y a Jhonatan, con quienes se juntó el día antes del hecho y se pusieron de acuerdo en ir a dar un escarmiento a René por cuanto andaba hablando que ellos habían entrado a robar en su casa en una oportunidad". Camino a casa de René, lo llamó por teléfono desde un negocio, indicándole que iría a su casa a probar unos disquetes. Le señaló, que en el interior del domicilio, se produjo una discusión, que luego subió de tono y le dan muerte acuchillándolo, que luego de haber actuado él y Juan Carlos, le señalan a Jhonatan para que hiciera lo mismo pero este momento que aquél se manchó el pantalón. Luego revisan la casa, y toman un celular y unos lentes ópticos y del segundo piso de la misma sacan un oso de peluche. Antes de darse a la fuga del lugar, él fue hasta la cocina, puso una lata de desodorante ambiental en el interior del microondas, el que no funcionó y abre las llaves del gas de la cocina, y luego se retiran. Él y Juan Carlos, se van al colegio en tanto que Jhonatan se fue a su casa.

Añade el Subcomisario García que el imputado Jhonatan Ramos, reconoció su participación en el hecho, indicando que el pantalón que usó aquél día, lo había tirado en su dormitorio debajo de su cama. Prenda, que presentaba a la altura de la rodilla izquierda, una mancha pardo rojiza que impresionaba a sangre por desplazamiento, levantada y rotulada como evidencia nº 9 correspondiente a un pantalón gris marca "Hemis" talla 46, diligencia en la cual colaboró también la madre de este imputado.

Refiere, que además presencié la entrega de un oso de peluche, por parte de doña Melisa Contreras Caimanque, polola de López López, quien refirió que éste se lo había regalado. También de un equipo play station y un celular, entregado por la madre del acusado Alvarado Ramos. Todas estas especies fueron reconocidas en la unidad por la

madre de la víctima doña Zoila Barrios, quien manifestó que el peluche se lo había regalado uno de sus hijos, el celular pertenecía a su hijo Rodrigo y el equipo play station a su hijo René.

Añade el policía que efectuó el examen externo al cadáver de Ducros Barrios, en el sitio del suceso, el que correspondía a un inmueble de dos pisos, cerrado con reja en el antejardín y un portón de madera, en su interior apreció un living comedor, la cocina, baño y patio. Señaló que el cuerpo de la víctima, se encontraba en el suelo de cúbito ventral, era un joven de unos 20 años y había abundante sangre esparcida en el suelo y proyectada en unos muebles. Se encontró una billetera con su cédula de identidad. El cuerpo presentaba múltiples heridas cortopunzantes en distintas partes del cuerpo, cuello, cara lateral izquierda región posterior torácica izquierda, región lumbar, glúteos, en estas zonas estaban concentradas la mayor parte de heridas. Alrededor de 70 heridas. Indicó el testigo, que pareció tres heridas vitales, en la zona del cuello, región torácica y región lumbar. En el cuello, de la víctima observó un hilo de zapatos y además se apreciaba un surco equimótico, lo que su experiencia le indicó que alguien trató de ahorcarlo con este elemento. Además encontró restos de armas utilizadas en el hecho, como un cuchillo que tenía la hoja quebrada; la parte de la empuñadura de otro cuchillo; otra empuñadura plástica. Todas estas evidencias se fijaron y se levantaron correspondiendo la evidencia nº 1, a una empuñadura de madera de color café, que se encontraba al lado del cuerpo y que midió 9 centímetros aproximadamente; la nº 2, a una empuñadura de madera, color café de 9,5 centímetros aproximadamente con una parte de su hoja quebrada; la nº 4, un trozo de hilo de zapato; nº 8 un pantalón gris, marca Yissus; la nº 9, un pantalón gris marca Hemis; nº la 12, relativa a una hoja de cuchillo sin empuñadura, entregada al día siguiente de los hechos por la familia de la víctima y la nº 15 correspondiente a un peluche. El policía reconoce a los acusados en la sala de audiencias. Además reconoce las evidencias materiales y las fotografías que le son exhibidas por la fiscalía, y a las cuales se refirió en su declaración.

Declaró, José Astudillo Quintero, que en su calidad de subcomisario de la policía de investigaciones, el día 2 de julio del año 2004, alrededor de las 15:00, fue requerido por subcomisario García,

con el fin de que se constituyera en el sector de las Compañías, en el domicilio ubicado en Ercio Mettifofo n° 2567 de la población Juan Soldado, por cuanto se había cometido un homicidio. En el sitio del suceso además del subcomisario, se encontraba el detective Fernando Navarrete Gallardo y el inspector Raúl Ulloa Gallardo. Este último le manifestó que en el empadronamiento de testigos, una vecina de la víctima, le manifestó que cerca de las 8:00 horas observó a René Ducros en su casa, junto a tres escolares; otra de las personas entrevistadas, le sindicó a un tal “Chino”, como uno de los participantes en el delito. Le correspondió, entonces dirigirse hasta el sector de Las Compañías, calle Aconcagua n° 2873, domicilio del acusado Ricardo López López, apodado “El Chino”, donde se entrevistó con la madre de éste quien accedió a que su hijo conversara con él. Ricardo López, dijo en un primer momento había visto a René Ducros, en compañía de unos estudiantes alrededor de las 8:00 horas de la mañana. Añadió que unos sujetos apodados “Los Bengala”, en una oportunidad, lo confundieron con René, apodado “El Sapo” indicándole que cuando lo viesan, lo iban a matar, señalándoles el domicilio de estos sujetos. Tanto López como estas personas fueron citadas para el día 3 de julio a la unidad donde aquél procedería a realizar un reconocimiento del sujeto que le manifestó que mataría a Ducros, diligencia que no pudo realizarse por cuanto el acusado López López, se negó a ello, por temor. Sin embargo los otros entrevistados, señalaron que nada tenía que ver con lo ocurrido. Agrega el testigo, que luego que se habían retirado todas estas personas del cuartel, se recibió una llamada anónima en la unidad, indicando que en la muerte de Ducros, estaban involucrados un tal Grafiti, Jonathan y Ricardo López López, razón por la que concurre, junto a Sandoval, García y Ulloa nuevamente hasta el domicilio ubicado en calle Aconcagua n° 2873, domicilio de Ricardo López López y mientras esperaban, se les acercó una persona que dijo llamarse Rosa Ledesma, quien les manifestó que en su patio habían encontrado un pantalón de colegio de color gris, sobre una silla, el cual no les pertenecía. Al inspeccionar esta vivienda, encontraron el pantalón señalado por ella, el cual presentaba manchas pardo rojizas que impresionaban a sangre, llamó especialmente su atención, que desde el patio de esta vivienda, separada un muro alto de concreto, se divisaba una ventana, ubicada en el

segundo piso de la casa continua, que correspondía a la de Ricardo López, la que se fija fotográfica y planimétricamente, se levantó además evidencia relativa a un pantalón gris de colegio marca “Yissus”, talla 42, la que remitió al laboratorio de criminalística.

Finalmente el declarante señala haber tomado declaración al menor de edad Jhonatan Ramos Toroco, en presencia de la abuela de éste, en dependencias de la unidad. Este menor le señala que el día jueves 1° de julio de 2004, fue a buscar a Juan Carlos a su casa que vive al frente de la suya, para que lo acompañara a buscar unas notas musicales a casa de otra persona y en el camino, éste le pide que lo acompañe a casa de Ricardo López, con el fin de solucionar un comentario que éste le había hecho, referente a que René Ducros, los estaba involucrando en un robo ocurrido en su casa. En esta oportunidad López les pidió ayuda para matar a René Ducros, a lo que ellos se negaron indicándoles entonces que buscaría a otras personas para hacerlo. Le indicó Ramos Toroco, que por si acaso, al día siguiente salió más temprano de su casa sin embargo se encontró con López y Alvarado. Les solicitó, lo acompañasen a casa de René, que no va a pasar nada, sólo para darle un susto, a lo cual acceden. En el camino a casa de éste López llamó por teléfono pidiendo a René que le revise un disquete. En la casa, René los invitó a pasar solicitándole los disquetes a Ricardo, como se demoró en pasárselos, fue él, quien le entregó un CD para que le revisara si tenía música y manifestó su deseo de retirarse junto con Juan Carlos, ya que era tarde y llegarían atrasados, sin embargo López lo impide, señalando que iban a escuchar música primero. Fue entonces, cuando Ricardo pidió un cuchillo a René, para sacar punta a un lápiz a lo cual éste se negó, yendo él mismo, a buscar uno a la cocina. Luego se acercó a René y forcejearon observando cuando Ricardo le da una estocada en la espalda a René quien cayó al suelo, quedando el cuchillo enterrado en su espalda. Añadió el testigo, que permaneció de pie no atinando a nada, entonces Ricardo se dirige a la cocina y vuelve con otro cuchillo, y mientras René intentaba pararse, aquél le saca el cuchillo y le propina una estocada en el cuello indicándole que él también tiene que pegarle, como no reaccionó, Ricardo lo empujó cayendo sobre René manchándose la rodilla del pantalón con sangre, en ese

momento observó que Juan Carlos ponía un cordel en el cuello de René y trata de asfixiarlo. Ricardo tomó el cuchillo nuevamente y empezó a dar golpes con arma blanca, momento en que se le rompió, va nuevamente a la cocina trayendo otro cuchillo y se lo pasa a Juan Carlos, diciéndole que le pegase, éste tomó el cuchillo y le pegó unos cortes. Ricardo entretanto seguía dándole puntazos. Indicó el policía que el menor le señaló que después de esto Ricardo fue al segundo piso trayendo en sus manos un oso de peluche y riendo, dijo “es para mi polola”, luego desde el primer piso, tomó un juego play station y un celular los que se encontraban sobre un mueble y los puso en su mochila. Luego se retiraron del lugar, él, a su casa a cambiarse el pantalón y después se fue a clases mientras que Ricardo y Juan Carlos, fueron directamente a la escuela. Existe constancia de que él llegó a las 9:00 horas de la mañana. La Fiscalía exhibe al testigo, fotografías del informe pericial fotográfico y planimétrico, referidas en su declaración, las cuales reconoce como también reconoce a ambos imputados.

Del mismo modo, declaró Raúl Ulloa Gallardo, inspector de la Brigada de Homicidios, quien manifestó que en horas de la tarde del día 2 de julio del año 2004, a solicitud de la fiscalía concurrió hasta el domicilio de calle Ercio Mettifogo n° 2567, donde efectuó el empadronamiento de testigos, una vecina que dijo llamarse Lizet, manifestó que tenía sospechas sobre un sujeto de nombre Ricardo López López, apodado “El Chino”, por problemas de faltas y además en una oportunidad René le comentó que este mismo sujeto había robado en su casa, indicándoles el n° 2873 de la calle Aconcagua, domicilio de aquél. Junto a Astudillo y Alfaro entrevistan a esta persona quien señaló que lo conocía pero que hacía un tiempo que no lo veía. Les agregó que en una oportunidad una pandilla apodada “Los Bengala” quiso pegarle a él, pues lo confundieron con René Ducros. Sin embargo ubicados estos sujetos, señalaron que nada sabían de los hechos. Agrega el testigo que por una llamada anónima a la unidad en la cual indicaban como autores al “Chino López, al Grafiti y al Cachetá”, llegaron nuevamente al domicilio de López López, quien en un comienzo señaló que nada tenía que ver. También entrevistan a Ramos Toroco, este último interrogado en la unidad confesó los hechos. Agrega el policía que mientras esperaban en el domicilio de López, se les acercó una vecina quien les señaló que en su patio había

encontrado un pantalón que no era de su propiedad, especie que fue levantada como evidencia, resultando ser un pantalón de colegio con manchas de sangre y que Ricardo López posteriormente indicó era de su propiedad y que él lo había tirado desde su ventana al patio de esa casa. Señala el testigo, que en su declaración López López, le indicó que el día 1° de julio de 2004, él contactó a Alvarado y a Ramos señalándoles su intención de vengarse de Ducros y que antes de irse al colegio al día siguiente le darían un escarmiento. Así el día 2 de julio pasó alrededor de un cuarto para las ocho, caminó a la casa de Ducros con ellos y para asegurarse de que éste se encontraba en su casa, lo llamó por teléfono. Al llegar al domicilio ingresaron los tres después de una conversación, referente a un disquete que supuestamente llevaban para que Ducros lo revisara, fue a la cocina tomó un cuchillo que dejó sobre la mesa y comenzó a decir cosas que molestaban a René, luego lo tomó de un brazo y lo tiró al suelo, momento en que Juan Carlos aprovechó para ponerle una pita en el cuello y él le entierra un cuchillo en la espalda, luego sigue acuchillándolo a lo que también se sumó Alvarado, provocándole heridas por todas partes del cuerpo, luego tomó una consola de video y se la pasó a Juan Carlos, abrió las llaves del gas, puso un desodorante ambiental en el interior del microondas y se retiraron, dirigiéndose a la escuela a la que llegó atrasado junto con Alvarado. Añade que el menor Jhonatan prestó declaración en presencia de su abuela y del Fiscal, manifestando que López López le había señalado su intención de matar a René. Le señaló López que Ducros tenía intención de denunciarlo por un robo. Así al día siguiente se encuentra con López y Alvarado, señalándoles López que irían a la casa de Ducros a darle un susto, en el trayecto a la casa hizo una llamada telefónica al René. Añade que le relató además que en el interior de la casa de Ducros, él le pasó un CD, ya que López no llevaba nada. Luego le pidió un cuchillo para sacar punta a un lápiz a lo cual éste se negó yendo el mismo López a buscarlo. Luego le señaló que López tiró al suelo a René momento que Alvarado le pone una pitilla en el cuello, hubo un forcejeo, López le pega una puñalada por la espalda a René, y el cuchillo quedó en el cuerpo de éste, lo sacó y se lo enterró en el cuello, luego lo vio abalanzarse sobre René y le propinó varias puñaladas hasta que el cuchillo se le quebró momento en que fue a la cocina y trajo un

cuchillo tipo serrucho, como él no reaccionara lo cacheteó sin embargo él se quedó en la misma forma, pudo ver entonces que Alvarado tomaba el cuchillo y se lo enterraba a René. Luego ve ir nuevamente a López a la cocina y vuelve con un tenedor o pincho y se lo enterró en el cuello, como este no entraba hizo presión sobre él con sus pies. Luego lo ve ir al segundo piso y bajó con un peluche y dijo "es para mi polola". También tomó un juego de Play station y un celular. Finalmente se fueron, separándose. El deponente indica que fue a su casa, a cambiarse pantalones ya que en un momento en que López lo empujó cayó sobre René y se manchó con sangre. Y ellos a la escuela. Luego salió del colegio como a las 13:30 horas y se encontró con López y Alvarado y ve que López le pasa una mochila a Alvarado. La fiscalía exhibe al testigo, fotografías en que muestran los domicilios del acusado Ricardo López y la casa de su vecina Rosa, las cuales reconoce y se incorporan en la audiencia.

Declaró el Inspector Javier Alfaro Menares, quien refirió que junto con el policía Ulloa Gallardo, se constituyó el mismo día de los hechos en el domicilio del acusado Ricardo López López ubicado en calle Aconcagua nº 2873 del sector de Las Compañías. Al consultarle acerca de los hechos señaló que nada tenía que ver en la muerte de Ducros. También relató el funcionario policial que el día sábado 3 de julio de 2004, entrevistó al imputado Juan Carlos Alvarado Ramos, quien reconoció su participación en los hechos, prestando colaboración al efecto, indicó que en su casa se encontraba un play station y un celular que había guardado por encargo de Ricardo López López, especies que fueron entregadas en la unidad por familiares de éste. También señala el testigo que tomó parte en un reconocimiento de especies realizado en el cuartel a la madre de la víctima, reconociendo un play station y un celular. También reconoció un peluche que había sustraído desde su casa, el que recuperaron en la casa de la polola de López, la Srta. Melisa. Además relata el testigo que entrevistó a doña Marcela Guerra, profesora de los acusados, la que le exhibió los libros de asistencia del día 2 de julio del año 2004, en que ambos aparecían inasistentes la primera hora de clases. Finalmente la fiscalía exhibe al policía las evidencias 11, 14, 15, correspondientes a las evidencias materiales por él mencionadas. De la misma manera reconoce dos fotocopias relativas a los libros de asistencia por señalados corres-

pondiente al nº 2 de otros medios de prueba, señalados en el auto de apertura.

Declaró el testigo, Jhonatan Ramos Toroco, menor de edad, quien relató que el día que el día jueves 1 de julio junto a Juan Carlos se dirigieron hasta el domicilio de Ricardo, a fin de solucionar un comentario que éste había hecho de ellos, según le señalare el mismo López. Es así como el día viernes 2 de julio del 2004 se juntó con Ricardo López López a quien apodan "El Chino", y con Juan Carlos Alvarado Ramos. Aquél les pidió lo acompañasen hasta domicilio de René Ducros Barrios, con el fin de hacerle ver su molestia y darle un susto por unos comentarios, que según López había hecho de ellos. Mismo sujeto que anteriormente los había invitado a matar a "Sapo", apodo con el que ubicaba a René Ducros, agregando que él casi no lo conocía. En el camino a casa de René, "El Chino", lo llamó desde un negocio por teléfono no enterándose lo que habló. En el domicilio del "Sapo", él y Juan Carlos, se quedaron a ambos costados de la casa y luego René los invitó a todos a pasar. El Chino, le pidió a René que le revisara unos disquetes, que no tenía, por lo cual, él pasó a René un CD que llevaba y le pide al dueño de casa que se lo revise. Luego El Chino le pide un cuchillo, al Sapo manifestándole éste que no tenía, por lo que aquel fue a la cocina y volvió con uno y que era para sacar punta a un lápiz, que nunca encontró porque no tenía. Luego discutió por unos CD y puso música. El insistió en retirarse de la casa sin embargo López no se lo permitió, y señaló a René que entrábamos a las 9:00 horas al colegio. Luego el Chino, señaló a René que abriera la puerta, aduciendo que él es el dueño de casa, y se forma una discusión. El Chino insistía que René abriera la puerta y éste se negaba. En un momento, el Chino dejó de discutir señalando, "tengo ganas de pegarle a alguien", y nos pregunta, si estábamos listos, y cuando el niño se acercó a la puerta, lo tomó y lo tiró al suelo, mientras le decía "te pego como los ratis", instante en que pasa a Juan Carlos una pita, "que él no vio, que no sabe como era, pero era pita". Agrega, que vio a Carlos poner la pita en el cuello a René, momento en que Ricardo le pegó unas puñaladas, y Carlos soltó la pita, entonces "El Chino" lo empuja a él, cayendo sobre Ducros. Añade Ramos Toroco que "El Chino" le pegaba puñaladas a Ducros, hasta que se quebró el cuchillo, luego fue a buscar otro, ordenándole que apuñalase a Ducros, pasándole un cuchillo, lo que

no hizo y lo puso sobre la mesa, luego se la pasó a Carlos, y éste la tomó y sí se la enterró en el cuerpo a Ducros, no recuerda cuántas veces, “pero pocas”, en tanto señala que Ricardo López les hablaba en tono amenazante, manteniendo el cuchillo en sus manos. Agrega el testigo que, posteriormente Carlos, le dijo que no lo dejaba salir de la casa de Ducros, por temor a que López lo fuera a apuñalar. Relata este testigo, que desde la primera puñalada que le pegan a René, él quedó como impactado. No recordando cuántos cuchillos ocuparon, pero sí que Ricardo entraba y salía de la cocina por cuanto se manejaba bien dentro de la casa ya que sabía donde se encontraban las cosas. Recuerda que en una oportunidad López le pidió unas bolsas indicándole el lugar en que estaban lo vio poner unos cuchillos. También señala el deponente que en un momento observó a Ricardo López venir de la cocina, con un pincho y se lo enterró en el cuello a Ducros, haciendo presión con sus manos y luego con sus pies sobre él.

Continúa relatándole, el menor, que en un instante observó a López López subir al segundo piso y luego bajó, trayendo en sus manos un oso de peluche, tomando además desde un mueble que se encontraba en el living, un juego de play station y lo puso en la mochila que llevaba. Recuerda haberle pasado una bolsa a López, en la cual lo vio poner unos cuchillos. Luego antes de retirarse del lugar observó nuevamente a López López en la cocina cerca del microondas. Finalmente cuando se retiraron de la casa, Ricardo se volvió hacia René, que no se movía, diciendo “ya pos Sapo ahí nos vemos”, y se van, él, se dirige a su casa a cambiarse el pantalón, que llevaba con sangre, el cual tiró en su dormitorio debajo de su cama, en tanto que los otros dos se fueron a la escuela. Indica finalmente el testigo, que cuando eran trasladados en el furgón a la unidad iba también López, quien le señaló que le echara la culpa al guatón Bengala en tanto que él culparía al Juan, su vecino. La fiscalía exhibe al testigo evidencia material relativa a los n° 1, 2, 4, 12, 9, 11 y 15, evidencias a las que se ha referido en su declaración, las que reconoce las que luego son incorporadas. Además le exhibe una fotografía de René Ducros, la cual reconoce, que luego incorpora en la audiencia.

Prestó testimonio, Marcela Guerra Pizarro, quien manifestó ser profesora de la escuela Jorge

Alessandri Rodríguez y que durante el año 2004 fue profesora de los acusados a los cuales reconoce en la sala de audiencia. Señala, que un día viernes cuya fecha no recuerda, pasó la lista del curso, alrededor de las 8.30 de la mañana y los acusados no estaban presentes de lo cual dejó constancia en los libros de clases. La fiscalía exhibe a la testigo, dos fotocopias, una relativa al listado de alumnos del cuarto año medio “B” del liceo que antes indicara y la otra que corresponde al registro de inasistentes y atrasados del día 2 de julio de 2004, del mismo curso anterior, documentos que aquella reconoce por cuanto ella misma suscribió las notas de inasistencia y atrasos siendo incorporados al juicio.

Prestando declaración, la testigo María Cecilia Torres García, señala que tiene un negocio en el sector de Las Compañías, lugar en el que mantiene teléfonos públicos, sin embargo, ella no sabe qué personas usan los aparatos por cuanto estos son públicos. Agrega que uno de estos tiene el n° 257843.

La testigo, Lizet Véliz Piñones, relata que es vecina de Ducros y era amiga de la víctima. Que supo de su muerte por un familiar de él. Señala que cuando se enteró gritó “tiene que haber sido el Ricardo”, motivo por el que la policía le tomó declaración al respecto. Agrega que en una oportunidad acompañó a René a la casa de Ricardo, escuchando que aquél le preguntaba acerca de un robo. René tenía sospechas de que Ricardo había sido la persona que le había robado ya que él, sabía de otro robo que había realizado. Añade que supo que Ricardo estuvo una vez viviendo como una semana en casa de su amigo.

También prestó declaración, doña Rosa Ledesma Ortiz, quien señaló que vive en el domicilio ubicado en calle Aconcagua n° 2877, contiguo a la casa de Ricardo López, a quien reconoce en la sala de audiencias. Añade, que en una oportunidad, uno de sus hijos recogió un día viernes un pantalón de colegio que se encontraba tirado en el patio y lo puso sobre una silla creyendo que les pertenecía. Al día siguiente, ella lo encontró y lo revisó, el cual presentaba unas manchas oscuras prenda de la que hizo entrega a la policía. Recuerda que la policía fotografió el frontis de su casa, el patio, el pantalón, el muro divisorio del patio que separa su casa de la de Ricardo, y la ventana de la casa de éste, que se observa desde su patio. La fiscalía exhibe a la testi-

go las fotografías a que ha hecho referencia la testigo, las cuales reconoce.

Prestando declaración, Verónica Ramos Toroco, tía de Jhonatan Ramos, quien señala que el día 3 de julio del año 2004, su madre le manifestó que la policía andaba buscando a Jhonatan a quien acompañó a la unidad luego su madre volvió al domicilio indicándole que tenía que llevar una ropa de colegio de éste a la policía, sin embargo volvió más tarde con la ropa señalándole que no era esa la que necesitaban además venía acompañada de un detective, quien sacó debajo de la cama de su sobrino un pantalón de éste manchado en su rodilla y se lo llevaron al cuartel. La Fiscalía exhibe a la testigo, evidencia material n° 9, consistente en un pantalón de color gris, marca "Hemis", talla 46, el cual no reconoce aduciendo la testigo que el pantalón de su sobrino no tenía un corte a la altura de la rodilla como este que le exhiben. La Fiscalía le exhibe la fotografía n° 85 del peritaje fotográfico que muestra la evidencia n° 9, fotografía en la cual reconoce que es el pantalón de Jhonatan.

Presta testimonio, Elena Ramos García, madre de Juan Carlos Alvarado Ramos quien señala que el día 3 de julio del año 2004, acompañó a su hijo hasta la unidad policial, en donde supo por qué la policía lo buscaba, en un momento que conversó con su hijo, éste se puso a llorar y le dijo, que él no había sido quien dio muerte a René. Agrega que a Ricardo lo ubica como compañero de su hijo y en tal calidad ha ido un par de veces a su casa. Los policías le preguntaron acerca de un juego play station y de un celular, recordó entonces que el día anterior su hijo había llevado especies, estas nombradas por lo cual hizo entrega de estas. La fiscalía le exhibe las evidencias materiales n° 11 y n° 14, correspondientes a un juego play station y a un celular, las que la testigo reconoce como aquellas que indicó precedentemente.

Declara doña Melisa Contreras Caimanque, polola del acusado Ricardo López López, a quien reconoce en la sala de audiencias, y manifiesta que viene a declarar por cuanto tenía un oso de peluche en su poder, regalo que le hiciera su pololo y que entregó a la policía, el que reconoce, al serle exhibido por la fiscalía.

La testigo, Zoila Barrios Torres, madre de René Ducros Barrios, señala, que ella no se encontraba en su casa cuando acontecieron los hechos, y

supo lo sucedido por un familiar. Reconoce al acusado Ricardo López López, como el sujeto que era amigo de su hijo y al cual vio en su casa en varias oportunidades, señalando que estuvo viviendo en su casa en una oportunidad. Añade que el día de los hechos desapareció desde su casa un juego play station con sus comandos de propiedad de su hijo René, un celular marca Nokia de su hijo Rodrigo, un peluche con forma de oso, un pincho para carne, un cuchillo cocinero y uno con el logo de Coca-Cola, especies de su propiedad. Agregó que el día de la muerte de su hijo observó que el microondas tenía marcado en su encendido "50 segundos" y en su interior se encontraba una lata de spray. Que todas las cosas que ella encontró se las entregó a la policía. La fiscalía le exhibe las evidencias materiales n° 11, 14 y 15, que corresponden a un juego play station con sus comandos y dos tarjetas de memoria, un celular y un peluche en forma de oso, especies que reconoce como de su propiedad.

La fiscalía exhibe a la testigo, el documento n° 2 del auto de apertura, consistente en una fotocopia, la cual contiene un listado de llamadas telefónicas del día 2 de julio del año 2004 siendo las 7:48 horas la llamada de origen, corresponde al teléfono n° 257843, perteneciente al teléfono público de la testigo María Cecilia Torres, y la llamada de destino corresponde al n° 254851 de propiedad de la deponente. La testigo, reconoce como su n° telefónico el 254851 y también las fotocopias exhibidas. Además se le exhibe fotografías de su hijo, que también reconoce. Las cuales son incorporadas en el juicio.

Por su parte, los peritos fotógrafos, Jorge Velásquez Espinoza y Víctor Pulgar Vargas, en el juicio señalaron, el primero que concurrió a dependencias de la Brigada de Homicidios, procediendo a fijar fotográficamente tres evidencias materiales, consistentes en una caja y un video juego, una consola de video y un teléfono celular. Evidencias correspondientes a un homicidio con arma cortopunzante. Confeccionó al efecto el peritaje n° 221 de 18 de agosto de 2004, el que reconoció al serle exhibido por el Ministerio Público. En tanto que el segundo perito, relató que el día 2 de julio del año 2004 alrededor de las 14:00 horas se constituyó en el sitio del suceso, ubicado en calle Ercio Mettifogo n° 2567 de la Población Juan Soldado en donde se encontraban funcionarios de la Brigada de Homici-

dios, con el objeto de fotografiar el sitio del suceso, el cadáver del occiso René Ducros Barrios y fijar también evidencia material encontrada. Añadió haber detallado una vista general y detallada de la casa habitación, su frontis y sus dependencias interiores. Que efectuó una fijación descriptiva de las diversas heridas que presentaba el cuerpo del occiso partiendo por su rostro, en que se apreciaban varias heridas, luego su cuello además de heridas mostraba a su alrededor un hilo, como el usado para coser zapatos y un surco dejado por esta acción; al volver el cuerpo se observó heridas en su hombro izquierdo y en la región lumbar, en ambos costados, se apreciaban diversas heridas, en la mano derecha observó cortes. Explicó el profesional que éste era un cuadro atípico por la gran cantidad de heridas presentadas, motivo por el cual procedió a agruparlas según la región del cuerpo en que éstas estaban. Añadió, que se apreciaba mucha sangre en torno al cadáver. Un mueble y la pantalla de un televisor, ubicados en el living, presentaban manchas de sangre por proyección. Efectuó tomas en el baño de la casa, al lavamanos y a un rollo de papel higiénico, los que presentaban manchas pardo rojizas por goteo, y en el interior del excusado, fijó tres vellos públicos. Procedió a fotografiar la escalera de acceso al segundo piso como también las dependencias allí ubicadas. En uno de los dormitorios, sobre el cubrepiso fijó una mancha de sangre. Fotografió la cocina y su entorno, fijando tres puntos en el interior del piso que impresionaban a sangre. Sobre un mantel observó manchas pardo rojizas, las cuales también fijó. El día 3 de julio se trasladó hasta los inmuebles ubicados, uno en calle Aconcagua n° 2877 en donde fotografió el interior del patio de la casa, una silla color blanco de plástico, un pantalón gris perla de colegio; y la vista parcial de una ventana ubicada en el segundo piso de la casa signada con el n° 2873, en la cual fotografió un dormitorio y una ventana desde la cual se podía observar el patio de la casa anteriormente fotografiada, mismo lugar en que el perito señaló haber efectuado el ejercicio de pasar su brazo, por entre los barrotes e incluso la cámara fotográfica.

Agregó el perito que también fijó en forma fotográfica evidencias materiales que le indicaron los policías en el sitio del suceso, las n° 4 y 8, referentes a manchas de sangre; la n° 1 relativa a una empuñadura de madera; la n° 2 relativa a;

referente a un hilo o pita; la n° 5 que corresponde a un suéter con manchas de sangre por impregnación y la n° 6 relativa a un polerón de color rojo que presenta manchas pardo rojizas por impregnación; la n° 7, correspondiente a tres pelos. Añadió el depo-nente que el día 7 de julio en dependencias de la unidad fijó las evidencias n° 8 y 9, relativas a dos pantalones color gris perla de colegio, los cuales presentaban manchas que impresionaban a sangre; la n° 10, correspondiente a una mochila y la n° 11 a un play station.

Todas estas fotografías conforman el informe pericial n° 206 de 4 de agosto de 2004, y contienen 99 fijaciones fotográficas, y según lo relatado por el perito, desde la n° 1 a la n° 22, corresponde a una vista parcial del sitio del suceso, del cadáver del occiso y su posición; desde la n° 23 a la n° 44, se plasman las diversas heridas que presentaba el cadáver; desde la n° 45 a la n° 47, se fijan evidencias materiales relativas a prendas de vestir; de la n° 48 a 54, relativas al interior del sitio del suceso; de la n° 55 a la n° 63, referente a tomas fotográficas en el baño; n° 64 a n° 68, corresponde a tomas del segundo piso del sitio del suceso; n° 69 a n° 76, relativas a fijaciones efectuadas en dependencias de la cocina del sitio del suceso; n° 77 a n° 91, corresponden a fotografías tomadas a los inmuebles de calle Aconcagua, n° 2873 y 2877, y desde la n° 93 a la n° 99, relativas también a evidencias que se encontraban en la unidad. Peritaje que reconoció al serle exhibido por la fiscalía e incorporado en la audiencia.

Igualmente, depuso Rodrigo Elgueta, perito dibujante y planimetría de la policía de Investigaciones, quien relató que le correspondió realizar tres informes periciales. El n° 137, efectuado el día 2 de julio de 2004, alrededor de las 14:00 en el domicilio ubicado en calle Ercio Mettifogo n° 2567 correspondiente a un plano en planta en que describe en forma general el inmueble, su frontis, la cocina, los dormitorios del segundo piso y la ubicación del cadáver. Indicó distancias y medidas de cada habitación fijándolas en el plano. Así le exhibe la fiscalía la fotografía n° 1, correspondiente al frontis del sitio del suceso reconociendo el perito este inmueble como aquél del cual realizó el plano, agregando que la medida total de aquél, es de 11 metros. Se le exhibe la foto n° 72 y n° 73, correspondientes a tres manchas encontradas en el piso de la cocina, indi-

cando el perito que en su plano las dibujó con tres cruces. El n° 138, corresponde a un plano en planta del patio posterior del domicilio de calle Aconcagua n° 2877, indica una división con la casa vecina, mediante un muro en cuya parte superior, se observa el segundo piso de la casa vecina, específicamente su ventana.

También se contó con los dichos de la perito químico de la Policía de Investigaciones Carolina Pino Infante, quien señaló que efectuó el análisis a diversas evidencias que le fueron remitidas, con el objeto de determinar en ellas la presencia de sangre humana y en caso positivo, su genotipo de ADN, elaborando para este efecto el informe pericial químico n° 152 de fecha 22 de julio de 2004. Indicó la profesional que como resultado de su pericia pudo determinar que en todas las evidencias que presentaban manchas de color pardo rojizas, estas dieron reacción positiva para la presencia de sangre humana. Efectuadas las pruebas pertinentes al ADN respectivo, se obtuvieron los siguientes resultados: la sangre presente en, una empuñadura de color café, en una empuñadura con un trozo de metal, en un trozo plástico, en un trozo de hilo plástico en dos pantalones de color gris (evidencias materiales n° 1, 2, 3, 4, 8 y 9), corresponde a un individuo de sexo masculino, con un 99,99999999999999% de probabilidad que dicha sangre correspondiese al occiso René Ducros Barrios. En cuanto a la evidencia n° 7, referente a tres vellos púbicos, no pudo efectuar el examen respectivo por cuanto estos no presentaban raíz. Se le exhibe la evidencia n° 13, relativa a un tubo con sangre líquida, rotulado con el n°13, que pertenecía a sangre de René Ducros.

Prestó testimonio, Wilson Cuéllar Pizarro, quien refiere haber sido amigo de René Ducros. Que el día 7 de julio, alrededor de las 12:00 o 12:15 horas, llegó hasta el domicilio ubicado en calle, Ercio Metifogo n° 2567, domicilio de su amigo René, encontró la puerta de la reja entreabierta, lo cual le extrañó, procedió a silbarlo como no respondió, golpeó insistentemente la puerta, percatándose de un fuerte olor a gas, por lo cual se dirigió dos casa más allá de ésta en donde vivía el padrino de René, a quien le hizo presente la situación. Juntos, vuelven al domicilio de su amigo, y como no respondiera decide saltar el portón de madera de la casa, llegando hasta el interior del patio donde procedió a golpear una puerta que daba a éste y que se encon-

traba cerrada, la que a sus golpes cedió, al ingresar. En su interior procedió a cerrar las llaves de la cocina a gas, que se encontraban abiertas, caminó por la cocina en dirección al dormitorio de su amigo, cuando se percató de sus zapatillas, las que movió y abrió la puerta a la persona que lo acompañaba quien procedió a llamar a la policía. Añade el testigo que, pudo observar en el cuerpo de su amigo, en uno de sus costados, que éste tenía tres puñaladas a su alrededor había sangre seca, un cordón blanco, una bolsa de nylon y un cuchillo. Luego llegó carabineros hasta el lugar. Agrega, que René, era una persona amistosa y que no sabía que mantuviera problemas con alguna persona, que también le consta que aquél, conocía a Ricardo López, por cuanto eran amigos de la Básica y que lo había tenido alojado en su casa en un verano. Añade que René le contó de un robo ocurrido en su casa, más o menos dos semanas antes del hecho. El Ministerio Público, exhibe al testigo, fotografías que muestran, la casa, el portón, la puerta del patio, y el interior de la cocina y comedor, dependencias a las que ha hecho referencia en su declaración, las cuales reconoce.

QUINTO: Que la prueba analizada, producida válidamente en el juicio, expuesta en el fundamento anterior y apreciada libremente conforme lo dispone el artículo 297 del Código Procesal Penal, y no contradiciendo aquellos los principios de la lógica, las máximas de experiencia ni los conocimientos científicamente afianzados, fueron bastantes para tener por establecido los siguientes hechos: Que en horas de la mañana del día 2 de julio de 2004, en circunstancias que los acusados Ricardo López López, y Juan Carlos Alvarado Ramos, a esa fecha menor de edad y además de otro menor de edad inimputable, se juntaron para luego dirigirse hasta el inmueble ubicado en Ercio Metifogo, n° 2567, de la Población Juan Soldado en el sector de Las Compañías de esta ciudad. En el transcurso a dicho lugar el acusado López López llamó por teléfono a la víctima con quien tenía una relación de amistad, indicándole que iría a su casa a revisar unos disquetes a su computador. Tras un diálogo con la víctima, el acusado Alvarado Ramos, puso un trozo de cordel en el cuello de ésta, en tanto que el acusado López López procedía a enterrarle objetos con filo en diversas partes del cuerpo, acción a la que también se sumó Alvarado Ramos. Resultan-

do la víctima con 73 heridas corto penetrantes, provocándole a lo menos tres de ellas la muerte en el mismo lugar. Y que en horas de la mañana del mismo día 2 de julio de año 2004 el acusado López López se dirigió al segundo piso del inmueble ubicado en calle Ercio Mettfigo n° 2567 de la población Juan Soldado desde donde, sin el consentimiento de su dueño y con ánimo de lucro, sustrajo desde el segundo piso un peluche y desde el primer piso un celular y un play station, especies que entregó mas tarde, al coimputado Alvarado Ramos y a un tercero, especies de propiedad de doña Zoila Barrios Torres.

Finalmente, antes de retirarse del lugar el acusado López López procedió a abrir la llave de paso del gas de la cocina y a poner un envase de aerosol dentro del microondas, con la finalidad de no ser descubiertos.

Que estos hechos son constitutivos del delito de homicidio calificado, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1 circunstancia primera, del Código Penal, en grado de consumado y en cual le corresponde a los acusados participación en calidad de coautores en el mismo, en concurso material con el delito de hurto de especies consistentes, en un equipo de play Station, un celular y un oso de peluche, las que tasadas prudencialmente por el Tribunal en la suma de \$ 80.000, configuran el delito previsto y sancionado en el artículo 446 N° 3 del Código Penal, hecho en el cual le ha cabido al acusado López López responsabilidad de autor del mismo y al acusado Alvarado Ramos la de encubridor, y cuya participación se ha acreditado también con los antecedentes probatorios anteriormente referidos.

SEXTO: Que el tribunal, como ya lo indicó en el acta de deliberación estimó la concurrencia de la calificante 1° del artículo 391 N° 1 del Código Penal, esto es la alevosía, es decir obrar a traición o sobre seguro, por cuanto de los testimonios escuchados en la audiencia tanto del testigo presencial como de los propios imputados, ha quedado establecido, que los acusados acompañados de un menor inimputable, prevaliéndose de la soledad en que se encontraba el ofendido, lograron el ingreso a su domicilio mediante engaño, ocultando su verdadera intención, dándose así las condiciones contempladas por la circunstancia primera de la norma antes citada. En efecto, se aseguraron de que estuviera solo en la casa, mediante la llamada telefónica efec-

tuada por Ricardo López; enseguida, valiéndose de la amistad de este último con la víctima, obtuvieron que ésta los hiciera pasar a todos -convencido de que su presencia se debía a la necesidad de revisar un disquete-, y ya en el interior de la casa, sintiéndose los acusados seguros y tranquilos, al ser superiores en número, llevaron a cabo su cometido, ejecutando su agresión con mucha violencia y rapidez, impidiendo a su víctima defenderse en forma alguna, resultando relevante destacar lo que señaló la médico legista en cuanto a que las primeras puñaladas se produjeron por la espalda.

Que de otra parte, el tribunal estima que no concurren en la especie las calificantes cuarta y quinta del artículo 391 del Código Penal alegadas por la Fiscalía, es decir el ensañamiento y la premeditación conocida. En cuanto a la premeditación, el profesor Labatut la define, como aquel designio reflexivo y persistente que precede y conduce a la ejecución de un delito. Dos son los elementos que la conforman, el ideológico, representado por la reflexión sobre el delito y los medios y circunstancias más adecuados a su realización, y el cronológico que es el transcurso de un prudencial y razonable espacio del tiempo entre la decisión y la ejecución de lo resuelto (Derecho Penal de Labatut Tomo I Pág. 255). En este sentido existe más de una duda razonable, ya que no se sabe con certeza acerca de qué tiempo habría transcurrido entre la decisión y la ejecución del delito.

En cuanto a la última de las calificantes estimadas por la Fiscalía, ha de tenerse presente que la razón por la cual el homicidio calificado por ensañamiento merece una sanción más severa reside en que el sufrimiento no es simplemente ocasionado por el agente, sino escogido y deliberado conscientemente, incluso como un fin en sí mismo, no necesariamente relacionado causalmente con la muerte de la víctima, ocurriendo en el caso de autos, que aunque la conducta de los acusados fue brutal e impactante por el número de heridas infringidas, y las zonas lesionadas, no se ha demostrado que en el desarrollo de la acción se haya buscado como resultado el aumento del dolor causado al ofendido, pareciendo más bien, la conducta ejecutada por los actores, antes que premeditada la expresión descontrolada de su rabia o ira.

SÉPTIMO: Que las declaraciones que prestaron en la audiencia los acusados en nada obstan

a lo concluido en las motivaciones anteriores, en cuanto a dar por establecida su participación de coautores, por los argumentos que se consignarán más adelante.

Ricardo López López, expuso que esto había empezado un día jueves y antes de este día él había tenido discusiones con René, no graves, pero habían perdido el vínculo. Un día jueves por la noche Juan Carlos y Jhonatan, lo fueron a buscar a su casa avisándole que le iban a dar un susto a su amigo, por cuanto los inculpaba a los tres de un robo ocurrido en su casa, lo cual él aceptó quedando de acuerdo en ir al día siguiente. Así el viernes en la mañana fueron los tres a casa de René y para asegurarse de que se encontraba en su casa lo llamó por teléfono desde un negocio y le pidió que le probase un disquete, lo que aceptó. Los tres llegaron a la casa, René se encontraba solo, conversaron, luego se agredieron verbalmente, posteriormente surgen roces y empujones. Afirmó López que acto seguido lanzan a René al suelo, Carlos le puso un hilo en el cuello y él procede a pegarle unas punzadas no profundas y no con rabia, sólo con enojo. Señaló que las puñaladas propinadas por él, fueron de frente. Mientras Carlos le apretaba el cuello, él le pegaba punzadas. Luego lo hizo Jhonatan y en seguida Carlos. Agrega que no tenían intención de matarlo. Indicó el acusado que en ese momento él estaba enceguecido y nervioso, todo fue muy rápido. René siguió en el suelo y a pesar de las punzadas les seguía hablando e insultándolos. Carlos le comentó que se estaba pasando de la raya con su vocabulario, entonces le pidió que colocara algo en el microondas que lo hiciera explotar, pero le cerró un ojo, entendió por ello que era parte del susto, por eso sólo introdujo el aerosol en el microondas, pero no le puso el tiempo necesario para que estallara, también para que el susto fuera más grande abrió las llaves del gas; al volver a la sala René estaba en el suelo y seguía moviéndose, pero ya tenía varias puñaladas que ellos tres le habían propinado. Añadió que no sacó especies de la casa, agregando que fue al patio y cuando volvió, observó que René estaba inconsciente y se fueron de la casa. Dirigiéndose al colegio. Señaló que cuando llegó la policía en la tarde a su casa, él lanzó el pantalón que vestía, a la casa de su vecina por cuanto estaba manchado con sangre.

Por su parte, Juan Carlos Alvarado Ramos, señaló que todo empezó el día jueves cuando Ricardo López lo fue a buscar a su casa y le contó que su amigo René lo estaba culpando a él y a Jhonatan de un robo ocurrido en su domicilio, proponiéndole que fueran a casa de René a darle un susto, lo que él aceptó, para aclarar por qué lo acusaba cuando no lo conocía. El día viernes los tres fueron a la casa de René, y un pasaje antes de llegar allí, López lo llamó por teléfono, para saber si estaba en su casa. En el interior del inmueble mientras conversaban López y René, él permanecía con Jhonatan al lado de ellos. Luego Ricardo López subió la voz y empezó a jugar con René, se tiraban golpes pero despacio. Después López lo tiró al suelo y aquí empezó todo, él observó un cordelillo o pita que había sobre una mesa como de cuarenta centímetros que estaba al lado de la puerta de entrada, López le dijo que lo amarrara al cuello de René, pero se negó, como López lo gritaba mucho, tomó el cordelillo y se lo puso por detrás del cuello, no apretando, lo hizo por temor. Posteriormente Jhonatan tomó de los pies a René y López como conocía la casa, fue a buscar dos cuchillas y empezó a propinarle punzadas en el cuerpo, cuando él se dio cuenta de esto soltó el cordel y se paró frente a López y René, quien se había desmayado, mientras Ricardo López le daba punzadas, luego él entró al baño, allí se mojó la cara, viendo a Jhonatan paralizado por lo que veía. Después López le dijo a Jhonatan que le diera punzadas a René, como no reaccionaba le dio una bofetada, y se dirigió a la cocina volviendo con una cuchilla en la mano, en ese momento le pidió a él que le propinara unas punzadas, observó que René se encontraba estirado de espaldas y le dio tres o más punzazos, pero con la cabeza vuelta hacia atrás, sin mirar lo que hacía. Instantes más tarde, vio que López iba a la cocina llevando un aerosol que estaba en el baño, el que colocó dentro del microonda; en seguida Ricardo López fue al segundo piso, y al regresar tomó especies del primer piso, observó que introdujo en la mochila un play station y otras cosas que no recuerda. Explicó Alvarado Ramos que finalmente se fueron, Jhonatan a su colegio, y él con López al liceo, al que llegaron atrasados. Añadió que por la tarde López fue a su casa y le pidió que guardara el play station porque lo iba a vender. Preciso que no los vio más hasta el sábado 3 de julio, cuando llegó la policía a

su casa, y los acompañó a declarar, como era menor de edad, su madre lo acompañó y prestó declaración voluntaria, la que firmó.

OCTAVO: Que la defensa de Ricardo López López, expuso en su alegato de clausura que reitera lo expresado en su alegato inicial. Considera que el Ministerio Público no logró probar la figura de homicidio calificado sino que, se está en presencia de un delito preterintencional. Que no se ha acreditado en forma suficiente por parte de la Fiscalía la existencia de las calificantes que determinan y fundamentan la acusación, y estas son la premeditación, el ensañamiento y la alevosía. Es indudable, como lo señaló el Sr. Fiscal, la premeditación es la resolución firme, mantenida y meditada en el tiempo de persistir en la voluntad de delinquir, conforme lo señala la doctrina y jurisprudencia; la Fiscalía sostuvo que ésta se obtuvo por parte de los imputados con la anterioridad de a lo menos un mes, pero el testigo principal que es el menor Jonathan, señaló ante una pregunta directa de esa defensa -si al salir en dirección a la casa de René Ducros tenían la intención de matar, respondiendo aquél que no tenían aquella intención, de manera tal, que el animus necandi, o sea la intención dolosa precisa de causar la muerte a otro hombre, no fue la intención, no fue el dolo, porque el mismo Jonathan señala y precisa en estrados que la intención era asustar, dar un escarmiento y evitar una eventual delación por la comisión de un delito, que nunca se denunció, del que nunca se recuperaron las especies, del que tampoco se supo si los imputados habían sido los autores, y eran solamente rumores, por lo tanto de la misma declaración del menor, en que ambos imputados reconocieron que participó en los hechos, todos ellos dijeron que la intención no fue matar, sino que sólo se quería amedrentar. La circunstancia se acredita con las declaraciones de los tres participantes y de la prueba pericial rendida por la Fiscalía, las armas que se utilizaron para causar la muerte de René Ducros estaban en la casa de éste, es decir, los cuchillos que se presentaron en la audiencia estaban en el citado lugar; de haber existido premeditación, cualquier persona que prepara y ejecuta un delito tiene que llevar los medios para cometerlo y si no los lleva, nos encontramos ante la improvisación que es lo contrario a la premeditación. Más aún el Sr. fiscal ha dicho que se ha producido un aumento deliberado e inhumano del dolor, es decir, que ha existido la calificante del ensañamiento,

pero la pericia de doña Katia Cabrera dijo que de las 73 heridas causadas, 70 eran leves, y que de estas 70, las primeras se produjeron de frente, y que existieron heridas de defensa, al mismo tiempo, existe un elemento que todos lo declararon, es decir, que hubo un forcejeo y pelea, existiendo la evidencia de ello en las manos de la víctima, reveladoras de este enfrentamiento. Hubo provocación, por lo tanto el ensañamiento no existe como tal, porque no se ha infringido como lo señala la doctrina, un dolor más allá del necesario, incluso el magistrado integrante del tribunal, preguntó directamente si le habían provocado dolor las heridas y la Dra. le dijo que necesariamente no porque podría haber estado inconsciente. Por otro lado, la alevosía alegada por el Fiscal, la que consiste en el actuar a traición o sobre seguro, pero hay que distinguir, lo que consiste en alevosía y artimaña, hay una distinción dolosa, la alevosía es el traidor, el que obra sobre seguro, pero acá el modus operandi fue distinto, diferente, porque las heridas causadas no fueron a producir la muerte, porque de las 73 heridas, 70 fueron leves, sólo tres fueron mortales, pero no necesariamente mortales. Si se observa la secuencia de los horarios, la salida de la casa fue a las 07:30 horas, la llamada telefónica se realizó a las 07:48 horas, y la llegada al colegio fue a las 08:45 horas, si tenemos esta secuencia tenemos que no ha existido ni podía existir la alevosía; más aún de lo dicho por la Dra. Cabrera, la víctima medía 1 metro 79 cm., tratándose de un hombre joven, fuerte, corpulento, y sano, y la última hora segura fue entre las 07:48 y las 08:45 y la hora de muerte fijada en el certificado de defunción fue a las 12:30, existiendo tres horas y media entre la comisión del delito y la muerte, en el juicio la perito Katia Cabrera, dijo que la víctima quedó viva y pudo haberse salvado. No hay una certeza precisa de la concurrencia de las calificantes, existe una duda razonable acerca de la concurrencia de las tres calificantes. La jurisprudencia y la doctrina exigen que para que concurren las calificantes, que se diferencian de las agravantes, por la existencia de un dolo específico, es decir, que se debe tener la intención precisa, manifiesta, la voluntad de matar con dolor para tener ensañamiento; la de matar con fin preciso, planificado, deliberado y ejecutado para que exista premeditación; y actuar sobre seguro y a traición para que exista la alevosía, circunstancias que no se encuentran presentes en todo el relato. Lo que sí se encuentra acreditado

con los tres partícipes de estos hechos, es que ellos tenían la intención conjunta de amedrentar, de asustar y eso se precisa con las 70 puñaladas de las 73, y las tres que causaron un daño casual, porque no hubo la intención de con ellas de causar la muerte, el referido daño, puede determinar la existencia de un delito preterintencional. Por otra parte no existe el delito de hurto, sino que estamos en presencia de un hurto falta, al declararse en estrados el valor de las especies sustraídas, aquél es inferior de menos de 1 UTM, y teniendo presente que la carga de la prueba corresponde al Ministerio Público, la que no acreditó con ningún documento, salvo la declaración de la madre de la víctima, el valor de las especies, así que se deberá estar al valor de las especies en el comercio humano, y ese esta precisado por una comerciante que se dedica a esta ventas por la cantidad indicada. Solicitando en definitiva, se condenase a su representado por el delito preterintencional señalado y en subsidio, se le condene por el delito de homicidio simple, establecido en el artículo 391 N° 2, con la existencia de dos atenuantes, a saber las del artículo 11 N° 6, esto es, la de la irreprochable conducta anterior y la del numerando 9, ambas del Código Penal.

En apoyo de su tesis, la defensa del acusado López López, trajo a estrados al policía Navarrete Gallardo, quien manifestó haber participado en la investigación relativa a este delito. Haber participado en la declaración tomada al menor de edad Ramos Toroco, el día 3 de julio de 2004 en la unidad, no recordando la hora, siendo en este punto refrescada su memoria, indicando que eran las 15:40 del día antes señalado. Que la declaración del menor fue prestada voluntariamente, y se encontraban presentes, Astudillo y otros funcionarios cuyos nombres no recuerda en este momento. Que en el lugar se encontraba el fiscal de turno. Por su parte el policía Alfaro, señaló haber participado en la toma de declaración de Alvarado Ramos el día 3 de julio de 2004 a las 15:30 horas en presencia de su madre y el acusado prestó declaración voluntaria. Agrega que éste acusado colaboró con la policía, indicando el lugar en que se encontraban las especies relativas a un play station y un celular, que su madre fue a buscar y entregó en la unidad. Expresó que según su experiencia cuando hay colaboración en el caso de un homicidio, el tiempo mínimo son veinticuatro horas en descubrirlo. Agrega que el acusado López desvió el curso de la investigación entregando da-

tos de terceras personas que nada habían tenido que ver en este delito. El policía Ulloa, relató haber participado en la toma de declaración de López López, el día 3 de julio de 2004, y junto a él participó el subcomisario García y se hizo en presencia del fiscal de turno. Señala que participó en diligencias en el sitio del suceso, específicamente en aquellas relativas a empadronamiento. Por su parte el funcionario García Melys, señaló haber tomado parte en la toma de declaración de Ricardo López López, el día 3 de julio del año 2004, en presencia del fiscal de turno, y de otros funcionarios policiales. Añadió que también estuvo en el sitio del suceso con el funcionario Navarrete. El defensor exhibe al testigo evidencia N° 12 del auto de apertura, correspondiente a una hoja metálica de un cuchillo marca Pastor Alemán que mide aproximadamente 11 centímetros de largo por 2 de ancho, la que reconoce ya que manifiesta, fue entregada por la familia de Ducros al día siguiente de ocurrido este hecho, la que se remitió para cotejo con el resto de evidencias, a las personas pertinentes. Consultado por el fiscal en este punto, el testigo agrega que cuando existen evidencias que presentan fluidos, son remitidas al laboratorio de criminalística, como en el caso de esta hoja de cuchillo que se le exhibió en donde se hacen los exámenes respectivos de ADN.

La defensa también trajo a estrados a doña Rosa Torres Domínguez, médico siquiátra, quien relató haber examinado al acusado Ricardo López López, con el cual tomó contacto el 27 de septiembre del año 2004, y que hoy sigue siendo su paciente. Añadió que cuando lo examinó estaba con un agotamiento afectivo debido al suceso vivido, que es una persona que presenta estados depresivos debido a una frustración socio-familiar, que sin embargo no presenta trastornos de personalidad.

Que este tribunal, no comparte el criterio de este defensor, referente a que se trata de un homicidio preterintencional, por cuanto no se dan los presupuestos exigidos para estar frente a esta figura. En efecto, según la doctrina mayoritariamente aceptada dicha figura requiere de dos requisitos: a) acción dolosa dirigida a lesionar corporalmente a la víctima y b) Ausencia de dolo de matar, no únicamente dolo directo sino también dolo eventual, es decir, no sólo que el agente no haya querido provocar la muerte, sino tampoco que, habiéndose representado ese resultado como un evento probable, lo haya ratificado, haya asentido o aceptado su con-

currencia. La doctrina tradicional ha situado junto al dolo directo, a la intención de delinquir, al dolo eventual. La mayor parte de los tratadistas han estado contestes en que en la preterintencionalidad hay concurrencia de dolo y de culpa: dolo en la agresión inicial al bien jurídico protegido, culpa en el consecuente daño mayor no querido.

En el caso de autos, de los hechos probados en el juicio, se desprende que los autores de la conducta delictiva lo hicieron con dolo homicida, al inferir heridas a la víctima con armas blancas, agredíendola de este modo reiteradamente, al extremo de causarle tres heridas mortales y 70 de carácter leve, lo que demuestra que los imputados pudieron prever las consecuencias de su actuar, aceptando en definitiva el resultado final producido con el desarrollo de los hechos, lo que descarta la existencia del delito preterintencional. Sus conductas se encuadran dentro del verbo rector de la figura del homicidio "matar a otro", y ese fue el resultado.

La intención homicida de la actuación de los acusados quedó fehacientemente establecida con las setenta y tres puñaladas que le provocaron a la víctima, atendido especialmente el carácter de las lesiones vitales encontradas en el cuello, tórax y abdomen, tres heridas mortales sin socorro oportuno, según señaló la Dra. Cabrera, auxilio que no llegó, quedando demostrado claramente el dolo con que actuaron los agentes con la circunstancia de haber colocado una lata de spray en el interior del microondas y abrir las llaves del gas, como una forma de asegurar su impunidad. Asimismo quedó establecido en el juicio que fueron dos personas al menos, las que agredieron a Ducros Barrios, causándole heridas que provocaron su muerte, con los dichos de la Dra. Cabrera en su informe principal y ampliación del mismo en que hace una relación de las armas utilizadas, dichos que corroboraron los funcionarios policiales, quienes se encargaron de recoger estas evidencias y tomar las declaraciones de los imputados.

En cuanto a las circunstancias calificantes, cuyo rechazo solicita la defensa, y a la petición subsidiaria de tipificar el ilícito como homicidio simple, deberá estarse a lo ya argumentado en el motivo quinto de este fallo, el que se da por reproducido a fin de evitar reiteraciones.

NOVENO: Por otra parte, el defensor de Ricardo López López en apoyo de su tesis de hurto-

falta, trajo a estrados a la testigo doña María Tapia Gutiérrez, quien señaló ser comerciante y dedicarse a comprar y vender especies de segunda mano, señalando que un equipo play station y un celular, de las características de las especies que le exhibe el defensor, correspondientes a las evidencias n° 11 y n° 14 del auto de apertura, en el mercado tiene un valor de \$15.000 el equipo play station y de \$10.000 el celular. Contrainterrogada por la fiscalía manifestó que si las especies son nuevas el valor del equipo es de \$ 60.000 y el del celular de \$ 29.000.

El Tribunal, rechaza la pretensión de la defensa, en cuanto a estimar tal delito como hurto-falta, atendido lo establecido en el motivo quinto de esta sentencia, y al justiprecio efectuado por estos sentenciadores del valor de las especies hurtadas.

DÉCIMO: Que la defensa del acusado Juan Carlos Alvarado Ramos, en su alegato de clausura señaló que la situación de su representado se encuentra marcada por un itinerario muy particular, donde hubo un curso causal que comenzó en días anteriores al hecho, pero en su transcurso sufrió un viraje brusco del cual éste no es responsable, ni tampoco de los resultados finales. Es así como esto comenzó en la mente de don Ricardo López, el que era un potencial denunciado del delito de robo, y también se presentaba un conflicto sentimental entre la víctima e imputado y la polola de éste, lo que incubó el resentimiento en el acusado, o alguna forma o necesidad de desquite o necesidad de aclarar algo con la víctima, y para eso el imputado utilizó a las otras dos personas, esto es, a su representado y a Jonathan, engañándolos, puesto que les atribuye a ellos ser sujetos pasivos de la presunta denuncia, la que nunca fue tal, y además tuvo la preparación de hacerlo en forma separada, para que cada uno creyera lo propio y sin coordinarse ellos, se sumaran, se potenciaran para acompañarlo en su acto personal de desquite, y cuando se pusieron de acuerdo para ir a la casa de la víctima hubo tres momentos distintos, en un primer instante la primera motivación fue decir vamos a matarlo, lo que de plano fue rechazado por las otras dos personas, así lo dijo claramente Jonathan Ramos, después dijo que era sólo para darle un susto, con el objeto que la víctima escarmentara, cuestión que tampoco fue aceptada por los otros, y en definitiva cuando decidieron ir fue ese día en horas de la mañana, únicamente con el objeto de darle un susto, con la excu-

sa de los disquetes, y de esa forma llegaron hasta el domicilio de la víctima, y conforme a ese plan el imputado López se encargó de hacer un llamado telefónico y de acceder a la casa, aprovechando la confianza que tenía con la víctima, hasta ahí el plan era perfecto, conforme lo que habían acordado con el objeto de ir a asustarlo, y dentro de ese contexto y de forma absolutamente unilateral, sin participación de su defendido, se inicia una transformación de ese ideario, y comienza con la estratagema de López pidiendo un cuchillo para sacarle punta a un lápiz, mientras tanto las otras dos personas conversaban en forma amistosa en torno a otros temas, y se inicia la discusión entre Ricardo López y la víctima, de forma tal que hasta ese momento no había ninguna participación, ni siquiera plan doloso por parte de Alvarado, hasta que definitivamente comienza la agresión de una manera bastante lamentable, mediante la conminación que hace López para que Alvarado intervenga, y le proporciona la pita, la que él pone en la zona del cuello, eso lo dice muy claramente Jonathan, pita que no tenía por objeto esa acción, y así queda claramente cuando se consignó solamente lesiones leves, lo que era una forma de inmovilizarlo o agredirlo de alguna manera, pero en ningún caso pretendía asfixiarlo, puesto que sólo dejó lesiones leves, e incluso ni siquiera circundaba toda la zona del cuello, y en estas circunstancias de una forma absolutamente imprevista, se produce el primer apuñalamiento, sin noticia para ninguno de los imputados, lo que provoca el sangramiento y la inmediata reacción de su representado de soltar a la víctima, ya que no estaba preparado para aquello, lo que corrobora el testigo Jonathan Ramos, no sólo suelta a la víctima, sino que va al baño a lavarse la cara, continuando exclusivamente la faena López, de manera que Alvarado en esas circunstancias no tuvo participación en el plan homicida; refiere el defensor que al estar en presencia de 70 puñaladas, ello revela una conducta reprochable, la que se prolongó por un tiempo espaciado, actividad que pudo apreciar Jonathan Ramos, quien quedó al lado absolutamente choqueado por la que observaba, y por lo tanto era un buen testigo de lo que miraba, y éste último señala que Juan Carlos Alvarado, estaba retirado de los hechos y fue compelido de una manera muy amenazante y violenta, con un cuchillo en la mano, le pasaba otro, y lo compelió a actuar y de esa manera de una forma ciega Alvarado, aplicó unos golpes, los que señala como leves,

zona en que se pudo apreciar se dejaron lesiones del mismo carácter, por lo anterior puede afirmar que con el grado que Ricardo López instó a Alvarado para que se sumará a esa acción homicida, en ese momento hubo una situación de miedo insuperable o de fuerza irresistible. Si bien es cierto, que hubo voluntariedad para llegar a la casa, independientemente de la valoración que se haga de esa fuerza de esa anulación de la capacidad de autodeterminación de su defendido, coincide con la otra defensa, que como fuere no estamos en presencia de un homicidio calificado, no existe más allá de toda duda razonable, la posibilidad de adquirir la convicción de que concurren las calificantes, dando por reproducido lo señalado por la otra defensa a este respecto, sin perjuicio de señalar que no hay premeditación para matar si se llega a un domicilio sin estar preparado para ello, si surgió en algún momento la idea de matar, fue en ese minuto, lo que impide el factor cronológico indispensable que va asociado a la idea de premeditación; descartando del mismo modo la Alevosía, porque si bien es cierto se aprovechó una amistad, ello no era relevante, lo importante es que el acometimiento se produjo en el contexto de una discusión que también fue provocada, nadie que quiera actuar en forma alevosa genera una discusión para justificar una agresión, porque para eso lo podría haber hecho sin promover la discusión y hacerlo arteralmente y eso no se ha demostrado, al contrario se generó una discusión para provocar una agresión y eso descarta la alevosía, porque en el fondo predispuso en ánimo para entrar en el proceso de un acometimiento recíproco, si bien es cierto había una situación de espontaneidad lo que produce una menor capacidad de reacción de la víctima, pero eso descarta la alevosía; y respecto del ensañamiento, si bien es cierto que hay tres heridas graves, potencialmente mortales, las otras 70 eran leves, no quedando claro que aquella hayan sido causadas deliberadamente para producir más males necesarios para alcanzar el objetivo que se habían propuesto, porque si se observa las mismas heridas mortales, tenían las mismas características de las otras, es decir, en el diseño de los autores aparentemente eran como equivalentes, el propósito era causar el resultado que en definitiva se ocasionó, pero no da la impresión que fueran deliberadas, causadas a propósito para causar un mayor sufrimiento, por lo demás a ellos tampoco les pudo haber constado que así podía ser, porque que-

dó en evidencia que la víctima perdió el conocimiento, o se desvaneció, no estando en condiciones de percibirlo la víctima, y lo que se castiga son los males innecesarios, los que no han podido ser sufridos por esa simple circunstancia. En subsidio, indica que las calificantes no se comunican a su defendido, en materia de regulación de las relaciones los distintos responsables de un delito se aplican algunos principios, entre ellos los de la convergencia y los de la comunicabilidad; para que haya convergencia tiene que haber un dolo común, un plan común y es absolutamente claro que su representado jamás tuvo el plan de matar, sólo el de causar alguna lesión y de hecho causó esas lesiones, la pequeña lesión en el cuello, y algunas lesiones calificadas por la perito como leves, ese era solamente su designio, por lo tanto el desvío de dolo que se opone a la convergencia fue absolutamente imputable al coimputado, y ese dolo por ningún motivo puede alcanzar a su representado, porque fue una acción del momento, por tanto no puede ser comunicada ni extenderse a aquél y así lo entiende respecto de las otras calificantes, por tanto cree que en el peor de los casos, si se considerara que esto es un homicidio calificado, ello no sería comunicable a su defendido porque él no tuvo dolo homicida, ni tampoco tuvo convergencia respecto de las demás calificantes, que ni siquiera las provocó, por lo tanto sólo podría ser castigado como autor del delito de homicidio simple. Por otra parte respecto del delito de hurto, señala que su defendido debe ser absuelto, ya que nada sustrajo del domicilio de la víctima. El sólo entró en contacto con las especies, horas después. Finalmente pide se acojan a favor del acusado Alvarado Ramos, las atenuantes de los N°s. 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal.

UNDÉCIMO: Que estos sentenciadores rechazarán las alegaciones formuladas por esta defensa, toda vez que, como se ha dicho, la participación de Alvarado Ramos se ha establecido con el mérito de las declaraciones del testigo presencial Jhonatan Ramos Toroco, y del funcionario policial Javier Alfaro Menares, quienes lo incriminan directamente como una de las dos personas que el día 2 de julio del año 2004 en horas de la mañana, en la calle Ercio Mettifogo N° 2567, de la población Juan Soldado, agredió a René Ducros Barrios, precisando el primero que fue con un cuchillo y que observó cuando este le propinaba cortes. Todo ello, fue corroborado por el informe de la perito médico legal,

en los términos expuestos en el considerando cuarto, en cuanto señaló que a su juicio, fueron dos los agresores, porque hay secuencia de heridas tanto en el lado derecho del cuerpo como en el lado izquierdo, también en el lado anterior y en el lado posterior.

Que por otro lado, el tribunal desestimará igualmente los argumentos esgrimidos por la defensa de Alvarado Ramos para fundamentar su petición de exculpación, por la falta de concierto del tipo de autoría que se le atribuye, toda vez que lo relevante es que tomó parte en la ejecución del hecho de una manera inmediata y directa, quedando comprendido su actuar en los términos del artículo 15 N° 1 del Código Penal, al estar demostrado que concurrió hasta el domicilio de la víctima, lo inmovilizó colocándole un cordel alrededor del cuello –permitiendo con ello la agresión injusta de su copartícipe-, e infiriéndole personalmente heridas cortopunzantes, acciones todas encaminadas a obtener el resultado de muerte, o no pudiendo menos que representarse y aceptar su acaecimiento.

Que en cuanto a la solicitud de absolución respecto del delito de hurto de especies, se procederá también a su rechazo, por cuanto de la prueba rendida en el juicio quedó claramente demostrada su participación en calidad de encubridor, toda vez que reconoció haber observado a López López, cuando éste sustrajo especies desde el interior del domicilio de la víctima, que parte de estas mismas las recibió posteriormente, sin dar a conocer su origen a ninguna persona, tan sólo cuando ya estaba en la unidad policial manifestó que tenía un play station y un celular, mismas que su madre entregó a la policía. De esta manera se dan los presupuestos legales de la calidad de encubridor, esto es, que sabiendo que tales especies eran producto de una sustracción las mantuvo en su poder sin dar a conocer el ilícito.

DUODÉCIMO: Que favorece a los acusados Ricardo López López y Juan Carlos Alvarado Ramos la circunstancia atenuante de responsabilidad criminal del N° 6 del artículo 11 del Código del Penal, esto es, sus irreprochables conductas anteriores, las cuales fueron acreditadas en el juicio con sus respectivos extractos de filiación y antecedentes, los que fueron incorporados mediante su lectura, y que dan cuenta que los referidos acusados no tienen anotaciones penales pretéritas.

DECIMOTERCERO: Que el tribunal desestimará las alegaciones de la defensa del imputado Ricardo López López, en cuanto a acoger en su favor la atenuante de responsabilidad criminal del Nº 9 del artículo 11 del Código Penal, esto es, haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, ya que no se divisa la forma en que este acusado habría prestado colaboración para tales efectos, más por el contrario, desde el inicio de esta investigación negó su participación y trató de desviarla indicando como posibles autores a otras personas.

DECIMOCUARTO: Que la parte acusadora, estimó concurrente respecto del acusado Alvarado Ramos, la atenuante de responsabilidad criminal del Nº 9 del artículo 11 del Código Penal, esto es haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, la que el tribunal acogerá teniendo en consideración los testimonios de los policías Javier Alfaro Menares y Alex García Melys quienes manifestaron, que este acusado colaboró declarando la forma en que los hechos ocurrieron, quiénes participaron en los mismos y además hizo entrega de evidencia material.

DECIMOQUINTO: Que concurre respecto del acusado Ricardo López López una circunstancia atenuante de responsabilidad penal sin que le perjudiquen agravantes, por lo que al imponer las sanciones, estas no se impondrán en el grado máximo que la ley permite.

DECIMOSEXTO: Que corresponde dar aplicación respecto del acusado Juan Carlos Alvarado Ramos, a lo establecido en el artículo 72 del Código Penal, por cuanto, según consta de su certificado de nacimiento incorporado al juicio, que a la fecha de comisión de los hechos por los que se le juzga era mayor de 16 y menor de 18 años de edad, acreditándose igualmente con la resolución dictada por el Juzgado de Menores de La Serena, confirmada por la Il.ª Corte de Apelaciones de esta ciudad, ambas resoluciones incorporadas al juicio, que este acusado fue declarado con discernimiento en el delito por el que hoy se le juzga.

DECIMOSÉPTIMO: Que a los acusados se les aplicará las penas separadamente conforme lo dispone el artículo 74 del Código Penal, por ser ello más beneficioso para aquellos.

Y vistos además lo dispuesto en los artículos 1, 11 Nº 6, 11 Nº 9, 14 Nº 1, 15 Nº 1, 18, 24, 26, 28, 50, 52, 68, 69, 74, 76, 391 Nº 1 y 446 nº 3 del Código Penal; artículos 45, 295, 296, 297, 325, 338, 339, 340, 341, 342, 343 y 348 del Código Procesal Penal, **SE DECLARA:**

- I.- Que se condena a los acusados, RICARDO ARTURO LÓPEZ LÓPEZ, ya individualizado, a la pena de QUINCE AÑOS Y UN DÍA DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MÁXIMO, a la pena 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. Y a JUAN CARLOS ALVARADO RAMOS, ya individualizado, a la pena de CINCO AÑOS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MÁXIMO, a la pena accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos u oficio públicos durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas de la causa, como COAUTORES del delito de Homicidio Calificado en la persona de René Augusto Ducros Barrios, hecho ocurrido en horas de la mañana del día 2 de julio del año 2004, en esta ciudad.
- II.- Que no reuniéndose en la especie los requisitos legales, no se concederá al sentenciado RICARDO LÓPEZ LÓPEZ ninguno de los beneficios de la Ley 18.216, por lo que deberá cumplir real y efectivamente la pena corporal impuesta.
- III.- Que se le niega al sentenciado JUAN CARLOS ALVARADO RAMOS, el beneficio de la libertad vigilada, no obstante existir un informe favorable por parte del Consejo Técnico de la Sección de tratamiento en el medio libre suscrito por el Asistente Social Juan Cortés Lazzus, conforme que siendo facultativo para el tribunal el conceder el citado beneficio de cumplimiento alternativo de las penas, no obligándolo la opinión emitida por el Consejo referido, se estima que en este caso en particular, atendido los móviles y circunstancias que han rodeado al ilícito que nos ocupa, se considera que no es merecedor del beneficio referido, por lo que deberá cumplir real y efectivamente la pena corporal impuesta.
- IV.- Que se condena al acusado Ricardo López López, en calidad de autor, y a Juan Carlos Alvarado Ramos, en calidad de encubridor del delito

de hurto de especies de propiedad de Zoila Barrios Torres, ocurrido en horas de la mañana del día 2 de julio del año 2004, en esta ciudad, al primero a la pena de SESENTA Y UN (61) DÍAS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MÍNIMO, y al segundo de los nombrados a la pena de CUARENTA DÍAS (40) DE PRISIÓN EN SU GRADO MEDIO, a ambos a una multa a beneficio fiscal de cinco (5) unidades tributarias mensuales, y al pago de las costas de la causa.

- V.- La pena privativa de libertad impuesta por este delito de hurto, se les da por cumplida con el mayor tiempo que han estado privados de ella, ambos desde el 3 de julio de 2004 a la fecha, es decir 216 días, como consta del auto de apertura.
- VI.- Que realizada la sustracción pertinente al delito de hurto, en cuanto a los días efectivamente cumplidos por los sentenciados antes referidos, le servirán de abono en el delito de homicidio calificado a Ricardo López López 155 días, los que deberán serle computados en la pena señalada precedentemente; y en igual forma a

Juan Carlos Alvarado Ramos se le computará a su favor el saldo de 176 días, conforme al mérito del auto de apertura y lo aquí resuelto.

- VII.- Si los sentenciados no tuvieren bienes para satisfacer la multa, sufrirán 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.
- VIII.- Devuélvase, en su oportunidad, los medios de prueba materiales acompañados por la Fiscalía.
- IX.- Una vez ejecutoriado este fallo, remítase los antecedentes pertinentes al Juzgado de Garantía correspondiente para los efectos del cumplimiento de esta sentencia.

Redactada por la juez doña Nury Benavides Retamal.

Dictada por los jueces del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de La Serena, don Jorge Pizarro Astudillo, doña María Eugenia Cubillo Espinoza y doña Nury Benavides Retamal.

Rol N°: 224-2004.-

- **En voto de mayoría desestima la concurrencia de la agravante de la pluralidad de malhechores, sosteniendo que ésta exigiría no sólo la intervención material de más de dos personas, sino también que éstas hayan delinuido con anterioridad.**

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

Resumen:

La Fiscalía acusó a los imputados como autores del delito de robo con violencia, alegando la concurrencia de la agravante del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal. La Defensa solicitó la absolución de los acusados argumentando que la prueba del Ministerio Público resultaba insuficiente y contradictoria. En subsidio solicitó el rechazo de la agravante invocada, por cuanto la palabra malhechor exige la comisión habitual de delitos. El Tribunal tuvo por acreditadas tanto la ocurrencia del delito, como la participación de los imputados en base a la prueba presentada por la Fiscalía. En cuanto a la circunstancia modificatoria de responsabilidad penal alegada, estimó, en voto de mayoría, que para su configuración no basta la sola intervención material en el ilícito de dos o más personas. Ello, porque la norma penal al exigir que los autores revistan la calidad de "malhechores", y siguiendo el Diccionario de la Lengua Española que lo define como "quien comete delitos por hábito", establece como requisito que quienes toman parte en la ejecución del hecho hayan delinuido con anterioridad.

El voto de minoría estableció, por el contrario, que al no haber definido la ley lo que se entiende por "malhechor", conforme a la regla de interpretación del artículo 20 del Código Civil, debe dársele a este vocablo su sentido natural y obvio, y que es el que corresponde a quienes cometen un delito, o mal hacen, desde el momento mismo en que obra su mal designio, siendo ésta la interpretación mayoritaria que al precepto le asigna nuestra doctrina.

Texto completo:

Ovalle, once de marzo de dos mil cinco.

VISTO, OÍDO Y CONSIDERANDO:

1°. Que ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle, constituido por los jueces doña Luz Adriana Celedón Bulnes, quien lo presidió, doña Marlys Welsch Chahuán y don Juan Santiago Villa Martínez, el día 07 de marzo de 2005, se llevó a efecto la audiencia de juicio oral relativa a la causa Rol Único Nro. 0400369166-2, Rol Interno Nro. 4-2005, destinada a conocer la acusación que el Ministerio Público, representado por el fiscal adjunto de Ovalle don Carlos Vidal Mercado, domiciliado en Maestranza Nro. 11 de Ovalle, sostuvo en contra de **CARLOS ANDRÉS PIZARRO PIZARRO**, cédula de identidad Nro. 15.043.307-K, nacido el 03 de julio de 1986, temporero agrícola, soltero, domiciliado en Pueblo Hundido, La Rinconada sin número, comuna de Monte Patria, y en contra de **JUAN MARCELO ROJAS ARAYA**, cédula de identidad Nro. 16.325.026-8, nacido el 26 de marzo de 1986, tem-

porero agrícola, soltero, domiciliado en Los Litres sin número, El Palqui Bajo, comuna de Monte Patria, ambos actualmente sujetos a la medida cautelar personal de prisión preventiva en el Centro de Detención Preventiva de Ovalle, representados por el defensor penal público don José Luis Craig Meneses, domiciliado en pasaje Manuel Peñafiel Nro. 293, oficina Nro. 204, de esta ciudad.

2°. Que los hechos y circunstancias objeto de la acusación del Ministerio Público, contenida en el auto de apertura del juicio oral, son los siguientes:

"El día 09 de octubre de 2004 a las 18:30 horas aproximadamente, en calle Los Espinos, El Palqui Bajo, Monte Patria, los imputados Rojas Araya y Pizarro Pizarro en compañía de dos sujetos más, dentro de los que se encontraba el menor de 15 años de edad Julio Enrique Adones Espinoza, rodearon el vehículo marca Daihatsu, modelo Charade color azul, año 1984, placa patente única EN-7862, exigiéndole a sus ocupantes que les dieran dinero. Ante su negativa, comenzaron a lanzar pie-

dras en contra del vehículo e intimidarlos con un arma blanca quebrándoles el parabrisa trasero y el vidrio de seguridad de la puerta trasera costado derecho del automóvil. Acto seguido los imputados sustrajeron a las víctimas Rodolfo Saa \$30.000 en dinero efectivo y a don Manuel Delgadillo, un par de lentes de sol. Con posterioridad las víctimas huyeron debido a que los imputados los amenazaron y persiguieron con cuchillos”.

El Ministerio Público calificó estos hechos como constitutivos del delito de robo con violencia, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso 1º del Código Penal, en grado de consumado. Atribuye a los acusados participación en calidad de autores, indica que favorece a Juan Marcelo Rojas Araya la mitigante 6 del artículo 11 del Código Penal, que perjudica a ambos acusados la circunstancia agravante de responsabilidad criminal del artículo 456 bis inciso 1º Nro. 3 del mismo cuerpo legal, y termina solicitando se condene a Juan Marcelo Rojas Araya a la pena de seis años de presidio mayor en su grado mínimo y a Carlos Andrés Pizarro Pizarro a la pena de “ocho años y un día” (sic) de presidio mayor en su grado mínimo, en ambos casos con las accesorias respectivas y más las costas de la causa.

Ratificó el Ministerio Público el contenido de su acusación en sus alegatos, ofreciendo probar cada uno de sus fundamentos, promesa que en su discurso de clausura y luego de analizar la prueba rendida, estimó cumplida.

3º. Que la defensa, en su alegato de apertura, señaló que la acusación del Ministerio Público adolece de algunas imprecisiones, y al efecto destacó que los hechos sub lite habrían ocurrido en el mes de octubre del año pasado, a plena luz del día y en un lugar en que los jóvenes del sector de El Palqui Bajo suelen reunirse, situado cerca de una cancha de fútbol y aledaño a viviendas, con presencia de numerosas personas que pudieron apreciar lo que allí ocurrió ese día. Agregó que en la especie existirían eventuales atentados contra la propiedad unidos a otro tipo de hechos que no necesariamente configuran delito de robo con violencia materia de la acusación, por todo lo cual -concluyó- no se superará el estándar que nuestra legislación procesal exige para pronunciar sentencia condenatoria, más aún considerando la presunción de inocencia que ampara a los acusados, debiendo en consecuencia éstos ser absueltos de la acusación fiscal.

4º. Que los acusados no declararon en el juicio, habiendo sido invitados por el Tribunal en las oportunidades que el Código Procesal Penal establece para ello, amparándose en su derecho a guardar silencio durante el desarrollo del juicio oral.

5º. Que el Ministerio Público, con la finalidad de acreditar sus cargos, condujo a estrados a los siguientes testigos:

a) Manuel Delgadillo Fernández, ofendido por el delito, quien refiere ser cobrador de la empresa “Comercial Saavedra”, dedicada al rubro de la venta de muebles, correspondiéndole en el mes de octubre de 2004 efectuar una revisión a los clientes morosos de la empresa con domicilio en la comuna de Ovalle y sus alrededores, y el día 09 de octubre de 2004, entre las 18:00 y las 18:30 horas, mientras se encontraba visitando a algunos clientes del sector de El Palqui Bajo en compañía de Rodolfo Saa, Inspector de la misma empresa, desplazándose ambos en un automóvil marca Charade, color azul, conducido por él, fueron víctimas de un asalto, episodio que el deponente describe señalando que mientras se desplazaban por la calle Los Pinos de la mencionada localidad, una vez pasada la calle Los Espinos y a unos 40 ó 50 metros antes de llegar a calle Los Eucaliptos, fueron interceptados por cuatro individuos que se situaron al frente del vehículo, disminuyendo la velocidad para no arrollarlos, quienes les exigían la entrega de dinero, a lo cual se negaron, ocasión en que los sujetos se dividieron, situándose dos de ellos en cada flanco del móvil, “colgándose” de las puertas del vehículo, exigiéndoles siempre dinero, especialmente un individuo que -según supo después- era conocido como el “hijo del cabezón Julio”, quien además le arrebató los anteojos de sol que traía puestos. Continuó la marcha del vehículo, pero los sujetos comenzaron a apedrearlos desde atrás, quebrándoles la “luneta trasera” del automóvil, por lo que optó por bajarse del vehículo, instante en que observa que los mismo cuatro sujetos que los habían interceptado y exigido dinero se acercaban hacia el lugar en que ellos se encontraban, decidiendo en ese momento huir de infantería en dirección a la casa de un cliente que le quedaba por visitar, situada cerca del lugar en que se encontraba, puesto que el vehículo tenía problemas con el arranque. Refiere que en ese momento el sujeto conocido como el “hijo del cabezón Julio” se subió al vehículo y empezó a

perseguirlo en el mismo, intentando arrollarlo, cerrándole el paso en un momento y descendiendo del automóvil mientras blandía un cuchillo, abalanzándosele encima con la clara intención de acuchillarlo, logrando llegar al domicilio del cliente referido, donde la señora Jacqueline le abrió la puerta, permitiéndole refugiarse en su casa, cerrando la puerta y diciéndole al *"hijo del cabezón Julio"* *"ándate de aquí, no hagas escándalo en mi casa"*. Esta persona fue quien le informó que el sujeto que intentó atropellarlo se apodaba de la manera señalada, misma información que entregó luego a Carabineros cuando logró llamarlos desde su teléfono celular, reuniéndose después con Rodolfo Saa, con quien concurrió a la Unidad Policial, donde reconocieron a los sujetos que mantenía detenidos como a tres de los individuos que habían tomado parte en el asalto con que fueron perjudicados. Reconoce a los acusados como a dos de los sujetos que los interceptaron en la vía pública y exigieron dinero y que luego vio a la distancia dirigirse sobre ellos cuando detuvo la marcha del móvil. Al tener a la vista las evidencias materiales incorporadas por el Ministerio Público, consistentes en un cuchillo marca Stainless y una piedra, las reconoce, indicando que la primera corresponde al arma blanca que portaba el individuo conocido como *"el hijo del cabezón Julio"* mientras lo perseguía, y la segunda reúne las características de las piedras que los individuos arrojaron sobre el vehículo en que se desplazaban.

b) Rodolfo Antonio Saa Figueroa, víctima del ilícito, quien refiere que el día del hecho, en circunstancias que junto a Manuel Delgadillo efectuaba una revisión "puerta a puerta" de las cuentas morosas e inactivas de los clientes de una empresa de venta de menaje y muebles, movilizándose ambos en un automóvil marca Charade, color azul, al llegar a las inmediaciones del embalse La Paloma, se les acercan por el camino cuatro sujetos, por lo que disminuyen la velocidad, quienes les solicitaron dinero, negándose a la petición, y por la ventanilla uno de estos individuos le arrebató a Manuel Delgadillo los lentes que traía puestos, optando por continuar la marcha del móvil, sintiendo que los sujetos les arrojaban piedras desde atrás, rompiendo el automóvil, por lo que optan por descender del mismo, pero los cuatro sujetos continuaron arrojando piedras y después "se les vinieron encima", tres de los cuales se le aproximaron, uno de ellos -a quien identifica, sindicando al acusado Carlos Pizarro Pizarro- se situó

detrás suyo, procediendo a sujetarlo por el cuello con el antebrazo, mientras otro -a quien identifica en el juicio como al acusado Juan Rojas Araya- le registraba los bolsillos del pantalón, sustrayéndole la cantidad aproximada de \$30.000 en dinero efectivo, mientras el tercer antisocial impartía instrucciones a los otros dos, individuos que además lo golpearon y lo tironearon, pese a lo cual logró mantener el control y la calma, tratando también de calmar a sus agresores. Señala que el cuarto sujeto siguió a Manuel Delgadillo, pero al cabo de un rato regresó portando un cuchillo hasta donde él se encontraba con los otros tres sujetos, ocasión en que éstos se volvieron más violentos, continuando el registro de sus vestimentas mientras lo insultaban, tratando siempre de mantener la calma, puesto que los individuos lo superaban en número y además uno portaba un cuchillo. Indica que en un momento pasó una camioneta en cuya parte trasera logró subirse, pero después descendió y fue a buscar a Manuel Delgadillo, concurriendo juntos a la Unidad Policial, donde reconocieron a los tres detenidos que allí mantenía el personal de Carabineros, dos de ellos corresponden a los acusados presentes en la audiencia y el tercero corresponde al individuo que portaba el cuchillo y persiguió a Manuel Delgadillo. Al exhibírsele las evidencias materiales referidas en la letra precedente, las reconoce como el cuchillo con que uno de los sujetos lo intimidó el día del hecho y como una de las tantas piedras que estos individuos les arrojaron en esa ocasión. Finalmente, durante el contraexamen manifiesta que el episodio duró entre diez a quince minutos, en horas de la tarde, con gente alrededor, algunas mirando lo que sucedía, pero sin acudir en su ayuda.

c) Johana Jacqueline Flores Jiménez, quien manifiesta que el día del hecho, en el curso del mes de octubre de 2004, mientras se encontraba en su domicilio, ubicado en calle Los Eucaliptos del sector de El Palqui Bajo, buscando a uno de sus hijos de entonces cuatro años de edad, sintió en el exterior de la vivienda el ruido de un vehículo que frenaba, y pensando que alguien podía haber atropellado a su "bebé", salió a la calle divisando entonces a un hombre de contextura gruesa -a quien pudo reconocer, pues era quien "cobraba a su padre los materiales"- corriendo mientras era perseguido por un joven -que ubica por su apodo de "el Cabezón Julio Chico"- que portaba un cuchillo con el cual trataba de apuñalar por la espalda al individuo que

arrancaba, por lo que permitió a éste entrar a su casa, procediendo luego a cerrar la puerta, la que “el Cabezón Julio Chico” trató de abrir empujándola, oponiéndose ella de buena manera, mismo individuo que insultó al sujeto que huía y lo amenazó de muerte, para luego retirarse dejando estacionado frente a su domicilio un vehículo que era del mismo “cobrador”, dirigiéndose hacia la esquina de su casa, donde estaba un grupo de sujetos, entre los que se encontraban el “Mala Suerte”, Carlos Pizarro -alias “el Pal-pin”- y “el Marcelo”, últimos dos a quienes la deponente reconoce en audiencia, sindicando a Carlos Pizarro Pizarro y a Juan Marcelo Rojas Araya. Refiere que en ese momento se encontraban en su casa sus padres y su hermana; que después que auxilió al “cobrador” permaneció en el exterior de su domicilio conversando con éste, quien en su desesperación le indicó que a su “compañero” otros jóvenes lo estaban asaltando, indicándole, persona que en ese momento se encontraba en la esquina, a unas cinco casas de distancia de la suya, junto con otros tres sujetos, por lo que de inmediato le proporcionó al “cobrador” el número de teléfono de Carabineros de El Palqui; que “el Cabezón Julio Chico” se dirigió al grupo donde estaba el acompañante del “cobrador”, no pudiendo apreciar si a éste lo estaban registrando o golpeando, pero pudo observar que se encontraba junto a estos individuos; que al cabo de unos diez o quince minutos llegó el “compañero” del “cobrador” hasta su casa, diciendo que los sujetos lo habían registrado y arrebatado su dinero, consultándole a ella si conocía a estos individuos, indicándole que “no sabía de qué estaba hablando”, ya que en ese momento “sólo estaba pendiente del “cobrador” y del joven que lo perseguía”; que cuando el “cobrador” entró a su casa cerró la puerta de la misma para que no entrara el joven que lo perseguía, por lo que en ese momento no tuvo visión hacia la esquina, y lo mismo ocurrió durante el lapso en que permaneció tras la reja del antejardín de su domicilio; que vio cuando “el Cabezón Julio Chico” se incorporó al grupo de sujetos que permanecía en la esquina, individuo que en ese momento portaba un cuchillo, no pudiendo ver si éste se aproximó al acompañante del cobrador, ya que en ese momento le prestó atención a este último; y, finalmente, que permaneció aproximadamente cinco minutos dentro de la casa sin observar al grupo.

d) Salomón Flores Rojas, quien refiere que el día de los hechos se encontraba en su casa arre-

glando el jardín cuando sintió correr a alguien en el exterior desplazándose de norte a sur y enseguida el ruido de un vehículo en movimiento, instante en que su hija abrió la puerta de la vivienda, ingresando a ella un individuo de contextura gruesa a quien conoce, por ser un comerciante dedicado a las cobranzas, pudiendo entonces escuchar que otro sujeto se bajó del vehículo y amenazó al “cobrador” con palabras de grueso calibre, diciéndole: “te tengo que cagar, gordo culiado”, llegando al cabo de unos diez minutos otro sujeto que acompañaba al “cobrador”, y ambos procedieron a llamar a Carabineros, pudiendo además observar que estas dos personas se desplazaban en un automóvil que tenía quebrado el parabrisas trasero.

e) Vladimir Esteban Jelic Rojas, Cabo Segundo de Carabineros, quien manifiesta que el día del hecho, alrededor de las 18:30 horas, en circunstancias que se encontraba realizando un patrullaje en El Palqui junto al Carabiniero Segundo Fuentes Céspedes, recibió un comunicado radial de la Subcomisaría de Monte Patria, informando que a través de un llamado telefónico se recibió la denuncia de un asalto en perjuicio de dos personas en manos de cuatro sujetos, uno de los cuales era identificado como el “Cabezón Julio Chico”, por lo que concurren al Palqui Bajo, sector de calle Los Pinos esquina calle Los Espinos, donde divisaron al individuo apodado “Cabezón Julio Chico” en compañía de tres individuos, ante lo cual optaron por pasar de largo, sin perder de vista a los sujetos, solicitando por radio colaboración al Suboficial Lino Pérez, manteniendo contacto radial con éste hasta la llegada al sector del personal de refuerzo, el cual bajó por calle Los Olivos, mientras ellos lo hicieron por calle Los Pinos. Refiere que al percatarse de la presencia policial, los sujetos huyeron en dirección al tranque La Paloma, no pudiendo darles alcance debido a que tuvieron que esquivar unos neumáticos existentes en el lugar, y al llegar se pudo percatar que el personal de refuerzo que se desplazaba en el otro móvil había detenido a tres de los individuos, que corresponden a “El Cabezón Julio” -en cuyas vestimentas fue encontrado un cuchillo-, quien fue aprehendido junto al acusado Juan Rojas Araya, a quien identifica en el juicio, y a unos 20 ó 30 metros hacia el norte, por la ribera del embalse, se logró la detención de Carlos Pizarro Pizarro, a quien el testigo también identifica. Tras la detención los sujetos fueron trasladados a la Garita de El Palqui,

donde fueron reconocidos plenamente por las víctimas, quienes le refirieron que en circunstancias que efectuaban unas cobranzas por el sector fueron interceptados por cuatro sujetos, quienes les solicitaron dinero, amedrentándolos uno de ellos con un cuchillo, y ante su negativa se ofuscaron, siendo apedreados en el vehículo Charade color azul en el que se desplazaban, descendieron del móvil para calmar la situación, momento en que la víctima de apellido Delgadillo huye del lugar a pie, siendo perseguida por el “Cabezón Julio Chico”, quien abordó el automóvil con la intención de atropellarlo, descendiendo luego del mismo con un cuchillo en la mano con la intención de “acuchillarlo”, logrando el señor Delgadillo refugiarse en el domicilio de un cliente. Agrega que al señor Saa le fue sustraída la suma de \$30.000 y al señor Delgadillo, un par de anteojos de sol, correspondiéndole extender las respectivas actas de preexistencia y dominio, pudiendo además apreciar que el automóvil en que se desplazaban los ofendidos presentaba el parabrisas trasero quebrado.

f) Segundo Patricio Fuentes Céspedes, funcionario de Carabineros, quien señala que el día 9 de octubre de 2004, en circunstancias que se encontraba de servicio en el primer patrullaje, en compañía del Cabo Jelic, siendo cerca de las 18:00 horas recibieron un comunicado radial de la Subcomisaría de Monte Patria en el que se informaba que en El Palqui Bajo, sector Los Espinos con Los Pinos, había ocurrido un asalto perpetrado por un grupo de sujetos entre los que se encontraban Julio Adones Espinoza, apodado “El Cabezón Julio Chico”, y al llegar al lugar pudieron divisar a este individuo en compañía de Carlos Pizarro Pizarro, alias “El Pal-Pin”, Raúl Tapia Plaza, conocido como “El Mala Suerte”, y de otro sujeto -desconocido para él hasta ese momento- identificado como “Marcelo”. Indica que para evitar que los sujetos se dieran a la fuga, optaron por retirarse del lugar mientras esperaban al personal de apoyo desde Chañaral, sin perderlos de vista, observando que los sujetos se encaminaron por calle Los Pinos hacia la ribera del embalse La Paloma, arribando en ese momento el personal de apoyo requerido, el cual ingresó por calle Los Olivos, personal que logró la detención de “El Cabezón Julio Chico” en compañía del individuo identificado “Marcelo”, y aproximadamente a un kilómetro de distancia se detuvo al sujeto apodado “el Pal-Pin”, siendo los tres detenidos trasladados

hasta la unidad policial, donde las víctimas los identificaron plenamente como a tres de los cuatro sujetos que habían tomado parte en el asalto con que fueron perjudicados. Añade que los afectados se movilizaban en un vehículo modelo Charade color azul, que presentaba el parabrisas trasero roto, manifestándole los perjudicados que esos daños los causaron estos sujetos, quienes procedieron a apedrear el automóvil; y que a los ofendidos les sustrajeron un par de lentes y una suma de dinero.

g) Lino Leonel Pérez Milla, Sargento Primero de Carabineros, quien expone que el día de los hechos se encontraba de servicio en el sector de Chañaral Alto, acompañado de los Carabineros Fernández Pérez y Cortés Estay, desempeñándose como conductor del vehículo en que se desplazaba también el Cabo Hernández Llanos, cuando recibieron un comunicado radial donde el Cabo Jelic informaba que en la localidad de El Palqui Bajo se había perpetrado un robo con violencia en perjuicio de dos individuos, solicitando cooperación y señalando que mantenía a la vista a los cuatro antisociales autores del ilícito, entre ellos uno conocido por su apodo de “El Cabezón Julio Chico”. Al llegar a la localidad de El Palqui ingresaron por calle Los Olivos en dirección al sector de las canchas, divisando a tres sujetos, quienes al ver la presencia policial se dieron a la fuga, entre los cuales se encontraba Carlos Pizarro Pizarro, apodado “El Pal-Pin”, acompañado del menor conocido como “El Cabezón Julio Chico” y otro cuyo nombre no recuerda, pero a quien reconoce en audiencia, sindicando al acusado Rojas Araya. Refiere que al llegar a las canchas, frente a unos parrones, descendieron del móvil los Carabineros Cortés y Fernández, quienes lograron la detención de dos individuos, el acusado Rojas Araya y “El Cabezón Julio Chico”, mientras él junto al cabo Hernández siguieron por un camino de tierra bordeando la ribera del embalse y a unos 800 metros más abajo lograron aprehender a Carlos Pizarro Pizarro, trasladando posteriormente a los tres sujetos hasta la Garita de El Palqui, donde fueron reconocidos por las víctimas de apellidos Delgadillo y Saa, quienes le relataron que los detenidos fueron las personas que momentos antes les pidieron dinero, intimidándolos y agredidos, sustrayéndoles un par de anteojos y la suma de \$30.000, además de apedrearlos provocando daños en el vehículo en que se desplazaban mientras efectuaban las cobranzas para una empresa, huyendo Delgadillo

del lugar siendo perseguido por uno de estos individuos, quien lo siguió a bordo de su propio vehículo, descendiendo después del mismo blandiendo un cuchillo, logrando guarecerse en un domicilio del lugar; Saa, por su parte, le manifestó que permaneció en el lugar con otros tres sujetos que lo abordaron, quienes le despojaron de su dinero. Agrega que con posterioridad la Fiscalía local le ordenó recabar las declaraciones de testigos del hecho, por lo que se trasladó hasta calle Los Eucaliptos del sector de El Palqui, donde ubicó al señor Salomón Flores, quien le refirió que el día del hecho, mientras arreglaba su jardín, vio a un hombre de contextura gruesa que arrancaba de un vehículo pequeño desde el cual descendió un sujeto con un cuchillo, logrando el hombre gordo refugiarse en su domicilio, ya que su hija Johana Flores le abrió la puerta. Asimismo, se entrevistó con Johana Flores, quien le manifestó que observó cómo este hombre de contextura gruesa huía de un sujeto que lo perseguía con un cuchillo, dándole protección en su casa, donde le señaló haber sido asaltado *“a la vuelta”*, lugar en que había permanecido *“su colega”*, sacando su teléfono celular y llamando en el acto a Carabineros.

h) Oscar Fernando Hernández Llanos, Cabo Segundo de Carabineros, quien relata que con fecha 9 de octubre de 2004, mientras se encontraba de servicio extraordinario en el sector de Chañaral, conduciendo el móvil policial, en compañía del Sargento Lino Pérez y de los Carabineros Fernández Pérez y Cortés Estay, recibieron un llamado radial del Cabo Jelic solicitando colaboración, por lo que se trasladaron al sector de El Palqui Bajo, ingresando por calle Los Olivos hasta el sector de las canchas, donde observaron a tres individuos, informándoles el Cabo Jelic -con quien mantuvieron permanente contacto radial- que esos sujetos correspondían a los autores del delito de robo con violencia denunciado, entre los cuales pudo reconocer al individuo apodado *“El Pal-Pin”* y a otro conocido como *“El Hijo del Cabezón Julio”*, quienes al percatare de la presencia policial huyeron del lugar, desplazándose dos de ellos en dirección al sur mientras el tercer individuo lo hace en dirección al norte, por la orilla del embalse La Paloma. Explica que los Carabineros Fernández Pérez y Cortés Estay descendieron del vehículo y persiguieron a los individuos que huyeron hacia el sur, logrando la detención de *“El Hijo del Cabezón Julio”* y del acusado Juan Rojas Araya, a quien identifica en el juicio,

mientras él junto con el Sargento Lino Pérez detuvieron al sujeto que se desplazó hacia el norte, a quien identifica en el juicio como al acusado Carlos Pizarro Pizarro, apodado *“El Pal-Pin”*. En ese momento arribó el Cabo Jelic en el otro carro policial, procediendo al traslado de todos los detenidos a la Garita de El Palqui, donde se realizó el procedimiento correspondiente, lugar hasta el cual llegaron los ofendidos a bordo de un vehículo modelo Charade color azul, que presentaba el vidrio trasero destruido, quienes reconocieron a los detenidos como a los antisociales que habían apedreado el móvil en que se desplazaban y sustraído una suma de dinero.

i) Cristián Patricio Cortés Estay, efectivo de Carabineros, quien indica que el día de los hechos le correspondió participar en un procedimiento que culminó con la detención de tres individuos en el sector de El Palqui, ocasión en que logró detener al sujeto identificado como Julio Adones Espinoza, apodado el *“Cabezón Julio Chico”*, mientras el Carabinero Fernández Pérez aprehendió a Juan Rojas Araya, a quien identifica en el juicio, y al proceder a la revisión de los detenidos, encontró entre las vestimentas de Julio Adones Espinoza, al interior del bolsillo trasero de su pantalón, el cuchillo ingresado como evidencia material por el Ministerio Público, el que reconoce en audiencia. El Sargento Lino Pérez, por su parte, logró la detención de un sujeto apodado *“el Pal-Pin”*, de nombre Carlos Pizarro Pizarro, a quien también identifica. Los detenidos fueron trasladados a la Garita de Carabineros de El Palqui, hasta donde llegaron los ofendidos, quienes reconocieron a los detenidos como a tres de los cuatro autores del ilícito con que fueron perjudicados, indicando que les sustrajeron un par de lentes oscuros y la suma de \$30.000. Finalmente, indica que los afectados se movilizaban en un automóvil modelo Charade que presentaba su vidrio trasero roto, y al responder las preguntas aclaratorias del Tribunal, manifiesta no recordar con precisión si ambas víctimas reconocieron a los tres detenidos como los autores del delito con que fueron perjudicados.

j) David Ernesto Fernández Pérez, funcionario de Carabineros, quien expresa que el día 09 de octubre de 2004 participó en un procedimiento policial en el sector de El Palqui Bajo junto al Sargento Lino Pérez, el Cabo Hernández Llanos y el Carabinero Cortés Estay, prestando colaboración al

Cabo Segundo Jelic en la aprehensión de cuatro sujetos sindicados como los autores de un asalto, uno de ellos identificado por el Cabo Jelic como el "Cabezón Julio Chico". Con ese propósito concurren desde Chañaral a la localidad de El Palqui, ingresando por calle Los Olivos, siendo informados radialmente que el otro vehículo policial mantenía a la vista a los sujetos, los que entonces estaban individualizados como "El Cabezón Julio", "El Pal-Pin", "El Mala Suerte" y un cuarto sujeto desconocido, logrando entonces visualizar a tres de los cuatro individuos, quienes al percatarse de la presencia policial huyeron, desplazándose "El Pal-Pin" -a quien reconoce en juicio, sindicando a Carlos Pizarro Pizarro- hacia el norte, mientras "El Cabezón Julio Chico" y el individuo hasta entonces no identificado -quien resultó ser Juan Marcelo Rojas Araya, a quien también reconoce en audiencia- huyeron en dirección sur, siendo estos dos últimos perseguidos por él junto al Carabinero Cortés, logrando la detención de ambos. Una vez esposados los individuos, procedieron a una revisión superficial de sus ropas, encontrando en poder de "El Cabezón Julio Chico" un arma blanca. Por su parte, el Sargento Luis Pérez Milla aprehendió a Carlos Pizarro Pizarro, siendo los tres detenidos trasladados a la Unidad, donde las dos víctimas los reconocen como a tres de los sujetos que los asaltaron. Precisa el deponente que al individuo apodado "El Cabezón Julio" la víctima de apellido Delgadillo lo reconoce como quien portaba un arma blanca, quitándole el automóvil y persiguiéndolo en el mismo; mientras que el ofendido de apellido Saa sindicó a los otros dos sujetos, Carlos Pizarro Pizarro y Juan Marcelo Rojas Araya, como a los autores del apedreamiento del vehículo, del registro de sus ropas y posterior sustracción del dinero que portaba, actividad que habrían desarrollado en conjunto con el individuo que logró huir, de nombre Raúl Plaza Tapia, apodado "El Mala Suerte".

k) Guillermo Carmina Segovia, Cabo Segundo de Carabineros, quien manifiesta que por instrucciones de la Fiscalía local le correspondió confeccionar un croquis del sitio del suceso y realizar una fijación fotográfica del mismo, para lo cual obtuvo previamente la información necesaria de los hechos entrevistándose con uno de los funcionarios aprehensores, el Sargento Lino Pérez Milla, contactándose además telefónicamente con el ofendido por el delito Manuel Delgadillo Fernández, constituyéndose en el lugar del hecho el día 30 de noviembre de 2004.

Durante su examen se exhibió al deponente el set fotográfico ofrecido que consigna el párrafo signado con la letra d), Nro. 1, del auto de apertura del juicio oral, indicando que en él se aprecia el lugar en que las víctimas fueron interceptadas por los cuatro sujetos mientras se desplazaban en un vehículo modelo Charade color azul (foto Nro. 1); la calle Eucaliptos, ubicada al costado de una cancha de fútbol, por donde Manuel Delgadillo Fernández corrió hacia un inmueble al cual ingresó con la finalidad de solicitar la concurrencia de Carabineros, tras huir de uno de los delinquentes que en ese momento conducía el vehículo antes señalado (foto Nro. 2); lugar por donde ingresó Manuel Delgadillo Fernández al inmueble para protegerse del antisocial que lo perseguía (foto Nro. 3); el borde del embalse La Paloma, lugar donde fueron detenidos dos de los sujetos (foto Nro. 4); y el lugar de la detención de un tercer sujeto, ubicado algo más al norte que el anterior (foto Nro. 5)

Asimismo, se le exhibe el croquis del sitio del suceso que consigna el Nro. 2 del párrafo signado con la letra d) del auto de apertura del juicio oral, explicando la ubicación de la calle Los Pinos en la cual el vehículo en que se desplazaban los ofendidos fue interceptado por los cuatro sujetos; la trayectoria de una de las víctimas por calle Los Eucaliptos, mientras era perseguido por uno de los delinquentes, hasta el inmueble donde encontró refugio y pudo solicitar la concurrencia de Carabineros vía telefónica; el lugar donde uno de los agresores -que resultó ser menor de edad- dejó finalmente el vehículo frente a un poste de alumbrado público; el sitio en que fueron aprehendidos dos de los imputados, a orillas del embalse La Paloma; y el sector, situado más al norte, donde el personal aprehensor logró la detención de un tercer imputado.

6º. Que, además, el Ministerio Público incorporó, mediante su exhibición, los siguientes elementos probatorios:

a) Evidencia material, consistente en un cuchillo marca Stainless Stel con mango de madera y una piedra, la que fue reconocida, en los términos reseñados, por los ofendidos Manuel Delgadillo Fernández y Rodolfo Saa Figueroa y por el funcionario de Carabineros Cristián Patricio Cortés Estay.

b) Un set fotográfico del sitio del suceso, compuesto por cinco fotografías, y un croquis del mismo, exhibidos durante la audiencia al Cabo Se-

gundo de Carabineros Guillermo Carmina Segovia, en la forma ya explicada.

7º. Que en la oportunidad establecida en el artículo 343 del Código Procesal Penal, el Tribunal emitió veredicto condenatorio en contra de los acusados, condenándolos como autores del delito de robo con violencia, al estimar que el Ministerio Público logró acreditar, más allá de toda duda razonable, los elementos del tipo penal por el que se acusó, esto es, la apropiación de cosa mueble ajena, contra la voluntad de su dueño Rodolfo Antonio Saa Figueroa, mediante el empleo de violencia, con ánimo de lucrarse y la conexión entre ambas actividades.

En efecto, la sustracción del dinero que pertenecía al ofendido Rodolfo Antonio Saa Figueroa, en contra de su voluntad, se acreditó con su propio testimonio, en cuanto señaló que el día del hecho, mientras se desplazaba en un automóvil modelo Charade en compañía de Manuel Delgadillo Fernández, al llegar a las inmediaciones del embalse la Paloma, se vieron obligados a disminuir la velocidad del móvil al ser interceptados por cuatro sujetos que les exigían la entrega de dinero, mismos que ante su negativa procedieron a ubicarse al lado de las ventanillas del vehículo, uno de los cuales le arrebató a Manuel Delgadillo Fernández -que estaba a cargo de la conducción del vehículo- unos lentes que traía puestos, continuando la marcha del automóvil, instante en que los sujetos, desde atrás, arrojaron piedras sobre el vehículo, por lo que ambos optan por descender de éste, pero los sujetos prosiguen arrojando estos elementos contundentes para después dirigirse hasta el lugar en que ellos se encontraban, uno de los cuales comenzó a perseguir a Manuel Delgadillo en tanto los otros tres se le abalanzaron encima, grupo este último en que se encontraban los acusados Carlos Pizarro Pizarro y Juan Rojas Araya, quienes procedieron, el primero a sujetarlo desde atrás por el cuello con el antebrazo mientras el segundo le registraba los bolsillos del pantalón, sustrayéndole la cantidad aproximada de \$30.000 en dinero efectivo, dedicándose el tercer sujeto a impartir instrucciones a los otros dos individuos que además lo golpearon y lo tironearon, lapso durante el cual procuró mantener el control y calmar a estos individuos, a los cuales se les unió después el sujeto que había salido en persecución de Manuel Delgadillo, sujeto que en ese momento portaba un cuchillo, continuando los individuos con el

registro de sus vestimentas y con los insultos que le proferían, tratando siempre de conservar la calma hasta que finalmente logró escabullirse. Manuel Delgadillo Fernández, por su parte, refirió que el día 09 de octubre de 2004, cerca de las 18:30 horas, mientras efectuaba un recorrido por el sector de El Palqui en compañía de Rodolfo Saa Figueroa, desplazándose en el automóvil ya mencionado por la calle Los Pinos, entre las calles Los Espinos y Los Eucaliptos, fueron interceptados por cuatro sujetos que se situaron frente al vehículo exigiéndoles la entrega de dinero, a lo cual se negaron, por lo que estos individuos se sujetaron de las puertas del móvil, continuando con sus exigencias, instante en que uno de ellos le arrebató los anteojos de sol que traía puestos, decidiendo continuar con la marcha del automóvil, pero los sujetos entonces apedrearón el móvil, quebrando el parabrisa trasero del mismo, ante lo cual descendió del vehículo, pudiendo apreciar que los cuatro sujetos que los habían interceptado se dirigían hacia donde ellos se encontraban, por lo que corrió en dirección al domicilio de un cliente, siendo perseguido por el mismo sujeto que le arrebató sus anteojos, quien trataba de atropellarlo con el mismo automóvil que se vio obligado a abandonar en su huida, sujeto que después descendió del móvil blandiendo un cuchillo, logrando finalmente evadirlo, al guarecerse en el domicilio de uno de sus clientes.

Estos testimonios, provenientes de los afectados por el ilícito, los cuales narraron pormenorizadamente los hechos, con espontaneidad y sin evidenciar contradicciones, impresionando como veraces y creíbles, fueron corroborados por Johana Jacqueline Flores Jiménez, en cuanto señaló que el día del hecho, mientras se encontraba en el interior de su domicilio, sintió en la vía pública el ruido de la frenada de un vehículo, divisando a un sujeto joven -que conoce como "El Cabezón Julio Chico"- perseguir con cuchillo en mano a Manuel Delgadillo Fernández, por lo que otorgó protección a esta persona, permitiéndole entrar a su domicilio, quien entonces le manifestó que un grupo de jóvenes estaba asaltando a un sujeto que lo acompañaba momentos antes, pudiendo observar que en la esquina de la calle de su domicilio, cerca de una capilla, se encontraban Carlos Pizarro Pizarro, Juan Marcelo Rojas Araya y un sujeto conocido como "el Mala Suerte", grupo en el que también pudo divisar a un

individuo alto y de pelo claro que resultó ser el acompañante de Delgadillo Fernández, mismo grupo al que se dirigió también “El Cabezón Julio Chico” y al cabo de algunos minutos llegó hasta su casa este hombre alto y de pelo claro, manifestando que los sujetos lo habían registrado y arrebatado su dinero.

Como puede apreciarse, el relato de Johana Jacqueline Flores Jiménez confirma las versiones de los damnificados, al describir en términos análogos tanto la actividad desplegada por Julio Adones Espinoza -conocido como “El Cabezón Julio Chico”- como la ubicación que adoptó Rodolfo Saa Figueroa durante el devenir de los sucesos, puesto que la deponente pudo divisarlo junto a los dos acusados y a un tercer sujeto apodado “el Mala Suerte”, grupo al cual luego se unió Julio Adones Espinoza portando el arma blanca con que momentos antes había intentado agredir a Delgadillo Fernández. Si bien es cierto que la testigo en comento manifestó no haberse percatado que Rodolfo Saa Figueroa fue registrado y violentado por estos individuos -aspecto de su declaración hecho valer por la defensa en su discurso de clausura-, ello en nada resta fuerza a la declaración de este último, cuyo contenido impresionó al Tribunal como lógico, persistente, concreto -sin ambigüedades- y coherente -no contradictorio-, encontrando cada una de sus afirmaciones sólido fundamento en datos objetivos suficientemente probados en el juicio y sin que, por otro lado, se advirtiera durante su examen ninguna motivación en virtud de la cual éste hubiere de mutar o distorsionar la realidad en la narración que hizo de los hechos. En efecto, si los ofendidos, momentos antes, fueron interceptados por un grupo de cuatro sujetos, entre los que se encontraban los acusados y el mencionado Adones Espinoza, quienes apredaron el vehículo en que aquéllos se desplazaban ante su negativa a entregarles el dinero que les exigían, para acto seguido abalanzarse encima de los perjudicados, persiguiendo Adones Espinoza a Manuel Delgadillo, primero a bordo del vehículo que éste abandonó en su desesperación por huir en procura de un refugio, y después con un arma corto punzante -arma que fue incautada por los efectivos policiales en poder de este menor inimputable-, no resulta lógico, ante semejante realidad fáctica, concluir que los sujetos que se dirigieron sobre Rodolfo Saa Figueroa -mismos que Johana Flores Jiménez pudo ver junto a éste en una de las esquinas de la

calle de su domicilio- permanecieron allí inmóviles, como pretendió hacer ver la defensa con sus elucubraciones, sino que por el contrario éstos necesariamente continuaron con su quehacer criminoso hasta conseguir su mal designio, cual era apropiarse del dinero que Saa Figueroa portaba consigo; y, por otro lado, la circunstancia que Johana Flores Jiménez no haya podido observar el preciso instante en que los sujetos desplegaron su ilícita actividad sobre Rodolfo Saa Figueroa, se explica porque, como indicó la propia testigo en referencia, estos acontecimientos ocurrieron a varios metros de su domicilio, pudiendo estos sentenciadores formarse una clara idea de la disposición de los lugares, merced a las fotografías incorporadas al juicio, transcurriendo durante su desarrollo algunos momentos en que la atención de Flores Jiménez no estuvo centrada en lo que sucedía en ese sector e incluso lapsos en los que sencillamente no tuvo visión alguna hacia esa dirección, a lo que cabe todavía añadir que Rodolfo Saa Figueroa manifestó con claridad en estrados que mientras los sujetos lo agredían y registraban sus vestimentas pudo conservar la calma, procurando temperar los ánimos exaltados de sus agresores, lo que sugiere que los malos tratamientos de obra con que éstos consiguieron reducir la resistencia de Rodolfo Saa fueron de tal naturaleza que bien pudieron no ser advertidos por un espectador situado a la distancia en que se hallaba Johana Flores Jiménez del lugar de los sucesos, como de hecho aconteció en la especie.

También corrobora los asertos de los ofendidos la declaración prestada por Salomón Flores Rojo, quien pudo advertir el día del hecho la huida de Manuel Delgadillo Fernández y la persecución de que éste fue objeto por parte de un sujeto que además lo amenazó e insultó en la puerta de su casa, vivienda a la cual llegó también al cabo de unos minutos Rodolfo Saa Figueroa, quienes procedieron a llamar por teléfono a Carabineros, divinando además el vehículo en que los ofendidos se desplazaban, el que presentaba su parabrisa trasero fracturado, misma información que proporcionaron los funcionarios policiales que concurrieron a estrados.

Ratificaron la sustracción del dinero los Carabineros Vladimir Esteban Jelic Rojas, Lino Leonel Pérez Milla, Cristián Patricio Cortés Estay, David Ernesto Fernández Pérez, Segundo Patricio Fuentes

Céspedes y Oscar Fernando Hernández Llanos, quienes tomaron conocimiento de las versiones de las víctimas en un tiempo inmediato a la ocurrencia de los hechos, confirmando que los antisociales consiguieron apropiarse de una suma de dinero, precisando los tres primeros funcionarios que la misma alcanzaba la cantidad de \$30.000. El Carabiniero David Fernández Pérez señaló, además, que según la versión que recabó de Rodolfo Saa Figueroa, Carlos Pizarro Pizarro y Juan Rojas Araya fueron los sujetos que registraron sus vestimentas y le sustrajeron el dinero, lo que se condice con lo referido por Rodolfo Saa en el juicio. Por último, corrobora la apropiación del dinero en cuestión los dichos de Johana Flores Jiménez, en cuanto refirió que Rodolfo Saa Figueroa, al llegar hasta su domicilio, le manifestó que *“los sujetos lo habían registrado y arrebatado su dinero”*, lo que igualmente concuerda con las afirmaciones que Saa Figueroa vertió en el juicio.

Las violencias ejercidas en contra de las víctimas para lograr el despojo del dinero que portaba Rodolfo Saa Figueroa, se acreditó con el testimonio de éste y de Manuel Delgadillo Fernández, en cuanto manifestaron haber sido interceptados y apedreados por los cuatro antisociales, en los momentos en que se desplazaban en un automóvil modelo Charade, quienes les exigían la entrega de dinero, mismos sujetos que luego se abalanzaron encima de ellos, dedicándose Julio Adones Espinoza a perseguir con un arma corto punzante a Manuel Delgadillo Fernández, mientras los dos acusados y el tercer sujeto se dirigieron sobre Saa Figueroa, procediendo Carlos Pizarro Astudillo a inmovilizarlo sujetándolo por el cuello con su antebrazo, mientras Juan Rojas Araya le registraba los bolsillos del pantalón, sustrayéndole la cantidad de \$30.000 en dinero efectivo, y el tercer sujeto impartía instrucciones a los demás individuos que lo golpearon y lo tironearon, uniéndoseles después Julio Adones Espinoza, quien portaba la referida arma corto punzante, continuando los individuos con el registro de sus vestimentas y con los insultos que le proferían. Estas versiones, como se dijo más arriba, fueron confirmadas por Johana Flores Jiménez, en cuanto aseveró haber divisado desde su casa a Rodolfo Saa Figueroa junto a los acusados y a un sujeto apodado “el Mala Suerte”, lugar hacia el cual se dirigió también Julio Adones Espinoza portando un arma blanca, precisando que a los pocos minutos llegó Saa

Figueroa hasta su domicilio, oportunidad en que éste le señaló que estos sujetos lo habían registrado y sustraído su dinero. Asimismo, los relatos de los damnificados fueron reproducidos en términos similares por los Carabineros Vladimir Jelic Rojas, Lino Leonel Pérez Milla y David Ernesto Fernández Pérez, quienes los escucharon de ellos en un tiempo próximo a la ocurrencia del ilícito.

Las evidencias materiales incautadas en el sitio del suceso e incorporadas al juicio, consistentes en una piedra, reconocida por los ofendidos como uno de los tantos elementos contundentes que los sujetos arrojaron sobre el automóvil en que se desplazaban, quebrando su parabrisa trasero, daño que los testigos que depusieron en estrados apreciaron el día de los hechos y describieron en la audiencia, y en un cuchillo que los agentes policiales incautaron en poder de Julio Adones Espinoza, no hacen sino avalar las versiones de los damnificados, versiones que además fueron explicadas por el Cabo Segundo de Carabineros Guillermo Carmona Segovia mediante un croquis del sitio del suceso y de un set fotográfico del mismo, elementos incorporados al juicio y que sirven a modo de recreación de los acontecimientos.

En fin, las declaraciones de los efectivos policiales Vladimir Jelic Rojas, Segundo Fuentes Céspedes, Lino Pérez Milla, Oscar Hernández Llanos, Cristián Cortés Estay y David Fernández Pérez, en cuanto relataron las circunstancias en que se produjo la detención de los acusados, a quienes sorprendieron en compañía de Julio Adones Espinoza -también detenido el día de los hechos- y de un cuarto sujeto que consiguió darse a la fuga, son dignas de crédito, al versar las mismas sobre hechos que cayeron directamente bajo la acción de sus sentidos, describiendo pormenorizadamente el lugar en que se encontraban los sujetos y el camino que éstos siguieron para intentar eludir la acción policial, logrando su detención en un lugar próximo al de la ocurrencia de los hechos materia del presente juicio oral y encontrando en poder de uno de ellos el arma corto punzante que ambos ofendidos reconocen como la empleada por los antisociales para amedrentarlos.

8°. Que, por lo antes expuesto, y apreciando la prueba rendida de acuerdo a la normativa del artículo 297 del Código Procesal Penal, esto es, en concordancia con los principios de la lógica, las

máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, estos sentenciadores tienen por cierto, más allá de toda duda razonable, que el día 09 de octubre de 2004, cerca de las 18:30 horas, en calle Los Pinos, entre las calles Los Espinos y Los Eucaliptos, de la localidad El Palqui Bajo, comuna de Monte Patria, Juan Marcelo Rojas Araya y Carlos Andrés Pizarro Pizarro, en compañía de otros dos sujetos, interceptaron el vehículo Charade color azul, en cuyo interior se desplazaban Manuel Delgadillo Fernández y Rodolfo Saa Figueroa, solicitando dinero a sus ocupantes y ante la negativa de éstos, arrojaron piedras sobre el móvil, quebrando el parabrisa trasero del mismo, momento en que Manuel Delgadillo Fernández detuvo el vehículo y huyó del lugar siendo perseguido por uno de los sujetos, quien portaba un arma blanca, mientras los acusados antes mencionados, junto al tercer sujeto, sustrajeron mediante violencia a Rodolfo Saa Figueroa la suma de \$ 30.000 en dinero efectivo que éste portaba entre sus vestimentas.

9°. Que, en opinión de estos jueces, el hecho descrito en la motivación precedente, contenido en la acusación fiscal, configura el delito de robo con violencia, en grado de consumado, previsto y sancionado en los artículos 432, 436 inciso 1º y 439 del Código Penal, en menoscabo de Manuel Delgadillo Fernández y Rodolfo Saa Figueroa, 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 su titular con el ánimo de comportarse de hecho como propietario de ella, toda vez que los sujetos, actuando en forma concertada, tomaron la suma de \$30.000 en dinero efectivo, retirándose del lugar con ella; *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 dinero referido; *cosa ajena*, es decir, aquellas respecto de las cuales una persona distinta del hechor detenta la propiedad o posesión, pues en el caso sub lite la propiedad del dinero en cuestión correspondía a Rodolfo Saa Figueroa; *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 juicio que el dinero fue sustraído sin la voluntad de la víctima que lo detentaba; *ánimo de lucro*, el cual se colige del hecho de aprehender cosa mueble ajena,

bastando que se tenga a la vista al ejecutar dicha acción, sin que se requiera de un enriquecimiento real; finalmente, la *violencia*, que consiste en los malos tratamientos de obra ejecutados sobre la víctima en un tiempo inmediato o próximo a la sustracción, para impedir la resistencia u oposición de aquélla, que en el caso in limine litis se configura por el hecho cierto que Manuel Delgadillo Fernández y Rodolfo Saa Figueroa fueron rodeados y atacados por un grupo de cuatro sujetos, quienes apedrearón el vehículo en que se desplazaban, abalanzándose sobre los ofendidos, debiendo Manuel Delgadillo Fernández huir del lugar y refugiarse en un domicilio próximo, mientras Rodolfo Saa fue abordado por tres de los sujetos, quienes lo inmovilizaron, sujetándolo por el cuello mientras registraban los bolsillos de su pantalón, golpeándolo y tironeándolo hasta conseguir arrebatarle la suma de \$30.000 que portaba consigo.

10°. Que la defensa planteó en su alegato de clausura que la prueba aportada al juicio por el Ministerio Público era insuficiente para tener por acreditada la existencia del delito de robo con violencia materia de la acusación, toda vez que Manuel Delgadillo Fernández circunscribió su imputación a la persona de Julio Enrique Adones Espinoza, único sujeto cuya actividad estuvo en condiciones de apreciar, pues respecto de sus mandantes sólo pudo afirmar que se hallaban entre los sujetos que les pidieron dinero mientras circulaban en un automóvil y que éstos “deben haber arrojado piedras sobre el vehículo”, circunstancia esta última que no pudo observar directamente; y en el mismo sentido, argumentó que el testimonio de Rodolfo Saa Figueroa se encuentra en contradicción con lo declarado por la testigo Johana Flores Jiménez, en cuanto manifestó haber divisado a aquél junto a un grupo de sujetos sin poder observar que haya sido objeto de agresiones o de algún registro por parte de éstos, lo que -en concepto del letrado defensor-pondría en entredicho la versión traída al juicio por Saa Figueroa.

Estas alegaciones habrán de ser desechadas, puesto que Manuel Delgadillo Fernández indicó con claridad que los acusados, en compañía de otros dos sujetos, interceptaron el vehículo en que se desplazaba junto a Rodolfo Saa Figueroa, situándose frente al móvil y exigiéndoles la entrega de dinero, mismos cuatro sujetos a los que luego divisó

dirigirse sobre él y su acompañante, uno de los cuales -Julio Adones Espinoza- se dedicó a perseguirlo con una arma blanca, todo lo cual revela de un modo inequívoco la unidad de propósito con que obraron los sujetos activos, cuyo designio no era otro que apropiarse de dinero o de cosas muebles ajenas ejerciendo violencia en las personas, más aún si durante el episodio inicial, cuando son rodeados a bordo del automóvil, Julio Adones Espinoza arrebató a Delgadillo Fernández los lentes para el sol que traía puestos. Esta declaración guarda plena armonía con la prestada en juicio por Rodolfo Saa Figueroa, quien además afirmó que los acusados Rojas Araya y Pizarro Pizarro, junto a otro de los individuos, se abalanzaron sobre su persona, sujetándolo, agrediendo y registrado sus vestimentas hasta conseguir sustraerle el dinero que portaba, actividad a la que después se unió Adones Espinoza, describiendo detalladamente y sin evidenciar contradicciones la acción desarrollada por cada uno de ellos. De esta suerte, no existe razón alguna para poner en duda las afirmaciones de los ofendidos.

Respecto a la segunda alegación del letrado defensor, con la que pretendió evidenciar una supuesta contradicción entre lo declarado en juicio por Rodolfo Saa Figueroa y Johana Flores Jiménez, el Tribunal ya se hizo de cargo de ella en el considerando 7 de esta sentencia, con motivo del análisis de la prueba, razonamientos que se dan por reproducidos en esta parte y que bastan para desestimar las pretensiones de la defensa.

Finalmente, que el Carabiniero Cristián Patricio Cortés Estay no haya podido recordar en la audiencia los términos con que cada ofendido reconoció a los tres sujetos que lograron detener el día del ilícito, limitándose a afirmar que éstos fueron sindicados por las víctimas como a tres de los cuatro individuos que perpetraron el asalto, se trata de un aspecto del todo irrelevante que ciertamente no alcanza a restar fuerza a la prueba de cargo aportada por la Fiscalía.

11º. Que la participación de los acusados Juan Marcelo Rojas Araya y Carlos Andrés Pizarro Pizarro en el delito configurado en el motivo 9, se encuentra establecida, más allá de toda duda razonable, con la directa imputación que en el juicio le dirigió Manuel Delgadillo Fernández, sindicándolos como los sujetos que integraban el grupo que lo in-

terceptaron en calle Los Pinos de la localidad de El Palqui, exigiéndole dinero, mismos a los cuales pudo también divisar dirigiéndose hasta el lugar en que él se encontraba en compañía de Rodolfo Saa Figueroa en los momentos en que se vio obligado a huir de sus agresores. También fueron reconocidos en el juicio por Rodolfo Saa Figueroa, quien los sindicó también como a dos de los sujetos que lo interceptaron en la vía pública exigiéndole dinero, arrojando piedras sobre el automóvil en que se desplazaba y abalanzándose después sobre él, dedicándose Carlos Pizarro Pizarro a sujetarlo desde el cuello mientras Juan Rojas Araya registraba su vestimenta, sustrayéndole la suma de \$30.0000, individuos que además "lo golpearon y lo tironearon". Johana Jacqueline Flores Jiménez, por su parte, reconoció a los acusados como los individuos que se encontraban en la esquina de calle Los Pinos con calle Los Eucaliptos, del Palqui Bajo, lugar en el que pudo también divisar a Rodolfo Saa Figueroa, a quien momentos después escuchó decir haber sido registrado por estos sujetos. Finalmente, los funcionarios de Carabineros Vladimir Jelic Rojas, Segundo Fuentes Céspedes, Lino Pérez Milla, Oscar Hernández Llanos, Cristián Cortés Estay y David Fernández Pérez, reconocieron a los acusados como a dos de los sujetos que lograron detener durante el procedimiento policial motivado por la denuncia telefónica de los ofendidos, a los que capturaron en un tiempo y lugar próximo al de ocurrencia de los hechos, junto al menor Julio Adones Espinoza, en cuyo poder encontraron el arma corto punzante que los ofendidos reconocen como la empleada por los hechores para amedrentarlos, individuos éstos que fueron luego reconocidos por los ofendidos en la Unidad Policial, precisando el funcionario David Fernández Pérez que Rodolfo Saa Figueroa, en esa oportunidad, sindicó a los acusados como los sujetos que registraron sus vestimentas y le sustrajeron el dinero que portaba.

En consecuencia, las imputaciones de las víctimas y testigos que depusieron en el juicio son precisas, categóricas, directas y concordantes entre sí, impresionando así como objetiva y subjetivamente creíbles, sin que hayan sido desvirtuadas por otros medios de prueba, por lo que resultan aptas e idóneas para formar en estos sentenciadores la plena convicción acerca de la participación culpable de los acusados.

12º. Que a modo de corolario, cabe apuntar que con la prueba descrita y analizada, producida válidamente en el juicio, estos sentenciadores alcanzaron el estándar de convicción que el artículo 340 del Código Procesal Penal exige, concluyendo, más allá de toda duda razonable, esto es, más allá de toda duda seria, concreta, relevante y real, que los acusados Juan Marcelo Rojas Araya y Carlos Andrés Pizarro Pizarro participaron como autores inmediatos y directos en los hechos asentados en el considerando 8 de esta sentencia, al tenor de la fórmula del artículo 15 Nro. 1 del Código Penal, constitutivos del delito de robo con violencia en perjuicio de Manuel Delgadillo Fernández y Rodolfo Saa Figueroa.

13º. Que se han desestimado los dichos de Amilcar Hernán Álvarez Miranda y Juan Pablo Véliz Caravajal, ambos funcionarios de Gendarmería, conducidos a estrados por el representante del órgano acusador, quienes aludieron al hecho de haber oído una declaración prestada por el acusado Juan Carlos Rojas Araya en dependencias del Ministerio Público, puesto que ninguno de estos testigos recordaba con claridad el contenido de la declaración que afirmaron haber escuchado, logrando el primero establecer únicamente que el imputado, en aquella oportunidad, afirmó haber perseguido un automóvil con la finalidad de llevar a cabo “una quitada de droga”, dato que en nada contribuye al esclarecimiento de los hechos de la causa.

14º. Que, como se señaló en el veredicto, el Tribunal no acogerá en este caso la agravante del artículo 456 bis, inciso 1º Nro. 3 del Código Penal, pues para que ella se configure no basta la sola intervención material en el ilícito de dos o más personas, toda vez que la norma precitada exige además que los autores del hecho típico revistan la calidad de “malhechores”, expresión que en opinión de la mayoría de estos sentenciadores debe entenderse en el sentido que le atribuye el Diccionario de la Lengua Española, donde se la define como quien comete delitos “por hábito”, de lo cual se colige que concurrirá esta causal especial de agravación si quienes toman parte en la ejecución del hecho han delinquido con anterioridad, ya que sólo entonces se estará en presencia de una pluralidad de malhechores.

En abono de esta tesis cabe citar la obra del profesor Jorge Mera Figueroa, titulada “Hurto y

Robo”, Editorial Lexis Nexis, página 162 y siguientes, donde su autor concluye, en uno de sus párrafos, que la palabra “malhechores” está referida a “los que han delinquido anteriormente, sin que esta circunstancia constituya reincidencia”. Y en el mismo sentido opina don Gustavo Labatut Glenda, Derecho Penal, Editorial Jurídica de Chile, séptima edición, Tomo II, página 217, quien además cita un fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que así lo decide.

En este caso, con la prueba documental aportada por la Fiscalía, consistente en los extractos de filiación y antecedentes de los acusados y en la copia autorizada de la sentencia de fecha 10 de septiembre de 2004, pronunciada por el Juzgado de Garantía de Ovalle en causa RUC 0300031317-2, RIT 371-2003, quedó demostrado en juicio que de los coacusados sólo Carlos Andrés Pizarro Pizarro ha sido objeto anteriormente de un reproche por la comisión de simples delitos, a saber por los ilícitos de lesiones menos graves y lesiones graves, por lo que en la especie no se configura la exigencia de “ser dos o más los malhechores” que perpetraron el delito.

15º. Que favorece al acusado Juan Marcelo Rojas Araya la circunstancia atenuante 6 del artículo 11 del Código Penal, esto es, “si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable”, lo que se acreditó en el juicio con su extracto de filiación y antecedentes exento de anotaciones penales preteritas, incorporado al juicio por el Ministerio Público; con la testifical prestada en el juicio por Julio Humberto Ibacache Aracena, quien señaló conocer al acusado en razón de haber trabajado con el padre de éste, por lo que le consta que es un individuo humilde, tranquilo y trabajador, nunca involucrado en problemas con la justicia; con los dichos de Carlos Manuel Contreras Campo, quien expresó conocer a Rojas Araya desde su niñez, que es una persona tranquila y esforzada, que ayuda a su familia, con una conducta intachable; y con el atestado de Andrés Antonio Castillo Castillo, en cuanto manifestó ser cuñado del acusado, que es una persona tranquila y dedicada a los trabajos agrícolas. Dicha atenuante se encuentra probada, además, con los siguientes documentos acompañados a la audiencia por la defensa: a) certificado en que consta la calidad de miembro del imputado, como jugador, de la Asociación Nacional de Fútbol Amateur; b) contrato

de trabajo de fecha 20 de septiembre de 2004, en el que consta que el encausado prestó servicios como trabajador agrícola de temporada en el Fundo Puntilla, ubicado en la ciudad de Ovalle; c) siete certificados de estudios, correspondientes a los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1999 y 2000, en los que consta que el imputado ha cursado satisfactoriamente los primeros siete años de la enseñanza básica; y d) informe emitido por el Micro Centro de Diagnóstico D-422 de la ciudad de Ovalle, de fecha 09 de septiembre de 1992. El cúmulo de antecedentes reseñados, mueve a la mayoría del Tribunal a estimar como "muy calificada" la circunstancia atenuante referida, en los términos que prescribe el artículo 68 bis del Estatuto Penal, imponiendo en definitiva al encartado la pena en un grado inferior al mínimo de la señalada para el delito, acogiendo de esta forma lo solicitado por la defensa. A mayor abundamiento, y dando respuesta a lo alegado por el Ministerio Público, en el sentido que no correspondería calificar la atenuante debido a que el encausado ni siquiera terminó su colegiatura, es necesario contextualizar la situación socioeconómica del joven sentenciado, el que si bien es cierto sólo completó la enseñanza básica, lo hizo con alto porcentaje de asistencia, en años correlativos, resultando del todo plausible la explicación de la defensa en cuanto a que el imputado no siguió sus estudios secundarios por vivir en una localidad rural, no respondiendo esta situación a un caso de deserción escolar. Además, según depusieron los testigos ya referidos, finalizados los estudios básicos comenzó su vida laboral, en forma responsable y con la finalidad de ayudar económicamente a su familia.

Ha contribuido también a formar esta convicción el mérito del informe presentencial practicado a Juan Marcelo Rojas Araya, acompañado por su defensa en la oportunidad prevista en el artículo 345 del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 15 letra c) de la Ley Nro. 18.216, donde el Consejo Técnico del Centro de Reinserción Social recomienda el otorgamiento de la medida alternativa de la libertad vigilada al referido imputado, atendido el conjunto de sus características psicosociales, la ausencia de contagio criminógeno y la existencia de una efectiva red de apoyo familiar, por todo lo cual el instituto normado en el artículo 68 bis del Código Penal aparece como el cauce legal adecuado para hacer posible la readaptación social del acu-

sado, que sin duda constituye uno de los fines a que debe propender un Derecho Penal moderno.

16º. Que la pena asignada por la ley al delito de que es autor el acusado Carlos Andrés Pizarro Pizarro consta de tres grados de una pena divisible y al no concurrir circunstancias que atenúen o agraven su responsabilidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 del Código Punitivo, existe facultad para recorrer el castigo corporal en toda su extensión, el que en este caso será aplicado en su grado inferior.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 1, 3, 14 Nro. 1, 15 Nro. 1, 18, 21, 22, 24, 25, 26, 28, 29, 31, 47, 50, 56, 59, 62, 68, 68 bis, 69, 432, 436 inciso 1º, 439 y 456 bis inciso 1º Nro. 3 del Código Penal; 1, 4, 36, 45, 46, 47, 295, 296, 297, 309, 323, 325, 326, 328, 329, 333, 338, 339, 340, 341, 342, 344, 345, 346 y 348 del Código Procesal Penal y Acuerdo del Pleno de la Excm. Corte Suprema sobre la forma y contenido de las sentencias dictadas por los Tribunales de la Reforma Procesal Penal, **SE DECLARA:**

- I.- Que **SE CONDENA** al acusado **CARLOS ANDRÉS PIZARRO PIZARRO**, ya individualizado, a la pena de **SIETE AÑOS** de presidio mayor en su grado mínimo, 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, como **AUTOR** del delito consumado de robo con violencia en perjuicio de Rodolfo Antonio Saa Figueroa y Manuel Delgadillo Fernández, perpetrado en la comuna de Monte Patria el día 09 de octubre de 2004.
- II.- Que **SE CONDENA** al acusado **JUAN MARCELO ROJAS ARAYA**, antes individualizado, a la pena de **CINCO AÑOS** de presidio menor en su grado máximo y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, por su responsabilidad de **AUTOR** en el delito de robo con violencia en menoscabo de Rodolfo Antonio Saa Figueroa y Manuel Delgadillo Fernández, perpetrado en la comuna de Monte Patria el día 09 de octubre de 2004.
- III.- Que se les condena, además, al pago de las costas de la causa, las que habrán de ser solu-

cionadas por los sentenciados en partes iguales.

- IV.- Que se decreta el comiso del cuchillo marca Stainless Steel, con mango de madera, incorporado al juicio como evidencia material.
- V.- Que no se confiere al sentenciado Carlos Andrés Pizarro Pizarro ninguno de los beneficios de la Ley Nro. 18.216, por no reunirse a su respecto las exigencias allí establecidas y, en consecuencia, deberá purgar en forma efectiva el castigo corporal que se le aplica, el que se le contará desde el día 09 de octubre de 2004, fecha a partir de la cual permanece ininterrumpidamente privado de libertad en razón de esta causa, según aparece del auto de apertura del juicio oral.
- VI.- Que reuniéndose los requisitos del artículo 15 de la Ley 18.216, se concede al sentenciado Juan Marcelo Rojas Araya el beneficio de la **LIBERTAD VIGILADA**, el que deberá someterse a la observación y control del delegado que le asigne la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile por el término de **CINCO AÑOS**, debiendo dar exacto cumplimiento, en su oportunidad, a las restantes exigencias que le impone el artículo 17 de dicha Ley, con prescindencia de la prevista en su letra d), por estimarse que su privación de libertad, desde octubre del año pasado, constituye un impedimento justificado para dar satisfacción previa al requerimiento pecuniario que supone la satisfacción de las costas causadas en juicio. En el evento que le fuere revocado el beneficio otorgado, deberá purgar efectivamente la pena desde que se presente a cumplirla o sea habido, sirviéndole de abono los días que ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad en razón de esta causa, esto es, desde el 09 de octubre de 2004 y hasta la fecha de esta sentencia, que dispone su libertad.
- VII.- Atendido lo dispuesto en la decisión VI precedente, y de conformidad con el artículo 152 inciso 1º del Código Procesal Penal, se decreta la terminación de la prisión preventiva que afecta a Juan Marcelo Rojas Araya, por no subsistir los motivos que en su oportunidad la justificaron, ordenándose su inmediata libertad y disponiéndose la comunicación a Gendarmería de Chile.

Acordada la sentencia con las siguientes prevenciones del juez Juan Santiago Villa Martínez:

I.- RESPECTO DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DEL ARTÍCULO 456 BIS INCISO 1º NRO. 3 DEL CÓDIGO PENAL:

1º. Que la norma citada en el epígrafe establece una circunstancia especial de agravación de la responsabilidad criminal, aplicable en los delitos de robo y hurto, consistente en “ser dos o más los malhechores”.

2º. Que frente al alcance y extensión que debe darse al precepto citado, útil resulta considerar la historia fidedigna del establecimiento de la norma en cuestión. Sabido es que esta causal de agravación penal proviene del antiguo artículo 433 Nro. 3 del Código Penal, que consideraba con una pena agravada el delito de robo con violencia o intimidación en las personas cuando se cometía en despoblado y en cuadrilla, entendiéndose que ésta existe cuando concurren en el hecho típico más de tres malhechores. La reforma al Código Penal producida por la Ley Nro. 11.625, de 4 de octubre de 1954, introduce el actual artículo 456 bis, con lo cual se inician las reformas tendientes a aplicar penas más severas para los responsables de los delitos de robo y hurto, como se dejó constancia en el informe de la respectiva Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, norma que en el numeral 3 de su inciso 1º recoge la circunstancia agravante en comento, conservando la misma voz “malhechores”, en referencia a la multiplicidad de partícipes que concurren materialmente a la ejecución del ilícito, sin que nada tenga que ver con que los hechos hayan perpetrado con anterioridad otros delitos.

3º. Que, en efecto, si bien la ley no ha definido lo que se entiende por “malhechor”, conforme a la regla de interpretación del artículo 20 del Código Civil, debe dársele a este vocablo su sentido natural y obvio, que es el que corresponde a quienes cometen un delito, a quienes mal hacen y desde el momento mismo en que obra su mal designio, siendo ésta la interpretación mayoritaria que al precepto le asigna nuestra doctrina.

4º. Que, en consecuencia, una adecuada aplicación de este precepto, conduce necesariamente a concluir que a los encartados Rojas Araya y Pizarro Pizarro les perjudica esta causal de agrava-

ción, toda vez que resultó indefectiblemente demostrado que intervinieron en calidad de coautores en el ilícito de robo con violencia que se estableció, desplegando sus conductas en forma coetánea y en un mismo lugar, procurando de esta forma su impunidad, merced de la ayuda mutua que se proporcionaban, misma pluralidad de la cual se sirvieron para asegurar el resultado del delito, debilitando la defensa de la víctima Rodolfo Saa Figueroa, más aún si se demostró plenamente que los imputados actuaron en concierto con otros dos sujetos, uno de los cuales se dedicó a perseguir a Manuel Delgadillo Fernández, también damnificado de los hechos objeto del juicio oral.

II.- RESPECTO A LA DETERMINACIÓN DEL QUANTUM DE LAS PENAS:

5º. Que al militar en perjuicio del imputado Pizarro Pizarro una circunstancia agravante, sin que le aproveche minorante alguna de responsabilidad criminal, atendido lo dispuesto en el artículo 68 inciso 2º del Código Penal, no resulta procedente la decisión de la mayoría, de aplicar la pena en su grado inferior.

6º. Que, del mismo modo, gravitando en perjuicio de Rojas Araya una causal de agravación de su responsabilidad, no procede en la especie la rebaja de grado excepcional del artículo 68 bis del Código Punitivo, que supone que en el caso concreto “concurra una atenuante” con exclusión de cualquier otra circunstancia modificatoria de responsabilidad.

Sin perjuicio de lo anterior, la atenuante que acoge el motivo 15 de la sentencia, en opinión de este juez disidente, no puede estimarse como muy

calificada, por ser insuficiente la prueba rendida para acreditar que la aminorante haya trascendido más allá de la mera irreprochable conducta anterior de Juan Marcelo Rojas Araya.

Ejecutoriado que sea el presente fallo, remítase fotocopia autorizada del mismo al Juzgado de Garantía de esta ciudad para los efectos legales pertinentes.

Devuélvanse a los intervinientes los documentos y evidencias acompañadas al juicio.

Redacción del juez titular Juan Santiago Villa Martínez.

Anótese, regístrese y archívese en su oportunidad.

R.U.C. Nro. 0400369166 - 2.-

R.I.T. Nro. 4 – 2005.-

PRONUNCIADA POR DOÑA LUZ ADRIANA CELEDÓN BULNES Y DON JUAN SANTIAGO VILLA MARTÍNEZ, JUECES TITULARES DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE OVALLE, Y POR DOÑA MARLYS WELSCH CHAHUÁN, SECRETARIA TITULAR DEL JUZGADO DE LETRAS Y GARANTÍA DE COMBARBALÁ, SUBROGANDO LEGALMENTE. NO FIRMAN DOÑA LUZ ADRIANA CELEDÓN BULNES NI DOÑA MARLYS WELSCH CHAHUÁN, NO OBSTANTE HABER CONCURRIDO A LA AUDIENCIA DEL JUICIO ORAL Y AL ACUERDO DEL FALLO, POR ENCONTRARSE LA PRIMERA SUBROGANDO EN AUDIENCIA DE JUICIO ORAL ANTE EL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE LA SERENA Y LA SEGUNDA, SIRVIENDO SU CARGO TITULAR.

CORTES DE APELACIONES

- **Rechaza el recurso de nulidad interpuesto por la Defensa por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, porque las cuestiones relativas a los beneficios de la ley 18.216 no forman parte de la sentencia.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de La Serena.

Resumen:

La Defensa interpuso un recurso de nulidad en contra de la sentencia condenatoria que negó el otorgamiento de un beneficio de la ley 18.216 por no haberse presentado el acusado a la entrevista requerida para evacuar el informe presentencial, incurriendo así en un error de derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo. La Corte rechazó el recurso señalando que las cuestiones relativas a los beneficios alternativos no constituyen la sentencia definitiva, según se desprende del artículo 342 de Código Procesal Penal que no lo señala como contenido de ésta. Agregó, además, que el otorgamiento de un beneficio de la ley 18.216 es facultativo del juez, por lo que mal puede haber una aplicación errónea del derecho en su denegación. Finalmente sostuvo que el derecho para alegar la procedencia del beneficio había precluido, toda vez que el informe presentencial aducido por el recurrente es de fecha posterior a la dictación de la sentencia, según lo estatuye el artículo 344 del Código Procesal Penal.

Texto completo:

La Serena, cuatro de marzo del dos mil cinco.

VISTOS:

En causa rol N° 214-2004 seguida ante el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de La Serena, se ha interpuesto por don Nicolás Orellana Solari, recurso de nulidad en contra de la sentencia de fecha 15 de enero del 2005, dictada por los jueces don Jaime Meza Sáez, don Nicanor Salas Salas y don Juan Carlos Espinoza Rojas, por la que se condenó a Danilo Jesús Menares Cerna a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para ejercer derechos políticos; inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos durante el tiempo que dure la condena y; al pago de las costas de la causa por su participación en calidad de coautor en el delito de robo con violencia en perjuicio de Mauro Alfredo Carvajal Collao, perpetrado en Coquimbo el 7 de junio de 2004. Que no se le beneficiará con la Libertad Vigilada por no haberse presentado a la entrevista de rigor para eva-

cuar el respectivo informe presentencial, por lo que deberá cumplir real y efectivamente la pena impuesta, la que se le contará desde que se presente o sea habido sirviéndole de abono el tiempo que permaneció privado de libertad entre los días 9 y 24 de junio de 2004, según consta en el auto de apertura. La parte recurrente fundamentando su recurso, estima que la sentencia adolece del vicio de nulidad contemplado en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, que en su pronunciamiento se ha hecho una errónea aplicación del Derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ello al producirse infracción al artículo 15 de la ley 18.216. La aplicación errada del artículo 15 de la ley 18.216 se manifiesta al no haberle otorgado el beneficio de la libertad vigilada al acusado Danilo Jesús Menares Cerna, dándose sustantivamente todos los requisitos para su otorgamiento, en efecto, el imputado cumple con lo establecido en la letra a) del artículo 15 de la ley 18.216 por haber sido condenado a una pena que no excede de cinco años, por no haber sido condenado anteriormente por crimen o simple delito y porque su conducta

anterior y posterior al hecho punible permitirían concluir que un tratamiento en libertad parecía eficaz y así se señaló en el informe presentencial emitido por la jefe del Centro de Reinserción Social de La Serena de fecha 18 de enero de 2005. Estima ser contrario a derecho que por el solo hecho de no haberse presentado a la entrevista de rigor para el informe presentencial se le niegue el beneficio de la libertad vigilada. Declarado admisible el recurso se llevó a efecto la audiencia correspondiente y se fijó para la lectura del fallo el día 4 de marzo en curso, a las doce horas.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurrente hace consistir la causal de nulidad en lo dispuesto en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, porque en el pronunciamiento de la sentencia se ha hecho una errónea aplicación del Derecho lo que ha influido substancialmente en lo dispositivo del fallo, lo que se manifiesta en la errada aplicación que se ha hecho del artículo 15 de la Ley 18.216 ya que reuniendo el imputado Danilo Jesús Menares Cerna todos los requisitos contemplados en la disposición citada no le fue otorgado el beneficio de la libertad vigilada a que tenía derecho, sólo por el hecho de no haberse presentado el imputado a la entrevista de rigor para el informe presentencial. De esta manera, si no se hubiese incurrido en infracción a la aplicación del artículo 15 de la Ley 18.216, se le habría concedido el beneficio de libertad vigilada y el imputado Menares Cerna debería cumplir alternativamente la pena de tres años y un día impuesta, en la forma como lo indica el artículo 14 de la Ley 18.216.

SEGUNDO: Que lo pretendido por el recurrente a través del recurso de nulidad interpuesto es la obtención de un beneficio de la Ley 18.216 para que la pena aplicada al imputado Menares Cerna por la sentencia recurrida sea cumplida en el régimen de libertad vigilada.

TERCERO: Que, como se ha fallado reiteradamente, las cuestiones relativas a estos beneficios alternativos no constituyen la sentencia definitiva,

por más que se contengan en ella, lo que también se desprende del artículo 342 de Código Procesal Penal al no formar parte dicha mención del contenido de la sentencia.

CUARTO: Que además y sin perjuicio de lo expuesto en el acápite precedente, los beneficios que otorga la Ley 18.216 son facultativos para el Juez, en el caso que se reúnan los requisitos establecidos para su otorgamiento, por lo que en estas condiciones en la sentencia no podría haberse hecho una errónea aplicación del derecho, al estimar la improcedencia de la medida alternativa de cumplimiento de la pena.

QUINTO: Que, asimismo, de acuerdo a lo señalado en el artículo 344 del Código Procesal Penal, el tiempo para alegar este beneficio ha precluido, por cuanto el informe presentencial al que aduce el recurrente para acreditar la circunstancia de la letra c) del artículo 15 de la Ley 18.216, como concurrente a favor del imputado Menares Cerna, es de fecha 18 de enero de 2005, y la sentencia en contra de la cual se ha interpuesto el recurso de nulidad, es de fecha 15 de enero de 2005.

SEXTO: Que el recurso de nulidad se concede para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente ésta y como ya se señaló este aspecto relativo a los beneficios alternativos del cumplimiento de las penas impuestas no forma parte de la sentencia.

Y visto además lo señalado en los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal SE RECHAZA, con costas, el recurso de nulidad interpuesto por don Nicolás Orellana Solari, a favor del imputado Danilo Jesús Menares Cerna en contra de la sentencia del Tribunal Oral En lo Penal de La Serena de fecha quince de enero de 2005 escrita a fojas 1 a 11, declarándose que ni dicha sentencia ni el juicio oral son nulos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción de la Ministro Titular Sra. Gloria Torti Ivanovich.

Rol Nº 21-2005

- Señala que la reparación celosa es un concepto indeterminado, y que en la medida que el juez del fondo se mueva dentro de los límites de lo razonable, no resulta objetable por la vía del recurso de nulidad su apreciación.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia.

Resumen:

La Defensa interpuso un recurso de nulidad argumentando que al haber exigido la concurrencia de más exigencias que las establecidas por el artículo 11 N° 7 del Código Penal, y por ende rechazar la atenuante invocada, el Juez incurrió en una errónea aplicación del derecho. La Corte rechazó el recurso declarando que el concepto de la reparación celosa del mal causado es un concepto indeterminado que queda a la libre apreciación judicial, dentro de un margen de razonabilidad, no siendo anulable esta apreciación en tanto respete dicho margen, lo que evidentemente ocurrió en el caso de autos.

Texto completo:

Valdivia, veintiuno de marzo del año dos mil cinco.

VISTOS:

A fojas 22, don Carlos Barrera Aravena, defensor penal público, actuando en representación de la imputada Patricia Andrea Monje Guenupán, interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva, dictada con fecha 21 de febrero de 2005, por el Tribunal Oral, que condenó a su representada a la pena de siete años seis meses y cuatro días de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas, como autora de delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, en grado de consumado, hecho ocurrido el día 30 de agosto de 2004, en la ciudad de Valdivia. Se deduce el recurso de nulidad a objeto que se invalide el juicio oral y la sentencia dictada.

A fojas 2 y siguientes rola copia autorizada de la sentencia recurrida.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: El recurso de nulidad se funda en la causal establecida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

SEGUNDO: Según el recurrente, al rechazarse la circunstancia atenuante de responsabilidad criminal establecida en el artículo 11 N° 7 del Código Penal, alegada por la defensa, se ha infringido dicha disposición, pues el tribunal lo ha hecho sobre la base de establecer exigencias para su acogimiento que no están establecidas en ella.

TERCERO: Señala el recurrente que el error ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que de haberse acogido la circunstancia atenuante mencionada la condena de su defendida habría sido menor, pudiendo incluso haber quedado en una de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo.

CUARTO: Procurar con celo constituye un concepto indeterminado, que queda a la libre apreciación judicial, dentro de un margen de razonabilidad.

QUINTO: Por consiguiente, la determinación concreta que hace un tribunal en un caso específico no es anulable, a menos que se salga del margen de razonabilidad, lo que evidentemente no ocurre en el caso de autos.

SEXTO: Y la circunstancia que el tribunal aparezca dándole un alcance mayor al del caso que juzga a la determinación que hace del concepto indeterminado no hace anulable la sentencia, por encontrarse dentro de la esfera de fundamentación de sus resoluciones.

Por estas consideraciones y disposiciones citadas, y visto, además, lo establecido en los artículos 372, 376, 378 y 384 del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad deducido a fojas 22 por don Carlos Barrera Aravena, Defensor Penal Público, actuando en representación de la imputada Patricia Andrea Monje Guenupán, en con-

tra de la sentencia definitiva dictada con fecha veintuno de febrero de dos mil cinco, con costas.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 66-2005.-

Redacción del abogado integrante Sr. Francisco Javier Contardo Cabello.

- **El reconocimiento de la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal exige una colaboración efectiva y sustancial, y la remisión condicional de la pena exige que la conducta del condenado haga presumir al Tribunal que no volverá a delinquir.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

Resumen:

El Ministerio Público interpuso un recurso de apelación en contra de la sentencia condenatoria dictada por el Juez de Garantía, argumentando que no se cumplían los requisitos de la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, así como tampoco aquellos exigidos por la ley para conceder la remisión condicional de la pena. La Corte señaló que la minorante aludida exige la prestación de una colaboración que pueda ser calificada de sustancial, y al constar en la carpeta investigativa que el acusado tuvo una serie de comportamientos dirigidos a ocultar su participación, así como que la única colaboración que prestó tuvo relación con indicar el lugar en que ocultó el arma, no aparece que su intervención haya sido determinante en la aclaración de los hechos investigados. Por otra parte, la Corte revocó el beneficio de la remisión condicional de la pena señalando que el artículo 4 letra c) de la ley 18.216 exige que la conducta del imputado permita al tribunal presumir que no volverá a delinquir. Constando en los antecedentes de la causa que en contra del acusado existía una nueva formalización por el delito de homicidio (no exigiendo la letra de la ley que existan condenas ejecutoriadas), además de un informe presentencial negativo (que si bien es cierto no es vinculante para el Tribunal debe ser considerado en armonía junto a los demás elementos que sirvan para determinar la situación del imputado) el requisito legal del citado artículo no se cumplió.

Texto completo:

PUERTO MONTT, treinta y uno de marzo de dos mil cinco.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus considerandos duodécimo y décimo cuarto que se eliminan y de sus citas legales los artículos 11 N° 9, 30 y 69 del Código Penal y las de la Ley 18.216.

Y SE TIENE EN SU LUGAR Y ADEMÁS

PRESENTE:

PRIMERO: Que, esta causa se eleva en apelación del Ministerio Público de la sentencia definitiva dictada en juicio abreviado por el Juzgado de Garantía de Puerto Montt, de fecha veinticuatro de febrero de dos mil cinco, a fs. 4 y siguientes, por la que se condenó al imputado Danilo Andrés Dorner Sánchez, a la pena de dos años de presidio menor en su grado medio, como autor del delito tentado de robo con intimidación en las personas de Cristián Felipe y Oscar Andrés Vera Altamirano, más acce-

sorias y costas de la causa; y que por reunirse en la especie las exigencias del artículo 4° de la Ley 18.216 concede al enjuiciado el beneficio de la remisión condicional de la pena y establece un plazo de observación de dos años, sujeto a control administrativo y asistencia a la sección correspondiente de Gendarmería de Chile y cumplir los demás requisitos previstos en el artículo 4 y siguientes de la ley antes aludida.

SEGUNDO: Que, el Tribunal de Garantía en el desarrollo de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal consideró a favor del imputado, la atenuante de haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, prevista en el numeral nueve del artículo 11 del Código Penal.

TERCERO: Que, el Ministerio Público a fs. 13, apeló de la aplicación de la atenuante y de la concesión del beneficio de remisión condicional de la pena, por estimar que en ninguna de las situaciones referidas se dan las circunstancias para aplicar en su favor por una parte la atenuante y por la otra favorecerlo con el referido beneficio.

CUARTO: Que en concepto de estos sentenciadores no beneficia al sentenciado Dórner Sánchez, la circunstancia atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos. Para que estemos en presencia de la referida minorante de responsabilidad criminal, debemos primeramente establecer si el acusado prestó algún tipo de colaboración al esclarecimiento de los hechos y si esta colaboración puede ser calificada como sustancial, como lo exige el legislador, en el caso que nos convoca no hay evidencias de que el acusado una vez sorprendido en su actuar delictivo haya prestado colaboración, lo que aparece de la investigación realizada es que al ver la presencia de la policía se da a la fuga y se desprende del arma que le había servido para intimidar a sus víctimas, la policía logra reducirlo, no sin antes éste haber amenazado a una de las víctimas que se encontraba en el carro policial en ayuda a los policías para su ubicación, que más aún los hechos se esclarecen según se desprende de la carpeta investigativa por las diligencias efectuadas por la policía y las víctimas que colaboraron en ello, ya que el imputado incluso se desprendió del arma que portaba y que le sirvió para intimidarlas, y es cuando es detenido que indica dónde la había tirado, de lo que se lleva dicho no aparece que el sentenciado haya colaborado al esclarecimiento de los hechos, y si bien es cierto que llevó a los policías al lugar en donde se desprendió del arma era totalmente posible que aún sin este elemento esclarecer los hechos, puesto que ya sus víctimas lo habían individualizado y éste ante ello los amenazó en presencia de carabineros, y según la investigación practicada, de ella se desprende que éste no reconoce los hechos en que se involucra, es más los niega y da otra versión de ellos, razones por las que no se divisa que la colaboración del imputado, que no existió, sea determinante a la hora de la aclaración de los hechos, si así hubiera sido estaríamos en presencia de una sustancial colaboración, es así que como ha quedado demostrado que en ningún modo puede pensarse que estemos en condiciones de aplicar a favor del encausado la atenuante establecida en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, por lo que será desestimada.

QUINTO: Que así las cosas, y encontrándonos ante un imputado que se trata de un menor declarado con discernimiento, por mandato legal debemos imponerle la pena inferior en grado al míni-

mo del señalado por la ley para el delito de robo con intimidación de que se le ha encontrado responsable.

SEXTO: Que favoreciendo al sentenciado sólo una circunstancia atenuante, esto es su irreprochable conducta anterior, y por aplicación del artículo 67 del Código Penal se le aplicará la pena en su minimum.

SÉPTIMO: Que, en cuanto a la concesión al sentenciado de la vía alternativa de cumplimiento de la remisión condicional de la pena, el Fiscal Adjunto en el recurso de apelación ha hecho presente su oposición al otorgamiento de este beneficio, atendido que existe respecto del imputado un informe presentencial negativo, lo que se ve agravado con el hecho que el imputado durante el plazo de investigación se ha visto envuelto en una nueva investigación, encontrándose formalizado y en prisión preventiva como autor del delito de homicidio, hecho ocurrido tan sólo 73 días después de los hechos materia de la presente causa, lo cual echa por tierra el requisito establecido en la letra c) del artículo 4 de la Ley 18.216.

OCTAVO: Que, estos sentenciadores coinciden con el Fiscal, por cuanto consideran que los requisitos que señala el artículo 4° de la Ley 18.216, para ser procedente la remisión condicional de la pena, son copulativos y que, entre ellos, la redacción del requisito de la letra c) del citado artículo, es clara en cuanto a que la conducta del imputado anterior como posterior, deben hacer presumir al tribunal que no volverá a delinquir; no habla la disposición de condenas anteriores o posteriores, razón por la que no es exigible la situación de una sentencia condenatoria posterior ejecutoriada, lo que es absolutamente distinto a la conducta exigida en la ley; y en cuanto al informe presentencial negativo, si bien es cierto no es éste vinculante para estos jueces, no es un antecedente menor a considerar e indudablemente al momento de decidir por esta vía de cumplimiento alternativo de las penas privativas o restrictivas de libertad, será considerado en armonía junto a todos los elementos que sirvan para determinar la situación del imputado máxime si tenemos en cuenta que éste ha continuado con su actuar ilícito y no ha tomado conciencia de la gravedad de su conducta, y es probable que esta medida lo haga reflexionar sobre su comportamiento y las

consecuencias que puede significarle una conducta de vida como la que advertimos en el condenado.

Y, visto, lo dispuesto en los artículos 360, 364 y siguientes del Código Procesal Penal, 29 y 67 del Código Penal, se declara:

I.- Que, se confirma con costas, la sentencia dictada por la Juez de Garantía doña Marcela Araya Novoa, el veinticuatro de febrero de dos mil cinco, con declaración de que se eleva la pena privativa de libertad impuesta al imputado Danilo Andrés Dorner Sánchez, como autor del delito tentado de robo con intimidación en las personas de Cristián Felipe y Oscar Andrés Vera Altamirano, cometido el 4 de julio de 2004, a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, a la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públi-

cos durante el tiempo de la condena, le servirá de abono los días 4 y 5 de julio de 2004 que permaneció privado de libertad.

II.- Que, atendida la pena impuesta y además no reuniéndose a su respecto los requisitos exigidos por la Ley 18.216, concretamente lo dispuesto en el artículo 4º letra c), no se hará lugar a su respecto el beneficio de la remisión condicional de la pena.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Rol Nº 83-2005.

Redactó la Presidenta doña Teresa Inés Mora Torres.

Pronunciada por la Presidenta doña Teresa Inés Mora Torres, Ministro don Jorge Ebensperger Brito y abogado integrante don Pedro Campos Latorre.

- **Declara inadmisibile el recurso de nulidad presentado por la Defensa por carecer de peticiones concretas.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

Resumen:

La Defensa interpuso un recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. El Ministerio Público solicitó se declarara inadmisibile el recurso por faltarle peticiones concretas. La Corte hizo suyos los argumentos de la Fiscalía señalando que el objetivo perseguido por el recurso de nulidad es la invalidación de la sentencia o del juicio en que ésta se ha pronunciado, en su caso, y no la enmienda de un fallo. No habiendo dado el recurrente cumplimiento a lo prevenido en el artículo 378 del Código Procesal Penal en cuanto a la petición concreta que debe contener el recurso interpuesto, lo declaró inadmisibile.

Texto completo:

Acta de la Audiencia realizada el día martes 12 de abril de dos mil cinco para la Vista del Recurso de Nulidad interpuesto por la Defensa de la imputada Valeska Estrella Carrasco Araneda. Rol Corte N° 101-2005 R.P.P.

Previa declaración de admisibilidad del recurso, se lleva a efecto la audiencia a las 10:00 horas aproximadamente, con la asistencia de los Ministros Titulares don Hernán Crisosto Greisse y doña Sylvia Aguayo Vicencio y del abogado integrante don Emilio Pérez Hitschfeld.

El Presidente de la Segunda Sala, don Hernán Crisosto Greisse, teniendo presente la presentación efectuada por el Ministerio Público en orden a que se declare inadmisibile el recurso de nulidad deducido por la defensa de la imputada, por carecer éste de peticiones concretas congruentes a la naturaleza de esta vía especial de impugnación, ofrece a los intervinientes un tiempo máximo de 3 minutos para que expongan su alegato sobre este punto en particular.

Alega en primer lugar, el Asistente de la Fiscalía Local de esta ciudad, don Jorge Raddatz Hernández, quien solicita se declare inadmisibile el recurso de nulidad interpuesto a fojas, con el mérito de las argumentaciones contenidas en su escrito de fojas 16 de la carpeta en alzada. Luego, alega en representación de la imputada, el Defensor, don Luis Fernando Astudillo Becerra, quien solicita se declare la admisibilidad del recurso deducido. Cada uno de los intervinientes hace uso de su derecho a réplica.

Finalmente, luego de un breve receso para la deliberación de los miembros de la Sala, don Hernán Crisosto Greisse comunica a los intervinientes la decisión adoptada por unanimidad:

Con el mérito de los antecedentes rolantes en carpeta, lo expuesto por los intervinientes en la audiencia y teniendo presente el objetivo perseguido por el recurso de nulidad, esto es, la invalidación de la sentencia o del juicio en que ésta se ha pronunciado en su caso, y no la enmienda de un fallo, de modo que del tenor que fluye del escrito de fojas 7 se concluye que el recurrente no ha dado cumplimiento a lo prevenido en el artículo 378 del Código Procesal Penal en cuanto a la petición concreta que debe contener el recurso interpuesto por su parte, se declara inadmisibile el deducido con fecha catorce de marzo en curso por el abogado Luis Fernando Astudillo Becerra en contra de la sentencia de fecha dos de marzo de dos mil cinco, pronunciada por el Tribunal del Juicio Oral en Lo Penal de esta ciudad.

Se deja, además, constancia que a los intervinientes se les notificó la presente resolución conforme al artículo 30 del Código Procesal Penal, en forma personal, por encontrarse presentes en la audiencia en que ésta se ha dictado, sin perjuicio de lo cual, se ordenó dejar constancia de la resolución precedente en el estado diario.

Rol N° de Ingreso: 101-2005.- R.P.P.

Se deja constancia que el acta que antecede es fiel a lo obrado en la audiencia de que da cuenta.- Extendida en Puerto Montt, a doce de abril de dos mil cinco. Rosario Cárdenas Carvajal, Relator Ministro de Fe.

- **Acoge el recurso de apelación del Ministerio Público revocando la sentencia absolutoria que se había fundado en que el delito de violación de morada requiere de una voluntad contraria al ingreso del infractor expresamente manifestada.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Iquique.

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de violación de morada con violencia, alegando la Defensa que no concurrirían los requisitos del tipo penal invocado al no haberse acreditado expresamente la voluntad contraria, además de faltar la violencia, porque el imputado actuó sobre cosas y no personas. El Juez de Garantía acogió los planteamientos de la Defensa absolviendo al imputado, y declaró que la ley exige que la ausencia de voluntad sea de expresa oposición a la entrada en una morada, lo que debió ser probado. Agregó que esta falta de prueba vulneraría, también, el artículo 341 del Código Procesal Penal, porque tanto entre los hechos de la acusación como al momento de formalizar la investigación, en que los datos de pesquisa apuntaban a un delito de robo en lugar habitado, la voluntad contraria no apareció. El Ministerio Público apeló, siendo acogido el recurso por la Corte de Apelaciones. Al efecto, ésta declaró que para la configuración del ilícito por el que se formuló acusación no es necesario exteriorizar verbalmente el deseo de impedir la entrada de un extraño. Lo contrario sería entender que las residencias tienen el carácter de públicas como una calle o una plaza. En cuanto a la infracción al principio de congruencia, destacó que resulta irrelevante que las pesquisas se hubieran iniciado por la comisión de un presunto robo, ya que lo que debe analizarse es la concordancia entre la acusación fiscal y su resolución, en el sentido que esté referida a hechos y personas incluidos en la formalización, y no a una distinta calificación jurídica. En cuanto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal invocadas por las partes, la Corte rechazó la agravante del N° 16 del artículo 12 del Código Penal, porque el extracto de filiación y antecedentes y el oficio de Gendarmería resultaron insuficientes, debiéndose haber acompañado también copia de las sentencias correspondientes. También rechazó la atenuante contemplada en el n° 7 del artículo 11 del Código Penal, porque no se acreditó el depósito alegado.

Texto completo:

Iquique, treinta de marzo de dos mil cinco.

VISTOS:

PRIMERO: Que ante el Juzgado de Garantía de Iquique, Rossy Teresita Lama Díaz, Fiscal adjunto del Ministerio Público, formuló acusación en contra de Cristián Antonio Burgos Sanhueza, cédula nacional de identidad N° 12.531.489-9, actualmente recluido en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de esta ciudad, representado en la causa por los abogados Victoria Márquez King y Sergio Zenteno Alfaro, ambos con domicilio en Avenida Arturo Prat N° 1090, piso 2º, de esta ciudad. Sostuvo, en la presente audiencia de preparación de juicio oral, la acusación, en representación del Ministerio Público, el Fiscal Adjunto, Enrique Rodríguez Casanova.

SEGUNDO: Que la acusación se fundó en los siguientes hechos:

“El día 26 de octubre de 2004, aproximadamente a las 09:00 horas, el acusado escaló un muro accediendo hasta el techo del departamento N° 4 del Edificio España, ubicado en calle Latorre N° 670 de esta ciudad, para luego ingresar a este departamento violentando una ventana corrediza del balcón, llegando hasta el living-comedor del inmueble, momento en el cual fue sorprendido por uno de sus ocupantes, huyendo del lugar. Estos hechos según apreciación del Ministerio Público, configuran la hipótesis descrita en el artículo 144 inciso segundo del Código Penal, violación de morada con violencia, en grado de consumado, atribuyéndose participación de autor al acusado. El Ministerio Público invocó respecto del acusado la circunstancia agra-

vante de responsabilidad del artículo 12 N° 16 del Código Penal, ser reincidente en delito de la misma especie. Consecuentemente con lo anterior, se solicitó por el órgano persecutor de la acción penal, la aplicación de una pena de dos años de presidio menor en su grado medio, accesorias y costas.

TERCERO: Que en la audiencia de preparación de juicio oral, Cristián Antonio Burgos Sanhueza, aceptó la proposición del Ministerio Público, para el juzgamiento de los hechos materia de la acusación y el fallo de los mismos conforme a las normas del procedimiento abreviado, solicitud que fue acogida por el Tribunal, luego que el acusado manifestase estar en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación, de aceptar unos y otros y de prestar su consentimiento libre de toda coacciones y después de haber sido advertido por el tribunal de su derecho a un juicio oral.

CUARTO: Que los antecedentes de la investigación aceptados expresamente por el acusado y por ello, no controvertidos son los siguientes: **1)** Parte policial de fecha 26 de octubre de 2004, que da cuenta de la detención de Cristián Antonio Burgos Sanhueza, luego de que ingresara al interior del Edificio España por un portón eléctrico, escalando hasta el techo del edificio e ingresando al interior del departamento N° 4 a través de la ventana corrediza, lugar en el que fue sorprendido por una empleada del lugar quien alertó al dueño de casa, siendo detenido posteriormente el intruso. **2)** Acta de escalamiento suscrita por funcionario policial dando cuenta del ingreso a un departamento del edificio España, del 3° piso, a través del escalamiento de un muro e ingreso al inmueble por una ventana corrediza. **3)** Declaración de Marcos Rivas Toro, dando cuenta del ingreso de una persona al interior de su domicilio a través de una ventana. **4)** Declaración de Edith Díaz Baretta, señalando haber sentido ladridos de perro en el inmueble en que se desempeña en labores domésticas, sorprendiendo a un sujeto en un balcón del recinto habitacional. **5)** Actas de reconocimiento de imputado efectuadas por Edith Díaz Baretta y Marcos Rivas Toro. **6)** Declaración de Pedro Carvallo Porras, Carabinero, señalando haber concurrido al procedimiento policial que culminó con la detención de un sujeto que se introdujo en un inmueble del 3° piso del Edificio España. **7)** Extracto de filiación y antecedentes de Cristián

Antonio Burgos Sanhueza, con anotaciones penales del Cuarto Juzgado del Crimen de Iquique, por condenas por delitos de hurto frustrado y robo con intimidación; del Primer Juzgado del Crimen de Iquique por condena de robo frustrado; del Juzgado de Garantía de Iquique, condenado a multa por falta de lesiones leves; del Juzgado de Garantía de Iquique como autor del delito de violación de morada, de los años 1997, 2003, 2003 y 2004, respectivamente. **8)** Fotocopia simple de sentencia del Primer Juzgado del Crimen de esta ciudad en la causa rol N° 68.936 que condena al acusado a 541 días, como autor del delito de robo en lugar destinado a la habitación, resolución recaída en la misma causa pronunciada por la Corte de Apelaciones de Iquique, absolviendo al sentenciado. **9)** Oficio de Gendarmería dando cuenta de pena cumplida por el acusado respecto de la causa rol N° 15.737 del Cuarto Juzgado del Crimen de Iquique. **10)** Sentencia del Cuarto Juzgado del Crimen de Iquique de fecha 21 de agosto de 1997, en que condena a Cristián Burgos Sanhueza a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo como autor del delito de robo con intimidación y 41 días de prisión como autor de hurto frustrado, sentencia confirmada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique. **11)** Informe emitido por Gendarmería de Arica, dando cuenta del cumplimiento de pena del acusado Burgos Sanhueza en la causa RIT 3910-2003 y 5318-2004, del Juzgado de Garantía de Iquique, por delitos de violación de morada. **12)** Informe pericial fotográfico con fotografías en fotocopia de frontis del edificio, acceso al mismo y del inmueble en el que se habría perpetrado el ilícito, con planos de las ventanas, puerta de acceso y otros.

QUINTO: Que la Defensa del acusado Burgos Sanhueza solicitó la absolución de su representado, fundando tal petición en que conforme al artículo 341 del Código Procesal Penal, la sentencia que hubiere de dictarse en la causa no puede exceder en contenido de la acusación. Señala al efecto que en la acusación presentada en contra de Burgos Sanhueza no aparecen consignados los elementos del tipo penal que conciernen al delito que se le imputa. En efecto, indica que no aparece el elemento de la voluntad contraria que exige el tipo penal del artículo 144, mención que la ley exige expresamente y que no puede presumirse, inferirse o desprenderse de los elementos que se indican en la acusa-

ción, como tampoco de la investigación, máxime si el acusado aceptó los hechos, aceptó los antecedentes de la investigación entre los cuales no aparece la expresión de voluntad contraria. Por consiguiente estima que por esta sola circunstancia no se configura el tipo penal indicado y debe dictarse sentencia absolutoria a favor de su representado. Más todavía indica que tampoco aparece consignado un segundo elemento que exigiría el tipo penal, que es aquel que se refiere a la morada ajena. Expresa que se habla de un inmueble, del ingreso de una persona pero en ninguna parte establece la ajenez del inmueble respecto a quien ingresó a dicho lugar. En tal virtud, también indica debe ser absuelto el acusado. Subsidiariamente y para el efecto que el tribunal deseche esta alegación, expresa que en todo caso los hechos que se atribuyen al acusado constituirían el ilícito de ingreso en morada ajena a que alude el inciso primero del artículo 144 y no segundo inciso, por cuanto en su concepto no se ejerció violencia sobre los moradores del inmueble, toda vez que haciendo un símil con la figura de robo con fuerza o intimidación, la violencia se refiere expresamente a las personas y no a las cosas, por lo que cabría desechar la figura del inciso segundo del artículo 144 del Código Penal. Seguidamente explica que en su concepto tampoco concurre la agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal, toda vez que los antecedentes que probarían la misma no se encuentran acompañados a la carpeta de investigación, que son precisamente las sentencias condenatorias del Juzgado de Garantía de esta ciudad. En tal virtud, debe desecharse la agravante ya reseñada. Finalmente, alega a favor del acusado la reparación celosa del mal causado invocando la consignación de \$ 2.000 efectuada en la cuenta corriente del Tribunal.

SEXO: Que el Fiscal haciéndose cargo de las alegaciones del Defensor, expresa que los hechos materia de la acusación indican claramente el delito que se atribuye a Burgos Sanhueza. Explica que son indiciarios del mismo el ingreso por lugar no destinado al efecto, una ventana; el escalamiento; la reacción del perro existente en el lugar; la sorpresa de la empleada doméstica; la reacción del dueño. Consecuentemente, indica que tales antecedentes no hacen sino demostrar la voluntad contraria del ingreso de una persona al inmueble en que se perpetró el ilícito a que hace referencia la acusa-

ción. Indica que de seguirse el razonamiento del Defensor significaría desechar la posibilidad de sancionar por un ilícito de menor entidad al cual se formalizó en su oportunidad. En cuanto a la ausencia de violencia a que alude el Defensor, expresa que igualmente esta alegación debe ser desestimada, porque en el ilícito de que se trata, al contrario de lo que ocurre en delitos de robo la ley no distingue. Por lo tanto, la expresión violencia que usa el artículo 144 en su inciso segundo, es comprensiva del empleo de fuerza en las cosas, como también el empleo de energía física en las personas. Respecto a la reincidencia específica, estima innecesario acompañar las sentencias relativas a los delitos en que se funda tal agravante, para ello bastan los extractos de filiación indicando la pena y los informes emitidos por Gendarmería dando cuenta del cumplimiento de la pena por tales ilícitos. Por todo ello, solicita se condene al acusado sin beneficio alguno por carecer de los requisitos que exige la ley para ello.

SÉPTIMO: Que el Tribunal estima que el derecho penal es un derecho de certeza, de precisión y que aún no siendo una ciencia exacta sus normas deben acercarse en extremo, a la determinación, a la descripción de hechos y los efectos que conlleva la realización de los supuestos que la Ley sanciona. El derecho penal está establecido no en favor del acusador, ni en favor del tribunal, sino que en favor de los ciudadanos que en cualquier circunstancia han de sufrir el rigor de sus efectos o penas. Siguiendo esta teoría, los tipos penales deben describir cada uno de los ilícitos que han de ser reprimidos, de forma tal que llenando esos requisitos se sigue como consecuencia la correspondiente sanción que exige la Ley.

OCTAVO: Que el artículo 144 del Código Penal, sanciona al que entra en morada ajena contra la voluntad de su morador. En relación al elemento voluntad, la ley en este precepto va mucho más allá que la ausencia de voluntad, sino que exige una manifestación de voluntad expresa, en este caso una voluntad que se opone a la entrada en una morada y esta voluntad debe aparecer claramente establecida en los hechos o debe ser probada. No procede hacer una suposición o establecer una presunción de antecedentes o datos para configurar esta voluntad contraria. En la especie, si bien es cierto hay una sorpresa por parte de quien desempeña-

ba labores domésticas en el inmueble, si bien es cierto, hay un ingreso por una vía no destinada al efecto, el tribunal no puede estimar que se configure una voluntad contraria, o al menos si existió, la misma no aparece manifestada en los antecedentes de la investigación y a partir desde el tiempo en que se formalizó investigación, en que los datos de pesquisa que desarrolló el Ministerio Público apuntaban a un delito contra la propiedad, en el caso robo en lugar habitado. Así tanto la formalización de investigación como en la acusación, esta voluntad contraria no aparece manifestada, elemento que no tan solo es importante para los efectos del artículo 144 del Código Penal, sino que también cobra relevancia para efecto de lo que dicen los artículos 341 y 406 del Código Procesal Penal. En efecto, el artículo 341 establece que está vedado dictar sentencia condenatoria excediendo el contenido de la acusación, por lo tanto, el Tribunal no podría a partir de la acusación tener por establecido el hecho por el cual se viene acusando. Por otra parte, el artículo 406 del Código Procesal Penal da pistas sobre el particular. La aceptación que formula el acusado se refiere a los hechos materia de la acusación y como ocurrió en la especie, entre los hechos de la acusación no aparece establecida esta voluntad contraria que es la que exige el tipo penal del artículo 144 en cualquiera de sus hipótesis. Razonando de este modo, el tribunal desde ya hará lugar a la alegación de la defensa en cuanto a que no aparecen acreditados los supuestos del tipo penal materia de la acusación en lo que se refiere a la expresión de voluntad contraria a que alude la norma. En cuanto a la segunda alegación, esto es, que hayan antecedentes de que la morada sea ajena, esta circunstancia aparece establecida a partir de los dichos de la empleada doméstica y de su empleador, en cuanto manifiesta la primera desconocer al sujeto que ingresó al inmueble y en cuanto dice el segundo ser el ocupante del mencionado inmueble, elemento que sí el tribunal estima acreditado en cuanto al tipo penal.

NOVENO: Que teniendo presente lo ya razonado y que nadie puede ser condenado por delito sino cuando el Tribunal haya adquirido la plena convicción de que realmente se hubiera cometido el hecho punible y una participación culpable y penada por la Ley, se resolverá que el hecho materia de

la acusación no configura el ilícito de violación de morada en forma violenta por faltar un elemento del tipo penal, cual es, la voluntad contraria, por lo que se absolverá a Cristián Burgos Sanhueza del libelo acusatorio formulado en su contra.

DÉCIMO: Que en virtud del tenor de lo resuelto, el tribunal no emitirá pronunciamiento respecto de las peticiones subsidiarias alegadas por la Defensa del acusado por ser incompatibles con lo resuelto.

Y VISTOS ADEMÁS, lo dispuesto en los artículos 1, 14 N° 1, 15 N° 1, 25, 144 del Código Penal; artículo 1 de la Ley N° 19.640 y artículos 3, 47, 297, 340, 341, y 406 y siguientes del Código Procesal Penal;

SE DECLARA:

1.- Que se absuelve a CRISTIÁN ANTONIO BURGOS SANHUEZA, ya individualizado, de la acusación formulada en su contra como autor del delito de violación de morada ejecutada con violencia.

2.- Que se condena en costas al Ministerio Público.

Atendido lo resuelto y encontrándose el acusado privado de libertad, dése orden de libertad en su favor si no estuviere privado de ella por otra causa.

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

Regístrese, comuníquese y archívese si no se apelare.

RUC 0400391602-8

RIT 5412-2004

Dictada por don Federico Eugenio Gutiérrez Salazar, Juez de Garantía de Iquique.

IQUIQUE, TRES DE MAYO DE DOS MIL CINCO.

VISTO:

De la sentencia en alzada, se reproducen su parte expositiva, fundamentos primero a séptimo y citas legales, eliminándose los razonamientos octavo a décimo, artículos 11 n° 6, 68, 69, 432 y 436 del Código Penal,

Y TENIENDO EN SU LUGAR PRESENTE:

PRIMERO: Que el 13 de abril pasado, se verificó la audiencia para conocer del recurso de apelación deducido por la Fiscal Adjunto de esta ciudad, doña Rossy Lama Díaz, contra la sentencia definitiva pronunciada en procedimiento abreviado, en causa RUC 0400391602, RIT 5412 2004, en cuanto por ella absuelve al imputado Cristián Burgos Sanhueza de la imputación de ser autor del delito de violación de morada ejecutada con violencia, explicando en su libelo y en la señalada audiencia que el delito por el que se acusó no exige para su consumación, una manifestación expresa de voluntad, y, de otro lado, el principio de congruencia no fue vulnerado en la acusación fiscal, estimando que por ello debe revocarse la sentencia apelada, condenando al imputado a sufrir la pena de dos años de presidio menor en su grado medio, accesorias y costas, o la que el Tribunal determine.

SEGUNDO: Que la Defensoría Penal Pública reiteró en la oportunidad mencionada los mismos argumentos alegados en la etapa de contestación a la acusación fiscal, solicitando que confirme la ya aludida sentencia, o, en subsidio, su representado sea sentenciado en calidad de autor del delito de violación de morada del inciso primero del artículo 144 del Código Penal.

TERCERO: Que de los dichos de los intervinientes y de los antecedentes contenidos tanto en la carpeta como en el registro se desprende que la cuestión se circunscribe a determinar, de una parte, si el legislador exige en el tipo penal explicitar el deseo tendiente a impedir el ingreso de una persona a su domicilio, y, de otro, si se infringió el principio de congruencia contenido en el artículo 341 del Código Procesal Penal.

CUARTO: Que, tratándose en la especie de un ingreso a una morada, esto es, una casa o habitación o a sus aposentos, no resulta lógico exigir, para la configuración del ilícito por el que se formuló acusación, exteriorizar verbalmente el deseo de impedir la entrada de un extraño, lo contrario sería entender entonces que las residencias tienen el carácter de públicas como una calle, plaza o local comercial, a lo que debe añadirse que el consentimiento, es decir, el deseo íntimo o interno de la persona que se traduce en un resultado, debe expresarse suficientemente, y, en el caso que nos ocupa, del

hecho y sus circunstancias es posible inferir la ausencia de voluntad por parte de la habitante en orden a rechazar la admisión de una persona ajena.

QUINTO: Que, conforme al principio de congruencia, consagrado en el artículo 341 del Código Procesal Penal que prescribe en su inciso primero: La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella, debe existir correspondencia o conformidad en la determinación fáctica de la sentencia con los hechos o circunstancias penalmente relevantes materia de la acusación en cuanto al tiempo, lugar y modo de comisión, de manera que no cualquier error de hecho infringe el principio en comento, lo hace la introducción de un elemento diverso y ajeno a la acusación, lo que en la especie no ocurrió, es más, el hecho aceptó expresamente los hechos en que se fundamenta y los antecedentes investigativos que le sirven de fundamento, sin que revista importancia que las pesquisas se hubieren iniciado por la comisión de un presunto robo en lugar destinado a la habitación, ya que lo que debe analizarse, como se dijo, es la concordancia entre la acusación fiscal y su resolución, es decir, que ella esté referida a hechos y personas incluidos en la formalización, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica, como reza el inciso final del artículo 259 del Código Procesal Penal.

SEXTO: Que, siendo así, la aceptación del acusado de los antecedentes de investigación y de su mérito, antecedentes apreciados en conformidad al artículo 297 del Código Procesal Penal, es posible arribar a la convicción, que son hechos de la causa los relatados en la motivación cuarta de la sentencia impugnada, que esta Corte hace suyos y califica como constitutivos del delito de violación de morada, previsto y sancionado en el inciso primero del artículo 144 del Código Punitivo, con la sanción de reclusión menor en su grado mínimo o multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, toda vez que no se demostró la existencia de violencia o intimidación exigidos por el ilícito del inciso segundo, acogiéndose así la petición subsidiaria de la defensa, encontrándose asimismo demostrada la participación de autor que cupo al acusado, en conformidad con el numeral primero del artículo 15 del señalado Código, por haber tenido parte en él en forma inmediata y directa.

SÉPTIMO: Que, resta pronunciarse sobre las modificatorias de responsabilidad alegadas por los intervinientes. Respecto de la agravante del numeral 16 del artículo 12 del Código Penal, ser reincidente en delito de la misma especie, ésta no se puede considerar por no haberse adjuntado a la carpeta la copia de la o las sentencias en que habría sido condenado por el mismo delito, resultando insuficiente el extracto de filiación y antecedentes y el oficio del Jefe de Cumplimiento Penitenciario de Arica, de 24 de enero último, que informa que la o las penas estarían satisfechas. De otro lado, también es improcedente acoger la atenuante alegada de reparación celosa del daño causado, contempla en el nº 7 del artículo 11 del Código Penal, toda vez que tampoco obra en la carpeta antecedente alguno respecto a la consignación que se dice realizada en la cuenta corriente del tribunal.

OCTAVO: Que, así las cosas, el acusado se presenta sin modificatorias de responsabilidad criminal que considerar, de manera que, por aplicación del artículo 67 del Código Penal, esta Corte puede recorrer la pena en toda su extensión.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 144 inciso primero, 30 del Código Penal y 414 del Código Procesal Penal, se declara:

- I.- Que SE REVOCA la sentencia apelada que debe entenderse dictada el treinta de marzo de dos mil cinco, escrita de fs. 26 a 31 de la carpeta respectiva, y en cambio SE CONDENA a Cristián Antonio Burgos Sanhueza, en calidad de autor del delito de violación de morada ajena contra la voluntad de su morador, ocurrido el 26 de octubre de dos mil cuatro, a sufrir la pena de quinientos cuarenta días de reclusión menor en su grado mínimo, a la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa.
- II.- Que por no concurrir los presupuestos de los artículos 4, 8 y 15 de la Ley 18.216, no se concede al sentenciado beneficios alternativos de cumplimiento de condena.
- III.- Para el cumplimiento de la pena impuesta, servirá al condenado los días que estuvo privado de libertad con motivo de esta causa desde el 26 de octubre de 2004 y hasta el día en que se cumplió la orden de fs. 33 de esta carpeta.

Regístrese, dése a conocer a los intervinientes y devuélvase conjuntamente con el registro recepcionado.

ROL IC. 45 2005.

Redacción de la Ministro sra. Mónica Olivares Ojeda.

- **Confirma la resolución del Juez de Garantía que accede a dar curso a la solicitud de extradición de los imputados por los delitos de homicidio calificado y hurto por cumplirse los requisitos establecidos en los artículos 433 y siguientes del Código Procesal Penal.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Iquique.

Resumen:

En la audiencia de formalización de la investigación, el Juez de Garantía accedió a la solicitud de la Fiscalía y el querellante de extradición de los imputados por los delitos de homicidio calificado y hurto. Al efecto declaró que de los antecedentes presentados se justificaba la existencia de los delitos, así como la participación en ellos de los imputados, agregando que asimismo se cumplía con el requisito de necesidad de cautela dada la gravedad de la pena asignada a los dos ilícitos por los cuales fueron formalizados, la circunstancias de tener condenas pretéritas y uno de ellos procesos pendientes. La Corte confirmó lo resuelto por el Tribunal de Garantía, rechazando lo alegado por la Defensa en cuanto a que no se darían los requisitos del artículo 1º del Tratado de Extradición con Bolivia, artículo que exigiría que se encontraran en calidad de acusados o condenados, calidad de la que carecerían los imputados, no procediendo una interpretación extensiva o por analogía para hacerlos aplicable en virtud de lo dispuesto por el artículo 5º inciso final del Código Procesal Penal. La Corte señaló que no resultaba aplicable el citado artículo 5º, porque éste dice exclusiva relación con las medidas cautelares personales. Agregó que lo que correspondía aplicar era una interpretación progresiva del artículo 1º del Tratado Bilateral de extradición entre Bolivia y Chile, interpretación que se conforma con los progresos y necesidades del tiempo presente. De esta manera, el término acusado que emplea el artículo 1º del Tratado debe ser entendido en el sentido de imputar a uno algún delito.

Texto completo:

Iquique, cinco de abril del año dos mil cinco.

Teniendo presente lo obrado por las partes en esta audiencia, el Tribunal resuelve:

PRIMERO: Resolviendo la incidencia planteada por la defensa.

VISTOS:

1º) Que la defensa de los imputados ausentes **Oscar Alejandro Morales Osorio Leonardo Andrés Bastías Núñez y Oscar Alejandro Morales Osorio** ha solicitado, que la audiencia fijada para el día de hoy no se realice debido a la falta de emplazamiento de sus representados, invoca para ello las normas del artículo 29 y 32 del Código Procesal Penal y pide que se fije un nuevo día y hora para la realización de esta audiencia.

2º) Que el Ministerio Público y la querellante han pedido se rechace la solicitud de la Defensa

de los imputados ausentes, basando su petición de rechazo en que la norma del artículo 29 del Código Procesal Penal, se refiere a los notificados privados de libertad que estén fuera del territorio jurisdiccional del tribunal, pero dentro del territorio nacional. Asimismo, invocan que el procedimiento que debe emplearse es el contemplado en los artículos 431 y siguientes del Código Procesal Penal.

3º) Que el Tribunal tiene presente que el artículo 29 del Código Procesal Penal, señala que en aquellos casos que haya que notificar a imputados privados de libertad, estas notificaciones deben ser realizadas en el establecimiento o recinto en que permanecieren aunque estuvieren fuera del territorio jurisdiccional del Tribunal. Que la otra disposición legal invocada por la Defensa es las normas del artículo 32 que indica que todo lo que no esté previsto en ese párrafo y que se relacione con notificaciones debe procederse conforme las normas del Código de Procedimiento Civil.

4º) Que el Tribunal no coincide con lo argumentado por la defensa ya que el artículo 29 antes mencionado, ordena la notificación de los imputados privados de libertad dentro de los establecimientos carcelarios de nuestro país, que no es el caso de los imputados, además esta disposición legal no se hace aplicable para esta audiencia ya que el motivo de la misma es conocer la extradición activa de los imputados conforme lo señalado en el libro cuarto título VI del Código Procesal Penal, y los artículos 431 y siguientes expresan cómo se debe proceder en ese caso, debiendo primeramente formalizar investigación respecto de imputados ausentes representados en audiencia por defensor público, y una vez formalizado el tribunal resolverá la procedencia de la extradición pedida. A mayor abundamiento, no podemos aplicar el artículo 29 y 32 del Código de Ramo ya que las disposiciones que rigen la extradición no disponen que los imputados ausentes sean notificados de la audiencia en la que se conocerá tal solicitud, además, la formalización que se efectúa tiene sólo por objeto proceder a ver si es procedente o no dar curso a la solicitud de extradición. Por lo argumentado procede que esta audiencia sea efectuada sin previa notificación de los imputados, por lo expuesto se desecha la petición por la Defensa.

SEGUNDO: Resolviendo en cuanto al incidente de incompetencia.

VISTOS:

1º) Que la Defensa ha interpuesto incidente de incompetencia para que este Tribunal pueda conocer en relación a la formalización de uno de los ilícitos por los cuales se ha presentado escrito por el Ministerio Público, ilícito que conforme lo señala el señor Defensor habría sido cometido en la comuna de Colchane, jurisdicción del Juzgado de Pozo Almonte.

2º) Que el Ministerio Público tanto como la parte querellante se han opuesto a la solicitud de incompetencia porque señalan que por economía procesal y por estar vinculados los ilícitos debe formalizarse ante este Tribunal, sin cuestionar la posterior separación después de la investigación y de las formalizaciones en el momento que correspondiere.

3º) Que el Tribunal tiene presente que sólo es competente para conocer de los ilícitos que son

cometidos dentro del territorio jurisdiccional del Tribunal. Que en este caso, el Juzgado de Garantía de Iquique sólo tiene competencia para conocer todos aquellos ilícitos que se cometan o que tengan su principio de ejecución dentro de la comuna de Iquique y de Alto Hospicio y la comuna de Colchane no se encuentra comprendida dentro del territorio jurisdiccional de este Tribunal. Si bien es cierto se autoriza a un tribunal incompetente para realizar diligencias urgentes, este no es el caso ya que lo solicitado para ser conocido en esta audiencia no se encuadra dentro de las diligencias permitidas y por ello este Tribunal considera que no es competente para conocer respecto de la formalización del ilícito cometido en la comuna de Colchane, por el cual iban a ser formalizados los imputados ausentes en esta audiencia. Por lo expuesto se accede a lo solicitado por la Defensa, correspondiendo proceder a efectuar la formalización y peticiones propias en el Tribunal de Pozo Almonte por el ministerio Público.

TERCERO: El Tribunal teniendo presente lo señalado tanto por el Ministerio Público como las solicitudes de aclaración hechas por la Defensa y lo dispuesto en el artículo 432 y 229 del Código Procesal Penal, tiene por formalizada investigación en contra de los imputados **Oscar Alejandro Morales Osorio Leonardo Andrés Bastías Núñez** como autores de los ilícitos que se señaló en dicha formalización en presencia de su Defensor y representante don Marcelo Lara Pol.

CUARTO: En cuanto a la solicitud de extradición.

VISTOS:

1º) Que el Ministerio Público, en audiencia, ha solicitado conforme lo dispone el artículo 432 ante el Juzgado de Garantía que se dé curso a la tramitación de la solicitud de extradición con el objeto de que sea elevada a la Il. Corte de Apelaciones para que conozca de ella y para tal efecto el señor Fiscal del Ministerio Público ha dado cuenta en audiencia de los requisitos establecidos en el artículo 140 del Código Procesal Penal, que son los requisitos necesarios para que el Tribunal pueda dar curso a la tramitación de la solicitud de extradición, requisitos que fueron reseñados latamente por el señor Fiscal en esta audiencia y a los cuales el Tribunal hará mención en uno de los considerandos de esta resolución.

2º) Que la parte querellante ha instado también a dar curso a la tramitación de la solicitud de extradición, porque a juicio de la querellante, se encontrarían acreditados los requisitos del artículo 140 del Código Procesal Penal en sus tres letras respecto de los dos ilícitos por los cuales han sido formalizados los imputados, el delito de homicidio calificado y el delito de hurto del artículo 446 N° 1 del Código Penal.

3º) Que la Defensa se ha opuesto a la solicitud presentada por el Ministerio Público en lo tocante a dar curso a la tramitación de la solicitud de extradición por estos dos delitos que se le imputan a los formalizados Castillo Torrejón, Bastías Núñez y Morales Osorio, porque a juicio del señor Defensor en lo que dice relación al primero de los ilícitos formalizados, el delito de homicidio, no se encontraría acreditado dicho ilícito, porque a juicio de la Defensa sólo estaríamos en presencia de un delito de lesiones y se vale para argumentar aquello del informe de autopsia que no alude que la herida que se ocasionó en la localidad de Alto Hospicio al señor Wilson Mamani Challapa, haya sido de carácter homicida y le haya provocado la muerte, a su vez, expresa el señor Defensor que de los antecedentes expuestos por el señor Fiscal del Ministerio Público relacionado a la declaración de testigos presenciales, éstos no observaron que éste fue herido, en qué lugar y cómo se habrían ocasionado la herida a la víctima. Otra de las argumentaciones de la defensa tocantes con la formalización por el delito de hurto es que no está acreditada la sustracción del vehículo ni la participación de los formalizados en el ilícito, ya que el vehículo que se menciona en la formalización corresponde a las características de la mayoría de los vehículos que hay en la región. Recapitulando sus argumentaciones, no se cumple con los requisitos de las letras a) y b) del artículo 140 del Código Procesal Penal, por lo que se opone la Defensa que el tribunal dé curso a la solicitud de extradición.

4º) Que habiendo escuchado el debate este Tribunal y siendo necesario para dar curso a la solicitud de extradición que se cumplan con los requisitos del artículo 140 del Código Procesal Penal, el Tribunal tiene presente que con los datos entregados por el Ministerio Público se acredita que existen antecedentes que justifican el delito de homicidio calificado del artículo 391 del Código Penal, an-

tecedentes consistentes en: 1º) Partes policiales en los que se denuncia por parte de Wilfredo Condori Choque, Elisa Condori y por la madre de la víctima los hechos que rodearon la desaparición, hurto del vehículo y ataque a Mamani Challada. El primero de ellos denuncia que se encontraba junto con su cuñado Mamani Challada en el interior de un jeep Pajero de propiedad de su cuñado cuando cuatro individuos procedieron a intimidar a Mamani con arma de fuego, él huye del lugar y escucha disparos obtiene ayuda de un taxista y encuentra a su cuñado herido en la vía pública y cuando va a socorrerlo llegan los atacantes que se desplazaban en el jeep de propiedad de Mamani, retiran al herido del lugar y huyen; la segunda persona denuncia los mismos hechos que su hermano y la madre del ociso denuncia presunta desgracia y robo del vehículo de su hijo. 2º) declaración de los siguientes testigos: Raúl Yáñez quien señala que se encontraba en la localidad de Alto Hospicio, vio cuando un jeep Pajero se estacionó, vio que una persona bajó de éste y con posterioridad sintió disparos; Georgina Huanca, la cual señala que ella vive en la localidad de Alto Hospicio, en el lugar llamado Los Cóndores y que se percató que había dos hombres que se encontraban peleando, que uno de ellos, el agresor, sale corriendo, ve que viene un vehículo taxi que procede a ayudar a la persona que se encontraba herida, que una de las personas que baja de este vehículo se queda con el herido y que procede el otro a salir huyendo en el taxi que después llega una camioneta y suben al herido; Fabiola Lincheo quien expresa que estaba en calle Los Cóndores, que vio cuando un joven era perseguido por otro y que el victimario le propinó un golpe con un elemento de más o menos 15 cms. y luego ella vio aparecer un vehículo que hizo huir al agresor, era un taxi, que proceden a prestarle ayuda a la víctima y que aparece un jeep y cargan a este herido; Cecil Muñoz que es taxista, el cual indica que se encontraba junto con otro amigo, testigo también en esta causa, el señor Yáñez y que llega una persona a pedirle ayuda, le dice de que estaban asaltando a su hermano y le pide que empiecen a recorrer el sector y ubicar a la persona asaltada, que en calle Tarapacá con Los Cóndores había dos sujetos que peleaban, que él procede a llegar con quien le había solicitado ayuda en el vehículo a socorrer al herido, se baja del vehículo trata de proporcionar ayuda, llega un jeep con varios individuos y la persona que le había soli-

citado ayuda sube en el taxi de su propiedad y huye, él se percata que el herido sangraba profusamente, relata que el jeep que apareció introducen al herido señalándole que lo llevaría hacia el Hospital viendo que este vehículo dobla hacia el interior; Cinthia Herritt, quien señala que vio cuando un hombre forcejeaba con otro que uno lo jalaba desde el cuello y se acercaba donde ella estaba, que sintió un ruido y el hombre que era jalado por el cuello cayó y quedó tirado en el suelo, que llega un taxi para socorrerlo tratan de subirlo no pueden, que con posterioridad llega un jeep el cual procede a llevarse al herido; 3º) informe de autopsia N° 125 del año 2005, practicado por el Doctor Iriondo a Mamani Challapa el que da cuenta de 16 heridas punzocortantes, focos de contusión, concluye que la muerte se produjo por una hipovolemia aguda severa por herida punzocortante y a su vez, señala que la data de sobrevivida del occiso producto de estas lesiones no puede haber sido más de 75 minutos; 4º) informe del sitio del suceso donde fue hallado el cadáver; 5º) informes científicos técnicos de autopsia al cadáver en Bolivia; 6º) informe pericial para establecer la verdadera identidad del cadáver que fue encontrado en el sector de Llica; 7º) informes planimétricos; 8º) informes fotográficos respecto del lugar donde habrían ocurridos los hechos y también del lugar donde habría sido encontrado herido el señor Mamani; 9º) informe huellográfico en el cual se establece que el cadáver encontrado en Llica pertenece a la identidad de don Wilson Mamani; 10º) informe pericial N° 263-F de 86 fotos que muestran el hallazgo del cadáver; 11º) informe de ADN practicado a las ropas que fueron encontradas en poder de los imputados Castillo Torrejón, Bastías Núñez y Morales Osorio, en Bolivia los que fueron detenidos por la policía de ese país por problemas con la justicia, al momento de ser detenidos en Bolivia se les encuentra en su poder ropa ensangrentada a la que después de practicársele un peritaje de ADN se estableció que esa sangre correspondía a Wilson Mamani que es la víctima de este ilícito; 12) informe relacionado con un cortaplumas que fue hallado entre las pertenencias de los imputados que se encuentran privados de libertad en la ciudad de Oruro; 13) declaración de un tercero que fue atacado por los imputados y cuyo vehículo fue sustraído y en el cual posteriormente se encontraron los documentos de Mamani Challada. Con todos estos elementos, el Tribunal tiene por acreditado el ilícito de

homicidio porque se cumple con tipo penal del artículo 391, que señala que quien mate a otro y en este caso se cuenta con las declaraciones de los testigos que vieron que la víctima era atacada, que sangraba profusamente, que la autopsia menciona 16 heridas, que se encontró un cadáver que fue identificado como Mamani Challada, que el occiso fue herido en Alto Hospicio, que sangrando se lo llevaron a un lugar desconocido y que después el cuerpo apareció en Llica sin vida, que no recibió socorro médico, que hubo una pelea entre los imputados y el señor Mamani, que se le propinó una estocada en la región torácica y 15 heridas más, que los imputados se aprovecharon del estado de indefensión de la víctima y aumentaron el dolor al propinarle tantas heridas.

En lo que dice relación al ilícito de hurto del vehículo, estos mismos antecedentes sirven para refrendar la comisión de aquel hecho punible con la declaración del taxista, quien señala que vio que conducían un jeep que fue subida la víctima a este jeep y la declaración del testigo Choque, quien expresa que a su cuñado le sustrajeron el jeep en el momento que él se encontraba con la víctima cuando huyen ambos a pie y los individuos aparecen después en el vehículo para llevarse a su cuñado herido y sangrante, con todos estos antecedentes el Tribunal tiene por acreditado el ilícito ya que hubo apropiación de este vehículo sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro.

5º) En lo que dice relación a la participación de los imputados en estos ilícitos, con las declaraciones anteriormente señaladas, más la declaración de los detenidos realizadas en la ciudad de Oruro, por delegación del señor Fiscal de esta causa a los funcionarios de Investigaciones, los cuales se comunicaron con estos imputados, además la declaración de Corrotea, quien señala que efectivamente reconoce la participación en este ilícito conjuntamente con uno de los imputados Castillo, examen de las vestimentas de don Cecil Muñoz, testigo presencial que socorrió a la víctima y cuya ropa quedó ensangrentada cuyo resultado corresponde a la sangre del occiso, sangre que también fue encontrada en las prendas de ropa que los imputados tenían en Bolivia al momento de ser detenidos y que se incautaron, asimismo el testimonio del tercero que también fue objeto de un ilícito por los imputados el que vio que se desplazaban en un jeep con las característi-

cas del jeep de propiedad de Mamani Challapa, la circunstancia de haber encontrado en el vehículo de este tercero que fue sustraído por los imputados los documentos del occiso. Todos estos antecedentes permiten presumir la participación de los imputados en ambos hechos punibles.

A su vez, en lo concerniente al último de los requisitos que es la necesidad de cautela, la gravedad de la pena asignada al delito, los dos ilícitos por los cuales han sido formalizados, la circunstancias de que tienen condenas pretéritas, incluso uno de ellos tiene procesos pendientes, el Tribunal considera de que se dan los requisitos establecidos en el artículo 140 del Código Procesal Penal y en atención a ello, **se accede a dar curso a la tramitación de la solicitud de extradición, debiendo elevarse los antecedentes ante la Il.tra. Corte de Apelaciones de esta ciudad, para que sean conocidos conforme a las normas señaladas en el artículo 433 y siguientes del Código Procesal Penal.**

QUINTO: Escuchadas las alegaciones tanto del Ministerio Público como la de la Defensa en relación a que se establezca por parte del Tribunal la procedencia de pedir al país extranjero, en este caso Bolivia, la prisión preventiva de los imputados y teniendo presente el Tribunal que se cumplen los requisitos del artículo 140 del Código Procesal Penal, en sus tres letras, y considerando que si bien es cierto, los imputados se encuentran privados de libertad en país extranjero, es por un delito el cual no atañe a la audiencia de hoy **el Tribunal declara procedente que se pida a Bolivia, la prisión preventiva de los imputados.**

SEXTO: Habiendo solicitado la defensa plazo de investigación y existiendo múltiples diligencias pendientes el Tribunal fija dos años de plazo de investigación para el evento que la extradición sea concedida.

Hora de Término: 13:40 horas

Regístrese, agréguese a la carpeta correspondiente y dése copia a los intervinientes.

Dirigió la audiencia y resolvió, *Juez de Garantía* de Iquique.

IQUIQUE, SEIS DE MAYO DEL AÑO DOS MIL CINCO.

VISTO:

Que la Sra. Juez de Garantía de Iquique María Fernanda Gazmuri Villalobos, por resolución dictada en la audiencia de formalización de investigación en contra de los imputados ausentes Luis Alberto Castillo Torrejón, Leonardo Andrés Bastías Núñez y Oscar Alejandro Morales Osorio, de fecha cinco de abril del año dos mil cinco, ha elevado estos autos, mediante Oficio N° J 3935-2005, en causa RUC N° O400315919-7, RIT N° 4515-2004, seguida en contra de los imputados Luis Alberto Castillo Torrejón, Leonardo Andrés Bastías Núñez y Oscar Alejandro Morales Osorio, con la finalidad de que declare si debe o no solicitarse del Gobierno de la República de Bolivia la extradición de los imputados Luis Alberto Castillo Torrejón, Leonardo Andrés Bastías Núñez y Oscar Alejandro Morales Osorio, sindicados de ser autores en grado de consumado de los delitos de homicidio calificado en la persona del occiso Wilson Misael Mamani Challapa, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1 y 4 del Código Penal y hurto previsto y sancionado en el artículo 446 N° 1 del mismo cuerpo legal. Los imputados se encuentran en Bolivia, Oruro, donde fueron detenidos por la Policía Técnica Judicial (PJT) por su participación en el ilícito de amenazas con arma de fuego efectuadas a la propietaria del local nocturno La Miel, ubicado en el sector sur de dicha ciudad y puestos a disposición del Fiscal de Distrito a cargo de la investigación Dr. Jhonny Eduardo Quilo Rocabado, según consta a fojas 33 y siguientes del Pre-Informe Policial N° / 0702 de la Brigada de Homicidios de Iquique de la Policía de Investigaciones de Chile, datado en Iquique el 21 de septiembre de 2004. Que la defensa de los imputados, ha señalado que no se dan los requisitos formales para pedir la extradición de los imputados, puesto que estos no han sido acusados ni condenados por el delito que se les imputa, por lo que no se cumple con lo dispuesto en el artículo 1° del Tratado de Extradición entre Chile y Bolivia.

SE DIO CUMPLIMIENTO AL ARTÍCULO 433 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, CON LA ASISTENCIA DE LOS INTERVINIENTES.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en estos autos RUC N° 0400315919-7, RIT N° 4515-2004 seguidos en contra de los imputados Luis Alberto Castillo Torrejón, cédula de identidad N° 15.003.005-6; Leonardo Andrés Bastías Núñez, cédula de identidad N° 15.015.599-6 y Oscar Alejandro Morales Osorio, cédula de identidad N° 13.415.440-3, se formalizó investigación en su contra por los delitos de homicidio calificado, previsto y sancionado en el artículo 391 N°s 1 y 4 del Código Penal y hurto, previsto y sancionado en el artículo 446 N° 1 del mismo cuerpo legal, por resolución de la Sra. Juez de Garantía de Iquique María Fernanda Gazmuri Villalobos, dictada en la audiencia de fecha cinco de abril del año dos mil cinco.

SEGUNDO: Los imputados se encuentran en Bolivia, Oruro, donde fueron detenidos por la Policía Técnica Judicial (PJT) por su participación en el ilícito de amenazas con arma de fuego efectuadas a la propietaria del local nocturno La Miel, ubicado en el sector sur de dicha ciudad y puestos a disposición del Fiscal de Distrito a cargo de la investigación Dr. Jhonny Eduardo Quilo Rocabado, según consta a fojas 33 y siguientes del Pre-Informe Policial N° / 0702 de la Brigada de Homicidios de Iquique de la Policía de Investigaciones de Chile, datado en Iquique el 21 de septiembre de 2004.

TERCERO: Que en la referida audiencia de formalización de investigación, y habida consideración a la circunstancia que los imputados se encuentran en Bolivia, Oruro, la Sra. Juez de Garantía dispuso dar curso a la solicitud de extradición, con la finalidad de que se declare si debe o no requerirse del Gobierno de la República de Bolivia, la extradición de los imputados Luis Alberto Castillo Torrejón, Leonardo Andrés Bastías Núñez, y Oscar Alejandro Morales Osorio, sindicados de ser autores en grado de consumado de los delitos de homicidio calificado en la persona del occiso Wilson Misael Mamani Challapa, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1 y 4 del Código Penal y hurto previsto y sancionado en el artículo 446 N° 1 del mismo cuerpo legal.

CUARTO: Que, además, en la señalada audiencia de formalización en contra de los imputados, de fecha cinco de abril del año dos mil cinco, la señora juez de garantía, declaró procedente se pida a Bolivia la prisión preventiva de los imputados.

QUINTO: Que las Repúblicas de Chile y Bolivia han suscrito el Tratado de Extradición de 15 de diciembre de 1910, actualmente vigente, luego de su publicación en el Diario Oficial del 26 de mayo de 1931.

SEXTO: Que, conforme a ese Tratado, para que proceda la extradición de un individuo que ha delinuido dentro del territorio del Estado que lo reclama y que se encuentra en el territorio de otro Estado, es menester que se trate de delitos de los señalados en el artículo segundo del mismo, entre los que están los de homicidio y hurto; que el delito tenga asignada una pena de privación de libertad de un año como mínimo, que se trate de delitos actualmente perseguibles, en términos de existir orden o decreto de aprehensión o prisión pendiente, que la acción penal o la pena no se encuentren prescritos y que no se trate de un delito político o de hechos que tengan ese carácter.

SÉPTIMO: Que la defensa de los imputados, ha señalado que el Tratado de Extradición de 15 de diciembre de 1910, actualmente vigente, sólo permite extraditar personas que se encuentren en calidad de acusados o condenados, según dispone el artículo 1° del Tratado en comento y que no procedería una interpretación extensiva o por analogía, para hacer aplicable el referido artículo 1° a los imputados de autos, por no tener éstos la calidad de acusados, en virtud de la aplicación del artículo 5°, inciso final, del Código Procesal Penal.

OCTAVO: Que, esta Corte estima que no resulta aplicable en la especie, el artículo 5° del Código Procesal Penal, toda vez que dicha norma dice exclusiva relación con las medidas cautelares personales, no siendo la extradición activa una medida de esa naturaleza, que se encuentre contemplada en las disposiciones de los artículos 5° inciso 1°, ni en el artículo 155 del Código Procesal Penal.

NOVENO: Que, a mayor abundamiento, procede aplicar en la especie una interpretación progresiva del artículo 1° del Tratado Bilateral de extradición entre Bolivia y Chile, interpretación que se la llama así, no por ser restrictiva o extensiva, ni menos aún analógica, que supone un vacío legal, sino por conformarse con los progresos y necesidades del tiempo presente. En efecto, resulta que los conceptos y preceptos que hemos obtenido de la ley, cambian con el curso de los años, sin que la ley misma necesite cambiar su texto, sino que es preci-

so poner de acuerdo la ley del pasado con las necesidades y concepciones del presente, estableciendo de este modo, la conexión del ayer con el hoy. En virtud de esta interpretación progresiva se adecua el citado artículo 1º del Tratado de Extradición de 1910, con las normas contenidas en el Título VI, Párrafo 1º del Código Procesal Penal que se encuentra en vigencia desde el año 2003 en la Región de Tarapacá, que de otra manera serían inaplicables. De esta manera, el término acusado que emplea el artículo 1º del Tratado debe ser entendido en el sentido de imputar a uno algún delito, según lo señala el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, edición decimonovena, página 23. En un sentido similar se refiere al término acusado, el Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia por Don Joaquín Escriche, edición del año 1884, página 84, al señalar como acusado aquel a quien se imputa judicialmente algún delito.

DÉCIMO: Que, en el presente caso se reúnen los requisitos señalados, ya que se trata de hechos que revisten caracteres de delito, cuyo juzgamiento corresponde a los Tribunales Regionales, existe orden de aprehensión pendiente, la acción penal no está prescrita y se encuentran sancionados por nuestras leyes con penas superiores a un año de privación de libertad, y no se trata de delito político o que tenga ese carácter.

Y con arreglo además a lo preceptuado en los artículos 5º, 7º, 140, 431 y siguientes del Código Procesal Penal, 391 Nºs 1 y 4, 446 Nº 1 del Código Penal, artículos 1º y siguientes del Tratado de

Extradición entre Chile y Bolivia de 15 de diciembre de 1910, se declara procedente la solicitud al Gobierno de Bolivia, de extraditar a los ciudadanos Luis Alberto Castillo Torrejón, cédula de identidad Nº 15.003.005-6; Leonardo Andrés Bastías Núñez, cédula de identidad Nº 15.015.599-6 y Oscar Alejandro Morales Osorio, cédula de identidad Nº 13.415.440-3, por los delitos de homicidio calificado, previsto y sancionado en el artículo 391 Nºs 1 y 4 del Código Penal y hurto, previsto y sancionado en el artículo 446 Nº 1 del mismo cuerpo legal.

Para el cumplimiento de lo resuelto diríjase el correspondiente oficio al Ministerio de Relaciones Exteriores a fin que se sirva ordenar se practiquen las diligencias diplomáticas que sean necesarias. Se acompañará al oficio copia del presente fallo, del dictamen de la Sra. Juez de Garantía, de las resoluciones requeridas en el fundamento primero, de los antecedentes en que se fundan, de las disposiciones legales que establecen la calificación de los hechos, definen la participación de los inculpados, precisan las sanciones aplicables y establecen las normas sobre prescripción, el prontuario de los imputados que se recabará del Gabinete Central de Identificación con sus fotografías; y de las disposiciones legales citadas en esta sentencia, con el atestado de su actual vigencia.

Regístrese y en su oportunidad Devuélvanse.

Redacción del Abogado Integrante Señor Rolando Canales Pinto.

Rol 47-2005.-

- **Declara que no sólo el análisis químico sirve para determinar la cantidad y composición de las sustancias incautadas, sino que también la prueba de campo resulta prueba suficiente.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Talca.

Resumen:

El Juez de Garantía absolvió a los acusados del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, estimando que el delito no fue suficientemente acreditado al constar sólo la aceptación de los hechos por parte de los imputados. El Ministerio Público apeló, siendo acogido el recurso por la Corte. Al efecto ésta señaló que el artículo 43 de la Ley N° 20.000 no establece que el análisis químico sea el único medio para determinar la cantidad, naturaleza, contenido, composición y grado de pureza de las sustancias incautadas, de ahí que la prueba de campo constituya también un medio probatorio al tratarse de un procedimiento realizado bajo condiciones estandarizadas y de acuerdo con criterios científicos. De este modo, en los hechos investigados existió, además de la aceptación de los hechos por parte de los imputados, otra prueba que, de acuerdo al artículo 295 del Código Procesal Penal, coadyudó en la acreditación de los hechos de la acusación.

Texto completo:

Talca, seis de mayo de dos mil cinco.

VISTOS:

Se reproduce el fallo en alzada, sus considerandos, salvo el 6º, 7º, 8º, 10, 11, 12,13,14, 15, 16 y 18, y sus citas legales, menos la del artículo 48 del Código Procesal Penal, que se eliminan; con la modificación que sigue: En el motivo 17.- se reemplaza la expresión lo único que se tuvo por la frase que se tiene por.

Y OÍDO LOS INTERVINIENTES, SE TIENE EN SU LUGAR Y, ADEMÁS, PRESENTE:

1) Que el inciso segundo del artículo 412 del Código Procesal Penal estatuye que: La sentencia condenatoria no podrá emitirse exclusivamente sobre la base de la aceptación de los hechos por parte del imputado, o sea, deben concurrir antecedentes adicionales a la sola aceptación de los hechos por parte de aquel, como se consigna en su historia fidedigna (Código Procesal Penal. Anotado y Concordado, Emilio Pfeffer Urquiaga. Editorial Jurídica de Chile. Edición 2001. Pág. 400). Y, por su parte, el artículo 295 prescribe que: Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley.

2) Que de los preceptos anteriormente transcritos se colige que el protocolo de análisis químico de la sustancia suministrada en autos, que contempla el artículo 43 de la Ley N° 20.000, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, no es el único medio para determinar su peso o cantidad, naturaleza, contenido, composición y grado de pureza de la misma, de ahí que la prueba de campo constituye también, en este caso, un medio probatorio además de la aceptación de los hechos por parte del imputado, ya que se trata de un procedimiento realizado bajo condiciones estandarizadas, de acuerdo con criterios científicos.

3) Que en el fundamento 5º del fallo en revisión se analiza entre los antecedentes de la investigación recopilados por el Ministerio Público, el Oficio N° 159 de la Policía de Investigaciones de Chile, por medio del cual remite al Servicio de Salud del Maule 28 gramos de una sustancia vegetal de color verde, con características propias a cannabis sativa; acta de decomiso de la droga en que se singulariza la especie incautada, y el acta de prueba de campo que indica resultados positivos coloración violeta para presencia de THC, esto es, de tetra hidrocannabinol que constituye el activo de la planta denominada cannabis sativa que es la sustancia que produce efectos nocivos para la salud.

4) Que la referida prueba de campo permite demostrar, entonces, que los veintiocho gramos de

sustancia que portaba consigo el imputado Darío Mauricio Cáceres López, sin la competente autorización, cuando fue detenido por la Policía de Investigaciones el día 23 de marzo de 2005, a las 15:15 horas, es cannabis sativa L que no produce efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

5) Que los hechos y circunstancias que se dieron por probados en el reproducido fundamento 17), modificado, del fallo en análisis y en el que antecede, los cuales fueron aceptados por el imputado, concuerdan con los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados que se valoran en el raciocinio 3) de esta sentencia, permiten adquirir, más allá de toda duda razonable, la convicción de que el día 23 de marzo del año en curso, se cometió el delito previsto y castigado en el artículo 4º de la citada Ley N° 20.000 y que en él le ha correspondido participación de autor, en grado de consumado, a Darío Mauricio Cáceres López y a Patrick Alejandro Velozo Peña, al primero por portar consigo la sustancia y al segundo por habérsela suministrado a Cáceres López en la suma de \$20.000.-, sin que aparezca justificado que hubiere estado destinada a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuyo parecer es también el del apelante expresado en el escrito de fs. 28.

6) Que el delito que se ha configurado en la especie se castiga con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales.

7) Que no se ha controvertido que favorece al acusado la circunstancia atenuante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Punitivo, esto es, que su conducta pretérita está exenta de reproche.

Por estas consideraciones, preceptos legales citados y de conformidad con lo prescrito en los artículos 1º, 7º, 14 N° 1º, 15 N° 1, 18, 24, 25 y 30 del Código Penal; 45, 47, 297, 352, 413, 414 y 415 del Código Procesal Penal y 4º, 18, 52 y 62 de la Ley

N° 20.000, sobre tráfico ilícito, de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, y artículo 2º de su Reglamento, **se revoca la sentencia apelada** de treinta y uno de marzo último, escrita de fs. 16 a 37, que absuelve a Darío Mauricio Cáceres López y a Patrick Alejandro Velozo Peña, de los cargos formulados en su contra por el Ministerio Público y, en su lugar, se declara que se condena a los mencionados acusados como autores del delito previsto y sancionado en el artículo 4º de la aludida Ley N° 20.000, en grado de consumado, a cada uno, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, a la suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, a pagar una multa ascendente a diez unidades tributarias mensuales y al comiso de la droga.

En caso que los condenados no pagaren la multa impuesta sufrirán, por vía de sustitución y apremio, la pena de reclusión, regulándose un día por cada media unidad tributaria mensual, la cual no podrá exceder de seis meses.

Atendido a que en la especie concurren los requisitos del artículo 4º de la Ley N° 18.216, como aparece de estos antecedentes, se concede a los sentenciados Cáceres López y Velozo Peña el beneficio de la remisión condicional de la pena privativa de libertad que se les ha aplicado, fijándose a cada uno un plazo de observación y asistencia por la autoridad administrativa de Gendarmería de quinientos cuarenta y un días y deberán cumplir con las demás exigencias establecidas en el artículo 5º de la citada Ley.

En el evento que los acusados deban cumplir efectivamente la pena corporal les servirá de abono el tiempo que hubieren estado detenidos o en prisión, que determinará el Juez de Garantía.

Redacción del Ministro don Luis Carrasco González.

Regístrese y devuélvase, con el disco compacto acompañado.

Rol N° 207-2005.

- **Resolviendo conjuntamente el recurso de queja y el recurso de apelación del querellante y el Ministerio Público respectivamente, rebaja las costas personales fijadas por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de \$25.000.000 a \$2.000.000, aplicando a la defensa particular el arancel vigente para la defensorización pública.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Talca.

Resumen:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal fijó las costas personales del Defensor Privado del imputado absuelto en la suma de \$25.000.000, luego de acoger sus planteamientos en orden al trabajo intenso y prolongado que significó su defensa. La Fiscalía objetó dicha regulación sosteniendo que debía efectuarse siguiendo los criterios fijados para la Defensoría Penal Pública y Licitada, accediendo el Tribunal a rebajar el monto de las costas a \$20.000.000. De dicha resolución, el Ministerio Público apeló y, por su parte, el querellante recurrió de queja. La Corte acogió ambos recursos señalando que si bien el artículo 139 inciso cuarto del Código de Procedimiento Civil ya no resulta aplicable en virtud de lo establecido en el Decreto Ley N° 3.621, hoy existe el arancel establecido para la Defensoría Penal Pública y Licitada, que si bien no puede ser vinculante para los operadores del proceso penal, sí puede ser utilizado por los tribunales con competencia penal como un referente prudente en la regulación de las costas personales. No habiendo aparecido en autos motivo alguno para discriminar entre la defensa particular del acusado de la que pudo desplegar un defensor penal público o uno licitado, y faltando un arancel emanado del colegio de la orden, a la Corte le pareció adecuado tomar como referencia el vigente para estos últimos fijando el monto de las costas en \$2.000.000.

El voto de minoría estuvo por no acoger el recurso de queja interpuesto por el querellante, porque la resolución que regula las costas personales es apelable, según lo dispone el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil. Además, porque en su momento el querellante no objetó las costas reguladas por el Tribunal, por lo que de acuerdo al artículo 141 del mismo código, a su respecto debieron tenerse por aprobadas.

Texto completo:

Talca, veinte de junio de dos mil cinco.

VISTO:

A fs. 126 de esta carpeta judicial, se dispuso la acumulación del recurso de queja Rol N° 151-2005 al presente recurso de apelación en virtud de lo prevenido en el artículo 66 inciso tercero del Código Orgánico de Tribunales, recursos que dicen relación con la causa RUC 0300091075-8, Rit 71-2004 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó.

La resolución apelada es la de 31 de marzo del año en curso, corriente a fs. 90 de esta carpeta, mediante la cual la Segunda Sala del indicado Tribunal, acogiendo la objeción del Ministerio Público, rebajó la regulación de costas personales de \$15.000.000 a \$10.000.000.

A fs. 1 de esta carpeta se halla la sentencia dictada por la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, integrada por los jueces don Eric Sepúlveda Casanova, doña Jimena Orellana Fuenzalida y doña Paulina Rodríguez Rodríguez, por la que se absuelve a los acusados Luis Hernán Cancino Paredes y Ana María Carvajal Herrera de la acusación fiscal y querrela particular, en su caso, por las que se les sindicó autores de los delitos de falsificación de documento público efectuada por funcionario público, previsto en el artículo 193 N°4 del Código Penal, ocurrido presuntamente en dicha ciudad entre marzo y septiembre de 2003; exacción ilegal para fines públicos, previsto y sancionado en el artículo 157 del Código Penal, ocurrido presuntamente en Curicó entre septiembre y noviembre de 2003; aplicación pública diferente de caudales y efectos públicos, prevista y sancionada en el artícu-

lo 236 del Código Penal, presuntamente ocurrido en la misma ciudad entre noviembre de 2002 y noviembre de 2003; y fraude al Fisco, previsto y sancionado en el artículo 239 del Código Penal, ocurrido presuntamente en dicha ciudad entre los meses de marzo a septiembre de 2003, condenándose en costas al Ministerio Público y a la parte querellante.

Asimismo, se rechazó la demanda civil de indemnización de perjuicios deducida por el Fisco de Chile en contra de los aludidos acusados, con expresa condenación en costas.

A fs. 65, el 5 de febrero último, se agrega certificado del Jefe de Unidad de Administración de Causas en orden a que la sentencia en referencia se encuentra ejecutoriada.

A fs. 70, el 11 de marzo del presente año, se da cuenta de acta de audiencia en que se debatió acerca de las costas personales a que fueron condenados el Ministerio Público y el Fisco, ello a petición de los abogados del acusado Luis Cancino Paredes.

En dicha audiencia se reguló en \$25.000.000 las costas personales de la defensa privada del acusado Luis Cancino Paredes, que estuvo a cargo de los abogados Cristián Rillón Fontaine y Raúl Leiva Lobos, de las cuales el Ministerio Público debía soportar la suma de \$15.000.000, y el Fisco de Chile, representado por el Consejo de Defensa del Estado, la cantidad de \$10.000.000, debiendo este último, además, pagar la suma de \$2.000.000, correspondientes a las costas personales de la acción civil rechazada, sumas que deberán ser pagadas con intereses corrientes para operaciones no reajustables, a partir de la fecha de la sentencia y hasta su pago efectivo.

Los fundamentos aducidos en tal resolución, que reguló las costas personales de los abogados del citado acusado, consisten en que el juicio oral en que se causaron tales costas, requirió una especial actividad de la defensa, atendido el número de delitos materia de la acusación y de intervinientes, la cantidad de prueba rendida y la extensión del juicio más allá de lo habitual; que la defensa, para representar adecuadamente al acusado, debió desplegar medios personales y materiales a fin de demostrar la no existencia de los ilícitos durante todo el curso de la investigación, preparación y realización del juicio oral, desde junio de 2003 hasta el 16

de febrero de 2005; que los aranceles establecidos para la Defensoría Penal Pública o Licitada no obligan a los tribunales en la fijación de costas personales cuando intervienen defensores privados, toda vez que los referidos aranceles son ingresos establecidos para entes públicos, que en su función ya se encuentran financiados por el presupuesto nacional, y que tienen una dedicación especial para la defensa de los ciudadanos; que no procede eximir del pago de las costas, toda vez que la sentencia que así lo ordenó, se encuentra ejecutoriada, por lo que se desestima la solicitud formulada por el Fisco de Chile en tal sentido.

A fs.71 el Ministerio Público objetó la regulación de costas indicada, por estimarla desproporcionada a la labor realizada, solicitando que se rebaje a la suma de \$1.632.488, que corresponde al valor fijado para la Defensoría Penal o licitada para la defensa en un juicio oral, haciendo presente que hace poco más de un año se llevó a cabo por la Defensoría Penal Pública en toda la Región del Maule el proceso de licitación pública de defensas penales para abogados privados, adjudicándose las sociedades y abogados privados licitantes las defensas en juicio oral en sumas que fluctúan entre \$98.000 y \$400.000. Acompaña copia del arancel por el servicio de defensa penal de la defensoría penal pública.

A fs.86 se citó a los intervinientes a la audiencia del día 31 de marzo último para tratar acerca de la objeción de costas personales de que se trata.

Llevada a cabo dicha audiencia, según aparece del acta de fs.90, el tribunal tuvo presente que la objeción de costas propuesta por el Ministerio Público sólo puede referirse a las que dicho organismo fue condenado, sin que pueda comprender aquellas a que lo fue el Fisco de Chile, representado por el Consejo de Defensa del Estado, toda vez que las actuaciones de este querellante se efectuaron de manera independiente al Ministerio Público, sin perjuicio que el Fisco no objetó tal regulación, por lo que debe entenderse que para él se encuentran aprobadas, conforme lo dispone el artículo 141 del Código de Procedimiento Civil. En definitiva, estimando el tribunal que los argumentos esgrimidos por el Ministerio Público son plausibles, en parte, se acoge la objeción sólo en cuanto se rebaja la

regulación de costas a que fue condenado, de \$15.000.000 a \$10.000.000.

A fs.92 don Guillermo Mauricio Richards Hormazábal, Fiscal Adjunto Jefe de Curicó, deduce recurso de apelación en contra de la citada resolución de 31 de marzo del año en curso, por estimar que la regulación de costas en ella contenida es manifiestamente excesiva y arbitraria, reproduciendo las argumentaciones dadas con ocasión de la objeción de costas, y solicitando que esta Corte enmiende la resolución apelada, rebajando las costas personales tasadas en la suma de \$25.000.000 en lo penal, a la suma única de \$1.632.488.

A fs. 122 se agrega copia autorizada de resolución recaída en los recursos de hecho Roles 217 y 258 interpuestos por la defensa del acusado Luis Cancino Paredes en contra de la resolución de 5 de abril, complementada por la de 21 del mismo mes, corrientes a fs. 101 y 111, respectivamente, en cuanto se concedió el recurso de apelación en referencia, habiéndose rechazado sendos recursos.

A su turno, a fs. 3 de los autos acumulados Rol Nº 151-2005, don José Isidoro Villalobos García-Huidobro, Abogado Procurador Fiscal de Talca, por el querellante Fisco de Chile interpone recurso de queja en contra de los jueces don Eric Sepúlveda Casanova, doña Jimena Orellana Fuenzalida y doña Graciela Carvajal Herrera, que integraron el día 11 de marzo del presente año la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó y, previa audiencia de ellos, solicita se ponga pronto remedio al mal que motiva la resolución dictada ese día, que reguló las costas personales, en lo penal, en la suma de \$25.000.000, debiendo soportar el Ministerio Público la suma de \$15.000.000, y el Fisco de Chile, representado por el Consejo de Defensa del Estado, la cantidad de \$10.000.000, más \$2.000.000 por la acción civil rechazada, resolviendo que se deben rebajar las costas personales reguladas a una suma razonable, teniendo como referente el arancel fijado para la Defensoría Penal Pública o Licitada, y aplicar a dichos jueces las medidas disciplinarias que correspondan.

Manifiesta, en síntesis, que la regulación efectuada constituye un abuso, pues la suma indicada no guarda relación con ningún parámetro o referente utilizado en la materia por otros tribunales de la República, resultando ser la resolución recurrida única a nivel nacional; que en el juicio criminal

en que fueron causadas las costas, se investigaron hechos que, si bien no se estimaron penalmente punibles, constituyeron faltas administrativas perpetradas por funcionarios públicos, que causaron perjuicio al erario fiscal, por lo que su conducta es constitutiva de un ilícito civil, por lo que el Consejo de Defensa del Estado tenía la obligación constitucional y legal de intervenir en la investigación y juicio oral que se siguió, no tratándose de la actuación de un litigante temerario; que la conducta abusiva del tribunal sienta un pésimo precedente en la materia e inhibe el accionar del Ministerio Público y del Consejo de Defensa del Estado en la investigación de los delitos que pueden comprometer intereses fiscales; que el tribunal no tuvo en cuenta que el Fisco de Chile presentó querrela y acusación particular por un solo delito de los cuatro que se investigaban; y que las costas personales reguladas en el caso del Fisco ascienden a cuatro veces la suma demandada cuando acusó particularmente.

A fs.9 se declaró admisible el presente recurso de queja, requiriéndose informe a los jueces recurridos, el que fue evacuado a fs. 14, 17 y 23 por don Eric Sepúlveda Casanova, doña Ximena Orellana Fuenzalida y doña Graciela Carvajal Herrera, respectivamente, quienes reiteran, en lo fundamental, los fundamentos expresados en la resolución de 11 de marzo del año en curso, corriente a fs. 70 de la causa, ya expuestos precedentemente.

Se procedió a la vista conjunta de ambos recursos acumulados, como también quedó dicho, según se ordenó en resolución de 18 de mayo último, corriente a fs. 60 en fotocopia en los autos ROL Nº 151-2005, quedando en acuerdo, y se fijó para la lectura del fallo acordado la audiencia del día de hoy, a las 13.15 horas.

CONSIDERANDO:

1º) Que según consta a fs.9 de los autos Rol Nº 152-2005 esta Corte, el uno de abril del presente año, declaró admisible el recurso de queja interpuesto por el Abogado Procurador Fiscal de Talca, don José Isidoro Villalobos García-Huidobro en contra de los jueces que integraron la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó el 11 de marzo último, don Eric Sepúlveda Casanova, doña Ximena Orellana Fuenzalida y doña Graciela Carvajal Herrera, y que dictaron la resolución que reguló las costas personales de la defensa privada

del acusado Luis Hernán Cancino Paredes, compuesta por los abogados Cristián Rillón Fontaine y don Raúl Leiva Lobos, acusado que fue absuelto de los cuatro delitos que se le sindicó en la acusación fiscal, actuando el Fisco de Chile, representado por el Consejo de Defensa del Estado, en calidad de querellante respecto del delito de fraude al Fisco, desestimándose también la demanda civil intentada por éste.

En virtud de las razones expresadas en la parte expositiva, que se dan por reproducidas en aras del principio de economía procesal, el recurrente solicita se tenga por interpuesto el recurso de queja en contra de los indicados jueces, solicitando que, previa audiencia de ellos, con su informe escrito, se ponga pronto remedio al mal producido, resolviendo que se deben rebajar las costas personales reguladas a una suma razonable, teniendo como referente el arancel fijado para la Defensoría Penal Pública o Licitada, aplicándoseles las medidas disciplinarias que correspondan.

2º) Que si bien es efectivo que, en la actualidad, no puede darse cumplimiento a la norma contenida en el artículo 139 inciso cuarto del Código de Procedimiento Civil, que manda que los honorarios de los abogados se regularán de acuerdo con el arancel fijado por el respectivo Colegio Provincial de Abogados y a falta de éste, por el Consejo General del Colegio de Abogados, pues el Decreto Ley Nº 3.621 derogó la facultad que tenían los colegios profesionales para dictar aranceles, quedando sin efecto los vigentes a esa fecha, y que de otro lado el arancel establecido para la Defensoría Penal Pública y Licitada no puede ser vinculante para los operadores del proceso penal, entre ellos, el órgano jurisdiccional, no es menos cierto que éste puede ser utilizado por los tribunales con competencia penal en la regulación de las costas personales, facultad que si bien reconoce su origen en la ley, debe ser ejercida con la prudencia y el sentido común que el ejercicio de la función jurisdiccional demandan.

En dicho contexto, esta Corte no aprecia motivo alguno comprobado en autos para discriminar entre la defensa particular del acusado de que se trata con la que pudo desplegar un defensor penal público o uno licitado, por lo que estima que a falta de un arancel emanado del colegio de la orden, como existía antaño, parece adecuado tomar como referencia el vigente para la defensoría penal

pública y licitada, a que se refieren las fotocopias agregadas desde fs. 78 a 80 de estos autos Rit 71-2004, de modo que acogerá el recurso de queja en estudio, pues considera que los jueces recurridos al regular las costas personales de la defensa privada del acusado Luis Cancino Paredes en la suma de \$10.000.000 en el aspecto penal, más \$2.000.000, en relación con la acción civil, todo ello respecto del Fisco de Chile, representado por el Consejo de Defensa del Estado, han incurrido en falta grave que es preciso corregir por esta vía disciplinaria, modificando dicha regulación en el sentido de fijarlas en la suma única de \$2.000.000, que corresponde a la defensa privada del acusado Cancino Paredes, cuya proporción se expresará en la parte resolutive de este fallo.

Para fijar un monto superior al señalado en el arancel de la Defensoría Penal Pública ha tenido en consideración que al momento de la determinación de las costas personales no puede dejar de tenerse en cuenta la regulación jurídica de derecho privado en que se sustenta la relación contractual entre mandante y mandatario, que se produce cuando una persona contrata los servicios de un profesional abogado para que asuma su defensa y representación en juicio, en que impera el principio de autonomía de la voluntad, que informa tal clase de relaciones jurídicas.

3º) Que en lo que respecta al recurso de apelación deducido por el Ministerio Público en contra de la resolución de 31 de marzo último, que se lee a fs.90 de esta causa, que redujo las costas personales que debe soportar, de \$15.000.000 a \$10.000.000, atento lo que ha quedado dicho en el motivo que antecede, debe ser acogido, pues tales costas corresponde regularlas en una suma única y total, que es la allí señalada, en la proporción que más adelante se determinará.

Por estos fundamentos y lo dispuesto en los artículos 545, 548 y 549 del Código Orgánico de Tribunales; 48, 49 y 52 del Código Procesal Penal; 138 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se declara:

I.- Que se acoge el recurso de queja interpuesto a fs. 3 de los acumulados autos Rol Nº 151-2005 por don José Isidoro Villalobos García-Huidobro, Abogado Procurador Fiscal de Talca, por el Fisco de Chile, en contra de los jueces de la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Pe-

nal de Curicó, don Eric Sepúlveda Casanova, doña Jimena Orellana Fuenzalida y doña Graciela Carvajal Herrera, sólo en cuanto se modifica la resolución de once de marzo del presente año, escrita a fojas 70 de estos autos Rit 71-2004, en la parte que regula las costas personales que debe soportar el Fisco de Chile, representado en la forma dicha, las que quedan fijadas en la suma única y total de \$2.000.000.

- II.- Que se confirma la resolución de treinta y uno de marzo, que se lee a fs. 90 de la causa, en cuanto regula en \$10.000.000 las costas personales que debe soportar el Ministerio Público, con declaración de que dichas costas que debe percibir la defensa privada del acusado Luis Cancino Paredes, quedan fijadas en la suma única y total de \$2.000.000, a las que deberá contribuir en la proporción que se establecerá en la decisión siguiente.
- III.- Que de la suma única y total de \$2.000.000 que por concepto de costas personales debe percibir la defensa privada del acusado Luis Cancino Paredes, el Ministerio Público deberá contribuir en un 80%, y el Fisco de Chile, representado por el Consejo de Defensa del Estado, con un 20%.

Acordada con el voto en contra del Ministro don Eduardo Meins Olivares, quien estuvo por declarar inadmisibles los recursos de queja en referencia, pues este sólo procede en contra de las sentencias definitivas y las interlocutorias que ponen término al juicio o hacen imposible su prosecución, carácter que no reviste la recurrida, que sólo regula costas personales.

En su concepto, no es óbice para hacer tal declaración, la resolución de uno de abril último, corriente a fs.9 de los acumulados autos Rol N° 151-2005, que declaró admisible el recurso de queja en examen, pues la admisibilidad a que se refiere dicha resolución sólo consideró, como claramente aparece de su tenor, lo prevenido en el artículo 548 del Código Orgánico de Tribunales, disposición legal que no contempla la exigencia del requisito en referencia, interpretación que es corroborada con lo preceptuado en el literal a) del artículo 549 del mismo cuerpo jurídico, que establece el estudio de admisibilidad de esta clase de recursos.

A mayor abundamiento, dicho recurso también resulta inadmisibles por cuanto la resolución que se pronuncia acerca de la regulación de las costas personales, es susceptible de recurrirse de apelación, al tenor de lo dispuesto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 52 del Código Procesal Penal, como lo dijo esta Corte al rechazar sendos recursos de hecho, a que se refiere la resolución que en fotocopia corre agregada a fs. 122 de esta causa Rit 71-2004, dictada el 5 de mayo último, esto es, con posterioridad a la declaración de admisibilidad precitada.

De otro lado, cabe tener presente que en la especie el Fisco de Chile no objetó la regulación de costas efectuada por el tribunal de Juicio Oral en lo Penal, como sí lo hizo el Ministerio Público por lo que, conforme lo señala el artículo 141 del Código de Enjuiciamiento Civil, a su respecto debe tenerse por aprobada y, en consecuencia, carece de legitimación activa para impugnar la resolución que las comprendió.

En consecuencia, estuvo por no entrar a revisar la regulación de costas personales que debe soportar el Fisco de Chile.

No se dispone lo establecido en el inciso final del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, ya que la resolución recurrida de queja no ha sido invalidada, sino sólo modificada.

Regístrese y, en su oportunidad, devuélvanse conjuntamente con sus agregados, previa agregación de copia autorizada de este fallo a los autos Rol N° 151-2005 del ingreso de esta Corte (acumulados).

Insértese en el acta respectiva.

Léase en la audiencia del día de hoy.

Redacción del Ministro Eduardo Meins Olivares

Rol N° 210-2005 (Acumulados Rol N° 151-2005) R.P.P.-

PRONUNCIADO POR EL PRESIDENTE DE LA SEGUNDA SALA MINISTRO SEÑOR EDUARDO MEINS OLIVARES, MINISTRO SEÑOR HERNÁN GONZÁLEZ GARCÍA Y ABOGADO INTEGRANTE SEÑOR RUBÉN SANHUEZA GÓMEZ.

CORTE SUPREMA

- Señala que al no ser una exigencia contemplada en el Código Procesal Penal que los testigos declaren durante la investigación, no se afectan ni las garantías constitucionales ni las facultades de la Defensa al admitirse como prueba su declaración.

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

La Defensa de los encausados recurrió de nulidad en contra de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que los condenó por el delito de homicidio, aduciendo, entre otras varias causales, que se habría vulnerado su derecho a la defensa al haberse admitido en juicio la prueba de testigos que no habían declarado durante la fase de investigación. La Corte Suprema estimó, en lo pertinente, que la circunstancia alegada no constituye infracción de las normas que regulan la prueba en el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, toda vez que no hay una normativa que exija que los testigos admisibles en juicio tengan que haber declarado en la fase de investigación ante el Ministerio Público.

Texto completo:

Santiago, catorce de abril de dos mil cinco.

VISTOS:

En esta causa, RUC 0300205439-5, RIT, N° 45-2004, seguida ante el Tribunal Oral en Lo Penal de Viña del Mar se dictó sentencia definitiva el 16 de diciembre de 2004, mediante la cual se condenó a Roberto Antonio Herrera Yáñez y Claudio Gabriel Alcaíno Morán a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo más accesorias, como autores del delito de homicidio en perjuicio de Juan José Reyes Flores, perpetrado en la Comuna de Loncura el 21 de diciembre de 2003.

Contra esta sentencia, la defensa de los condenados Claudio Alcaíno Morán y Roberto Herrera Yáñez interpusieron sendos recursos de nulidad. En el primero de los nombrados, que rola a fs. 23, la defensa de Alcaíno Morán invoca tres motivos de nulidad en forma conjunta: (a) el contemplado en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, porque tanto durante la tramitación del juicio como en el pronunciamiento de la sentencia se infringieron sustancialmente derechos o garantías aseguradas por la Carta Fundamental y los tratados internacionales vigentes ratificados por Chile, vulnerán-

dose el artículo 19 N° 1 y 7 letra f) de la Constitución Política de la República; el artículo 3, letras a) y g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989; los artículos 7 N° 4 y 8 N° 2 letras b), c) y g) y N° 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto San José de Costa Rica, publicada en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991; el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, publicada en el Diario Oficial de 26 de noviembre de 1988; el artículo 2 de la Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura, publicada en el Diario Oficial de 26 de noviembre de 1988; los artículos 97, 93 letra a) y 195 del Código Procesal Penal; (b) el contemplado en la letra c) del artículo 374 del Código Procesal Penal, pues se impidió al defensor ejercer las facultades que la ley le otorga, vulnerándose los artículos 19 N° 3 inciso 5° de la Carta Fundamental y los artículos 1° inciso 1°, 3, 77, 93 letra e), 180 inciso 2°, 181, 277 del Código Procesal Penal, y (c) el contemplado en la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, porque la sentencia, al no contener una explicación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos que se dieron por probados, no cumple con el requisito previsto en el artículo 342 letra

c) del Código Procesal Penal y, adicionalmente, porque la valoración de la prueba no cumple con el estándar contemplado en el artículo 297 del mismo código.

En el segundo de los recursos, que rola a fs. 41, la defensa de Roberto Herrera Yáñez invoca dos motivos de nulidad en forma conjunta, siendo sus argumentos sustancialmente similares a aquellos esgrimidos por la defensa del condenado Alcaíno Morán, referidos en los párrafos (a) y (b) anteriores.

Por resolución de fecha 18 de enero de 2005, escrita a fs. 69, este tribunal no admitió la prueba ofrecida por la defensa de Alcaíno Morán por las razones que en dicha resolución se señalan.

La causa se incluyó en el primer lugar de la tabla del día 28 de marzo del año en curso, llevándose a efecto la audiencia respectiva según consta del acta rolante a fojas 92 de estos antecedentes.

CONSIDERANDO:

1° Que, el primer motivo de nulidad invocado por la defensa del condenado Alcaíno se hace consistir en haberse omitido el registro de la citación a declarar de los acusados ante la Policía de Investigaciones el día 26 de febrero de 2004, haberse omitido la lectura de sus derechos desde el inicio de los respectivos interrogatorios, haberse ejercido apremios ilegítimos en su contra, consistentes en una permanencia de más de 8 horas en dependencias de la policía, tiempo durante el cual se los interrogó reiteradamente, se les prohibió comunicarse tanto entre ellos y el hermano de Herrera como con terceros y se los mantuvo mirando hacia un muro mientras no eran interrogados, y haber los policías guiado y ordenado las declaraciones de los hermanos Herrera Yáñez.

A los hechos precedentemente descritos, la defensa del condenado Roberto Herrera Yáñez añade la inexistencia de la advertencia de sus derechos el día 8 de marzo de 2004, ocasión en que tuvo lugar la reconstitución de escena; la no advertencia a Sergio Herrera de su derecho a no inculpar a su hermano Roberto; la no suspensión de la diligencia en curso cuando Sergio señaló que él también había participado en la muerte de Reyes, y la incorporación de tales dichos inculcatorios en el informe planimétrico, respecto del cual expuso el perito Núñez y fue incorporado como prueba material.

2° Que, el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal dispone que “procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: a) Cuando **en** la tramitación o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por tratados internacionales ratificados por Chile, que se encuentren vigentes”, norma de la que se infiere que el recurso de nulidad no puede prosperar cuando los vicios denunciados han tenido lugar antes de la apertura del juicio oral, como ocurre en este caso.

3° Que, sin perjuicio de lo expresado en el considerando precedente, no cabe duda de que, aunque no exista constancia alguna de la citación, ella existió y sus destinatarios la recibieron puesto que concurrieron a la Brigada de Homicidios de Valparaíso el día señalado. El artículo 23 del Código Procesal Penal establece que el fiscal puede citar a una persona por cualquier medio idóneo, siendo de su responsabilidad utilizar alguno cuya utilización pueda demostrar para los efectos de obtener la comparecencia compulsiva de quienes no quieran concurrir, situación que no es la ocurrida en este caso.

En cuanto a la advertencia de sus derechos, los acusados han señalado que ésta se realizó tardíamente, después de varias horas de entrevistas o interrogatorios ante la Policía, una vez que llegó el fiscal y éste los comenzó a interrogar. En sus alegaciones verbales el Ministerio Público ha explicado que ello se debió a que al comienzo de la diligencia se desconocían antecedentes que hicieran suponer que los interrogados tenían o podían tener la calidad de imputados y que, tan pronto como se produjo la atribución de participación con la declaración de Sergio Herrera Yáñez, se les hizo la advertencia correspondiente, alegación que aparece verosímil considerando que los tres citados concurrieron voluntariamente a declarar y que sólo dos de ellos tuvieron la calidad de imputados, calidad que adquirieron cuando ya se encontraban en la Brigada de Homicidios de Valparaíso, al dirigirse en su contra la persecución penal o la pretensión punitiva del Estado.

La reconstitución de escena tuvo lugar el 8 de marzo de 2004, varios días después de que se les había hecho advertencia de sus derechos a los imputados, razón por la cual la pretensión de la defensa del condenado Roberto Herrera Yáñez, en el

sentido de estimar carentes de validez sus dichos autoincriminatorios vertidos en la diligencia de reconstitución de escena, que son los que oyen los policías y repiten en el juicio oral, porque no se le había hecho advertencia de sus derechos, carece de todo asidero legal ya que no existe norma alguna que imponga la obligación de hacer advertencia de los derechos de los imputados cada vez que se da inicio a alguna diligencia de la investigación. Los dichos autoincriminatorios de Roberto Herrera Yáñez, pronunciados durante la reconstitución de escena, fueron expresados en forma libre, sin que exista prueba de que se haya ejercido en su contra intimidación, coerción o engaño.

Tampoco existe norma legal que imponga la obligación de advertir a un hermano de un imputado su derecho a no incriminarlo, por ende, la supuesta omisión de advertir a Sergio Herrera Yáñez de su derecho a no incriminar a su hermano Roberto en la diligencia de reconstitución de escena, tampoco constituye una violación de algún derecho de los imputados y condenados en esta causa.

Los apremios ilegítimos denunciados, (prohibición de retirarse de las dependencias de la Policía, obligación de mirar a la muralla y presión para confesar el hecho) deben también ser desestimados, por no existir prueba alguna de su ocurrencia, debiendo tenerse presente, en todo caso, que no cualquier incomodidad o extensión del tiempo que una persona citada por la Policía a declarar deba esperar para que se le tome su declaración constituye una infracción a lo previsto en el artículo 195 del Código Procesal Penal, ni menos que tales incomodidades o molestias constituyan una infracción sustancial a los derechos que la Constitución le garantiza.

4° Que, las razones precedentemente expuestas son suficientes para desestimar el motivo de nulidad contemplado en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, invocado por los condenados en sus recursos de fs. 23 y 41, respectivamente.

5° Que, el segundo motivo de nulidad invocado por las defensas de ambos condenados consiste en haberseles impedido el ejercicio de las facultades que la ley les otorga, hecho que habría ocurrido al permitir el testimonio de los funcionarios que tomaron parte en la diligencia de reconstitución de escena, ocasión en la que escucharon los dichos

autoincriminatorios de Roberto Herrera Yáñez y aquellos cargos en su contra de su hermano Sergio Herrera Yáñez, que sirvió de base a los sentenciadores para lograr la convicción necesaria para fundar la condena, todo ello sin que los referidos funcionarios prestaran declaración previa al juicio oral ante la fiscalía.

Lo que en definitiva reprochan los defensores de los condenados es que quienes testimoniaron en el juicio oral respecto de lo oído por ellos en la reconstitución de escena, no lo hayan declarado previamente ante el fiscal, dejando éste registro de la diligencia, omisión que, en su concepto, les habría impedido conocer el alcance real de la investigación, confrontar sus declaraciones en el juicio con aquellas previas a éste y preparar un adecuado contrainterrogatorio de los testigos.

Sostienen que han sido condenados en un juicio que no tiene las características descritas y garantizadas por el artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Carta Fundamental, porque no se ha realizado conforme a las normas procesales establecidas por el Código Procesal Penal, vulnerándose el artículo 77, toda vez que el fiscal no habría practicado el interrogatorio previo de los funcionarios y policías que depusieron sobre lo que oyeron, pretensión que debe ser desechada porque ni en ese artículo ni en ningún otro se contempla el requisito de interrogación previa al juicio oral de los testigos que presente la parte acusadora.

El artículo 259 letra f) del Código Procesal Penal, que regula la proposición de prueba de la parte acusadora, dispone que en el escrito de acusación debe señalarse los medios de prueba de que el ministerio público pensare valerse en el juicio y, si el fiscal ofreciere prueba de testigos, deberá presentar una lista individualizándolos en la forma prevista en el inciso 2° del artículo 259, señalando, además, los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones, sin incluir referencia alguna a la supuesta obligación de tomar declaración previa.

6° Que, los artículos 93 letra e), 180, 181 y 227 del Código Procesal Penal, normas legales que los defensores de los condenados estiman infringidas, tampoco lo han sido. En efecto, no hay constancia de que a los condenados se les haya negado solicitud alguna de activar la investigación ni acceso a su contenido, hipótesis contempladas en la primera de las normas legales mencionadas. Tampoco

co existen antecedentes en autos para suponer que la omisión de interrogar como testigos a los funcionarios que participaron en la reconstitución de escena, durante la etapa de investigación, sea una diligencia pertinente y útil para el esclarecimiento y averiguación del hecho punible, sus circunstancias relevantes para la aplicación de la ley penal, de los partícipes del hecho y de las circunstancias que sirvieron para verificar su responsabilidad en el mismo, hipótesis contemplada en el artículo 180. Son, por lo demás, los mismos defensores de los condenados quienes expresan que la razón del reproche al proceder del Ministerio Público es haberse encontrado en desigualdad de armas durante el juicio oral, pero no haberse impedido los fines de la investigación referidos en el aludido artículo 180. Cabe hacer presente que el testimonio de los funcionarios que se ha pretendido impugnar no es prueba nueva, en los términos del artículo 336 del Código del ramo, sino que ella fue propuesta de acuerdo a lo previsto en el artículo 259 del Código Procesal Penal.

Finalmente, la conducta que se le reprocha al Ministerio Público tampoco infringe lo dispuesto en el artículo 181 del Código Procesal Penal, norma que en parte alguna impone al fiscal el interrogatorio previo de los testigos, ni el artículo 227 del Código del ramo, que establece la obligación del Ministerio Público de registrar las actuaciones que realice y dar acceso de ellas a quienes de acuerdo a la ley tengan derecho a exigirlo, entre los que se encuentran los imputados. En el caso que nos ocupa, el Ministerio Público no tomó declaración previa a los referidos funcionarios, por tanto, nada se registró en este sentido.

7° Que, las consideraciones anteriores son suficientes para concluir que no se le ha impedido a los defensores de los condenados el ejercicio de las facultades de alegar y probar que la ley les otorga, razón por la cual el recurso de nulidad por ellos intentado, por el motivo contemplado en la letra c) del artículo 374 del Código Procesal Penal será desestimado.

8° Que, el defensor del condenado Alcaíno Morán ha invocado, además, el motivo absoluto de nulidad contemplado en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en la sentencia se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342 letras c), d) o e).

En su concepto, la sentencia impugnada no cumple con el requisito establecido en la letra c) del artículo 342 del Código Procesal Penal, porque no contiene una exposición clara, lógica y completa de los hechos básicos del delito por el cual se condena y de la valorización de los medios de prueba que fundamentan dichas conclusiones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 297 del Código del ramo. En efecto, señala la defensa del recurrente, en el considerando octavo de la sentencia se tiene por establecido que al momento de la agresión la víctima se encontraba en su cama, pero la sentencia no contiene consideración alguna que explique por qué los funcionarios de la policía, cuyos testimonios son analizados en el considerando noveno del fallo, encontraron a la víctima en el suelo. Tampoco existe en la sentencia impugnada una explicación clara, lógica y completa de cómo se produce la muerte de la víctima y de si ésta fue provocada por la acción de ambos condenados en forma independiente o conjunta, incumplándose así el requisito contemplado en la letra d) del artículo 342 del Código Procesal Penal, que requiere incluir las razones legales o doctrinales que sirvieron para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo.

9° Que, contra a lo que sostiene la defensa del condenado Alcaíno Morán, los sentenciadores valoraron y ponderaron toda la prueba rendida y luego establecieron los hechos básicos del delito de homicidio por el que se lo condenó. En el considerando octavo se determinó que la víctima murió de un traumatismo craneoencefálico complicado, producido por varios golpes que le propinaron Claudio Alcaíno Morán y luego Roberto Herrera Yáñez, dirigidos a la cabeza y la cara. El hecho ocurrió en horas de la madrugada del 21 de diciembre de 2003, luego de una discusión entre la víctima y los condenados, quienes habían consumido licor.

Efectivamente, la sentencia determina que la víctima estaba en su cama cuando Claudio Alcaíno Morán "arremetió" en su contra (considerando octavo), los policías que llegaron al sitio del suceso (a cuyos testimonios se refiere el considerando noveno) señalan haber encontrado el cadáver de la víctima en el suelo, y no existe en la sentencia una explicación de cómo o cuándo se produjo este cambio, sin embargo, la falta de semejante explicación (que probablemente se deba al consumo de alcohol

de la víctima y de los condenados) no acarrea la nulidad de la sentencia, porque el elemento omitido no es esencial para la determinación del hecho punible.

En cuanto a la participación, en el mismo considerando octavo la sentencia determina que la víctima recibió golpes de ambos condenados y que los golpes le ocasionaron "traumatismo craneo encefálico complicado", las que le provocaron la muerte. En el considerando décimo cuarto, los sentenciadores expresan que ha correspondido a Roberto Herrera Yáñez y a Claudio Alcaíno Morán participación en calidad de autores, de conformidad con el artículo 15 N° 1 del Código Penal, toda vez que han intervenido en la ejecución de manera inmediata y directa ..., lo que, en concepto de esta Corte es suficiente para estimar que la sentencia impugnada no es nula por falta del requisito contemplado en la letra e) del artículo 342 del Código Procesal Penal.

Por estas consideraciones, y visto además lo dispuesto en el artículo 384 del Código Procesal Penal, se resuelve que **se rechazan** los recursos de invalidación interpuestos por los condenados Claudio Alcaíno Morán y Roberto Herrera Yáñez, a fs. 23 y fs. 41 de estos antecedentes, respectivamente, en contra de la sentencia de fecha 16 de diciembre de 2004, escrita a fojas 1 y siguientes, la cual, por consiguiente, no es nula.

Regístrese y devuélvase.

Redacción de la abogada integrante Sra. Luz María Jordán Astaburuaga.

Rol N°3-05.

PRONUNCIADO POR LA SEGUNDA SALA INTEGRADA POR LOS MINISTROS SRES. ENRIQUE CURY U., MILTON JUICA A., NIBALDO SEGURA P., JAIME RODRÍGUEZ E. Y LA ABOGADO INTEGRANTE SRA. LUZ MARÍA JORDÁN A.

- **Declara que el Ministerio Público puede invocar en su favor la garantía del debido proceso, que en la especie le fue conculcada por no admitirse en juicio la declaración de testigos que no habían declarado durante la investigación, circunstancia que no fue alegada oportunamente por la Defensa.**

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

El Ministerio Público recurrió de nulidad la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que absolvió a los acusados por el delito de hurto simple, aduciendo que se habrían vulnerado las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y debido proceso, al no admitirse en juicio la declaración de testigos que no habían declarado durante la fase de investigación. La Corte Suprema acogió el recurso declarando, en lo sustancial, que la naturaleza adversarial del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal implica que debe ser considerado parte del proceso penal a todo aquel que litigue frente a otro con posiciones procesales propias y opuestas a otros intervinientes, lo cual genera un marco igualitario de deberes y derechos para los litigantes y que, en este entendido, el Ministerio Público está perfectamente legitimado por la ley para invocar la garantía del debido proceso en su favor. Agregó, en relación con la irregularidad relativa a la prueba, que el momento en que deben ofrecerse las pruebas o alegarse las nulidades producto de irregularidades es ante el Juez de Garantía, y precedentemente a que dicte el auto de apertura del juicio oral, por lo que toda petición en contrario deber ser declarada extemporánea del proceso criminal.

Texto completo:

Santiago, veintiocho de junio de dos mil cinco.

VISTOS:

En estos autos rol único 0400069929-8 e interno del tribunal 101-2004 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, se registró la sentencia definitiva dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Concepción el cuatro de enero de dos mil cinco, por la cual se absolvió a los imputados José Luis León Calvo y Samuel Nicolás Gutiérrez Rodríguez de la acusación librada en su contra por el delito de hurto simple, previsto en el artículo 432 y sancionado en el artículo 446, N° 2°, ambos del Código Penal, relativo a hechos ocurridos en el kilómetro setenta y cuatro y medio de la ruta del Itata en el mes de febrero de dos mil cuatro; condenando en costas al Ministerio Público.

En contra de dicho veredicto la parte acusadora dedujo recurso de nulidad, solicitando se declare la invalidación del juicio oral y la sentencia porque, en su opinión, se habría infringido la garantía constitucional del debido proceso, sustentando

el libelo en la causal establecida en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal.

Este tribunal, estimando admisible el recurso, ordenó pasar los antecedentes al señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la vista de la nulidad impetrada, según aparece de fojas 33 de estos antecedentes.

La audiencia pública se verificó el ocho de junio último, con la concurrencia y alegatos del abogado Sabas Chahuán Sarrás, en representación del Ministerio Público, por el recurso, y del abogado Cristián Arias Vicencio, defensor de los enjuiciados, y luego de la vista del recurso se citó para la lectura del fallo para el día de hoy, según el acta que obra a fojas 52.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la causal de nulidad que aduce el recurrente es la contenida en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, atribuyéndole a la sentencia impugnada quebrantamiento sustancial de derechos o garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y en actual vigor, toda vez que

dice conculcado el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y al debido proceso, que el artículo 19, N° 3°, incisos primero y quinto, de la Constitución Política de la República, garantiza a todas las personas al decir: “La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos” y que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previamente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”. Asimismo estima violentados los artículos 159, 277 letra e), 292, inciso primero y 307, todos del ordenamiento procesal penal.

SEGUNDO: Que el recurso denuncia no haberse respetado en el transcurso de la litis la igualdad ante la ley, en especial las normas del debido proceso, por cuanto el Tribunal Oral en lo Penal de Concepción le impidió rendir una prueba de cargo por la cual instó legal y oportunamente mediante el cumplimiento de todas las cargas procesales que la ley le impone para hacer valer dicho elemento de convicción, privándole así de una pieza fundamental para sostener su acusación.

Refiere que en el transcurso del juicio y previo a la declaración de su testigo Moeller Aguilera, la defensa de los encausados promovió incidente de exclusión de prueba, por cuanto alega desconocido su derecho a un debido proceso si se permitía deponer a una persona que no prestó declaración previa ante el Ministerio Público, asilándose en los artículos 181 y 332 del Código persecutorio penal, objeción acogida por mayoría por el indicado tribunal, excluyendo al señalado testigo como prueba de la Fiscalía.

Explica el perjuicio puesto que los sentenciadores estimaron que no se acreditó, más allá de toda duda razonable, la comisión del hecho punible objeto de la acusación, consignando en el basamento octavo de la sentencia reclamada que “algunos indicios invocados por el acusador no se fundan en hechos reales y probados -por ejemplo, la cantidad de cosas apropiadas, que éstos se trataran de pandeteras antirruidos y el lugar de donde fueron tomadas-...” dudas, que en su concepto, habrían sido disipadas con los dichos del testigo apartado quien, precisamente, depondría “sobre la preexistencia y dominio de las especies sustraídas, sus característica y valor, sector de donde fueron apropiados”,

conforme lo anota el auto de apertura del juicio oral, acompañado por el Ministerio Público en la audiencia y no rechazado por la defensa de los agentes.

En definitiva, arguye que al excluirse una prueba fundamental para acreditar su acusación, como lo es el testimonio de la víctima del delito, fue privado del derecho al debido proceso que asiste a todos los intervinientes del juicio penal, incluido el Ministerio Público, al no permitírsele rendir toda la prueba ofrecida, con lo que además se afectó la igualdad entre las partes en la producción de la prueba, lo que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, conduciendo a la absolución de los encartados, motivo por el cual, solicita la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia recurrida.

TERCERO: Que antes de analizar el arbitrio de nulidad presentado, esta Corte estima necesario pronunciarse sobre algunas alegaciones expuestas por la defensa de los hechos durante el curso de la vista del recurso, a saber, la carencia de legitimación activa del Ministerio Público para impetrar esta invalidación apoyada en la causal del artículo 373, letra a), del ordenamiento procesal punitivo, en función de la contravención de la garantía consagrada en el artículo 19, N° 3°, del Código Político; y la falta de preparación del presente recurso, de conformidad con el artículo 377 de la recopilación referida.

CUARTO: Que en lo que guarda relación con el primero de esos aspectos, como ya lo ha señalado este Tribunal, el Ministerio Público es un organismo autónomo de la mayor relevancia dentro de la etapa de investigación del proceso penal, pues detenta en forma exclusiva y excluyente la averiguación de la existencia real de un presupuesto de reacción penal. Pero al transitar a la etapa intermedia y posteriormente en el juicio oral, este órgano privilegiado, deviene en una parte más en el proceso penal, cumpliendo una función distinta a la del juez, verdadero administrador de justicia, constituyéndose este último como justo árbitro de la contienda, y el otro como parte, caso en el cual podemos observar al Estado cumpliendo correctamente con sus dos roles específicos, pero esencialmente distintos: el de administrador de justicia y el de perseguir por los delitos.

El surgimiento del problema sobre la titularidad del aludido ente público, se explica a la existencia de ciertos resabios del anterior sistema vi-

gente en nuestro país por más de cien años, donde el acusador público no es un árbitro neutral, sino sujeto activo de la incriminación y decidor a la vez, no teniendo sentido hablar de partes adversas ni de contradictoriedad.

Empero nuestro actual sistema consagra un régimen que la doctrina especializada ha llamado “adversarial”, en donde los rasgos acusatorios tienen un peso definitivo y se entiende que es parte todo aquel que litigue frente a otro con posiciones procesales propias y opuestas a otros intervinientes. Generándose un marco igualitario de deberes y derechos para los litigantes del proceso criminal, de lo que dan cuenta numerosas disposiciones de nuestro nuevo sistema de juzgamiento penal, como por ejemplo, los artículos 260, 266, 269 284, 286. Por lo que es inconcuso afirmar que el Ministerio Público y, específicamente sus fiscales, se encuentran en un plano de igualdad procesal frente a la persona del defensor.

QUINTO: Que, si bien es cierto que el derecho a un debido proceso nace y evoluciona con el objeto de proteger al perseguido frente al poder de persecución punitiva del Estado, es preciso distinguir entre la garantía referente a las características del proceso de persecución y, por otra parte, la garantía al respeto de dicho proceso, que se refiere a la legalidad de los actos del procedimiento. Distinción que aparece claramente en la norma constitucional mencionada, que consagra como deber del legislador establecer las garantías de un procedimiento racional y justo, y declara que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”.

La legalidad de los actos del procedimiento es un principio consustancial al Estado de Derecho que rige no sólo aquello que pueda afectar particularmente al imputado, sino a cualquiera que intervenga en dicho procedimiento, pues es una condición general de legitimidad de la actuación de cualquier órgano del Estado y, por cierto, también de los que intervienen en el proceso punitivo.

Una interpretación teleológica del principio consagrado en nuestra Carta Fundamental en estudio, permite concluir que si bien la legalidad es una exigencia que se interpone como una barrera a la pretensión punitiva del Estado, ocurre que al asumir éste la condición de una parte litigante privada de prerrogativas y sometida a las reglas del juicio y

al dictamen de los jueces, tal como el propio acusado, necesariamente ha de reconocérsele como contrapartida institucional el derecho a que le sean respetadas las posibilidades de actuación que dichas reglas le reconocen y a que, en caso de transgresión sustancial de las mismas, pueda hacer uso de los mecanismos correctivos que el mismo sistema establece.

SEXTO: Que consecuentemente con lo relacionado en los basamentos precedentes, el Ministerio Público está perfectamente legitimado por la ley para invocar la garantía del debido proceso en su favor.

SÉPTIMO: Que en lo que atañe a la preparación del recurso, aun cuando el inciso primero del artículo 377 de la recopilación procesal penal estatuye que “Si la infracción invocada como motivo del recurso se refiere a una ley que regulara el procedimiento, el recurso sólo será admisible cuando quien lo entablare hubiere reclamado oportunamente del vicio o defecto, por lo que se exige el reclamo oportuno e idóneo del vicio constitutivo de violación de ley de procedimiento invocado como fundamento de la impugnación por algunos de los medios establecidos por la ley al efecto, so pena de preclusión. El recurso de marras no tiene que ser preparado, ya que el vicio reclamado es la exclusión de un testigo de cargo durante el juicio oral, por resolución del tribunal colegiado que conoció de él, recaída en un incidente promovido por la defensa, veredicto respecto del cual no cabe recurso alguno por expresa disposición del artículo 290 de la ley procesal penal, por lo que estamos en presencia de una de aquellas situaciones de excepción prevista en el inciso segundo del artículo 377 del señalado Código, esto es, “No será necesaria la reclamación del inciso anterior cuando... la ley no admitiere recurso alguno contra la resolución que contuviere el vicio o defecto...”

Sin perjuicio de lo anterior, es dable indicar que la posible necesidad de solicitud de nulidad de acuerdo con los artículos 159 y siguientes del Código de enjuiciamiento criminal, insinuado por la defensa en la audiencia, no constituye un medio procedente para reclamar esta vulneración, ya que no es admisible, al ser intentado en contra de una resolución judicial, por lo que su posible interposición no sirve para tener por preparado el recurso, al no reunir los requisitos exigidos en el inciso primero del artículo 377 referido.

OCTAVO: Que, por último, analizando la irregularidad denunciada, consistente en la eliminación de un testigo de cargo por parte del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Concepción, desde luego es necesario recordar que con arreglo al nuevo ordenamiento adjetivo penal, el momento procesal idóneo para pronunciarse acerca de la legalidad de las pruebas aportadas por los intervinientes es la audiencia de preparación del juicio oral, y el único tribunal competente para emitir un pronunciamiento de esa clase es el juez de garantía, a quien el inciso tercero del artículo 276 del ramo faculta para excluir en dicha oportunidad “las pruebas que proviniere de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”. Una vez aceptada una determinada prueba por parte del juez de garantía, el tribunal del juicio oral no podrá anularla.

Al actuar de ese modo el Tribunal colegiado prescindió de la igualdad de partes, impidiendo hacer uso a una de ellas de un medio de prueba legalmente introducido en el Juicio Oral.

NOVENO: Que constituye un derecho asegurado por la Constitución Política de la República, el que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y la misma Carta Fundamental en el precepto del artículo 19, N° 3° inciso quinto, le confiere al legislador la misión de establecer siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. En torno a los aspectos que contempla el derecho del debido proceso, no hay discrepancias en aceptar que a lo menos lo constituyen el derecho de ser oído, de presentar pruebas para demostrar las pretensiones de los intervinientes y de recurrir contra toda sentencia que estime agravante a sus derechos. De este modo, el derecho de probar los aspectos de hecho de las cuestiones en discusión es consustancial a la racionalidad y justicia de todo procedimiento y, por consiguiente, nadie puede arbitraria o ilegalmente, privar a uno de los litigantes de la facultad de presentar y obtener la posibilidad de comprobar sus pretensiones. En el proceso penal resulta evidente el derecho a la prueba que le asiste a toda parte en esa controversia, a menos que se declare su impertinencia por causa legal, pero respecto de determinadas probanzas solicitadas expresamente. El Código Procesal Penal con-

templa, en los artículos 295 y 296, el principio de que todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley y permite que la prueba que hubiere de servir de base a la sentencia se rinda durante la audiencia del juicio oral.

Lo anterior se corrobora por la normativa de nuestro ordenamiento procesal penal para las pruebas que pueden rendirse en el juicio oral. En efecto, el artículo 277 prescribe que el juez de garantía debe dictar el auto de apertura del juicio oral que, entre otras indicaciones debe contener la de las pruebas que deben rendirse en él, por lo que el momento en que deben ofrecerse las pruebas o alegarse las nulidades producto de irregularidades es ante el juez de garantía y precedentemente a que dicte el auto de apertura del juicio oral. Toda petición en contrario deber ser declarada extemporánea.

DÉCIMO: Que el respeto a los derechos fundamentales y a la legitimidad del procedimiento vertebró el proceso entero, tal como lo pone de manifiesto la propia existencia del recurso de nulidad y la extensión de sus causales. El cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos fundamentales no forman parte de aquello que los jueces están llamados a apreciar libremente, sino que configuran condiciones de legitimidad para la emisión de cualquier pronunciamiento sobre el caso sometido a su consideración

UNDÉCIMO: Que al acusador no se le permitió rendir prueba ofrecida legal y oportunamente en la etapa de preparación del juicio oral, con infracción sustancial, de un derecho garantizado por la Constitución Política y, en consecuencia, la sentencia que se impugna aparece desprovista de la racionalidad y justicia que la legitime.

DUODÉCIMO: Que por lo expuesto aparece de manifiesto la necesidad de anular el juicio oral y la sentencia absolutoria, acogiéndose así la pretensión que, en este sentido ha formulado la parte recurrente.

Por estas consideraciones y visto, lo dispuesto en los artículos 19, N° 3°, incisos primero y quinto, de la Constitución Política de la República y 276, 295, 296, 373, letra a), 377, 384 y 386 del Código Procesal Penal, SE ACOGE el recurso de nuli-

dad interpuesto por el Ministerio Público en contra de la sentencia de cuatro de enero de dos mil cuatro, escrita de fojas 1 a 9 de este cuaderno, por el Tribunal Oral en lo Penal de Concepción y se declara que se invalida dicha resolución y además se anula el juicio oral, debiendo retrotraerse el asunto a la etapa de su inicio en la forma que prevé el artículo 281 del Código Procesal penal, debiendo fijarse nueva fecha para la audiencia respectiva, disponiéndose la citación judicial de los testigos y peritos presentados por las partes y que se indican en el auto de apertura respectivo, a fin que dicho juicio se desarrolle ante el tribunal no inhabilitado que corresponda.

Acordado con el voto en contra de los Ministros señores Chaigneau y Cury, quienes estuvieron por rechazar el recurso de nulidad en atención a que, en su opinión, las infracciones al debido proceso

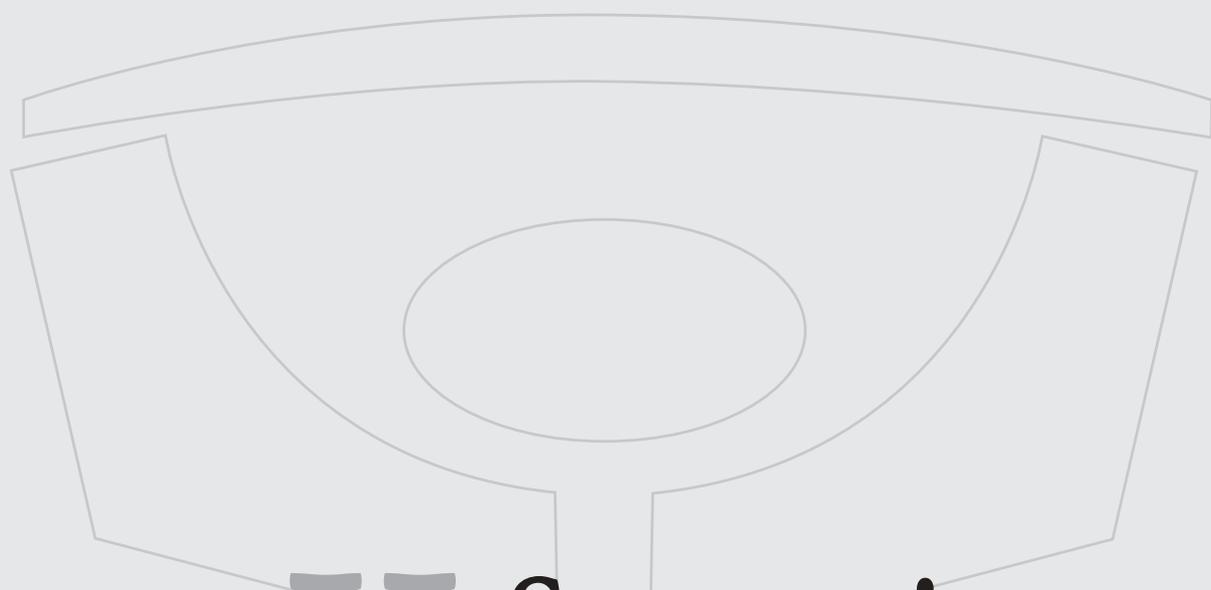
como causales de nulidad se encuentran establecidas sólo en beneficio del imputado, a fin de protegerlo de posibles abusos por parte de poder punitivo estatal, motivo por el cual no puede ser alegada por el Ministerio Público.

Regístrese y devuélvase, conjuntamente con el respectivo registro de audio.

Redactó el Ministro Sr. Rodríguez Espoz.

Rol N° 437-05.

PRONUNCIADO POR LA SEGUNDA SALA INTEGRADA POR LOS MINISTROS SRES. ALBERTO CHAIGNEAU DEL C., ENRIQUE CURY U., NIBALDO SEGURA P., JAIME RODRÍGUEZ E. Y EL ABOGADO INTEGRANTE SR. EMILIO PFEFFER P. NO FIRMA EL MINISTRO SR. CHAIGNEAU, NO OBSTANTE HABER ESTADO EN LA VISTA DE LA CAUSA Y ACUERDO DEL FALLO, POR ESTAR AUSENTE.



II Sentencias Comentadas

CONDENA EN COSTAS. PROCEDIMIENTO PARA OBJETAR Y ARANCEL REFERENCIAL

CARLOS OLIVOS MUÑOZ

Abogado Asesor

Fiscalía Regional VII Región del Maule

• **Sentencia:**

Talca, cinco de mayo de dos mil cinco.

VISTO:

A fs.2 de estos autos Rol 217 y 258, el abogado don Raúl Ignacio Leiva Lobos, abogado, con domicilio en calle Uno Norte N° 931, oficina 701, de esta ciudad, por su representado Luis Cancino Paredes, en autos Ruc N°0300091075-8 Rit N°71-2004, deduce sendos recursos de hecho en contra de la resolución de cinco de abril último dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, en cuanto concedió el recuso de apelación intentado por el Ministerio Público en contra de la resolución de 31 de marzo del año en curso, que en audiencia se pronunció acerca de la solicitud de objeción de costas personales planteada por dicho órgano persecutor, recurso que fue concedido mediante resolución de cinco de abril último, complementada por la de 21 de dicho mes y año.

Señala que dicho recurso de apelación es improcedente, por cuanto el artículo 364 del Código Procesal Penal establece que son inapelables las resoluciones dictadas por un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, sin haber distinguido alguno.

Añade que el artículo 370 del mismo cuerpo jurídico contempla los casos de procedencia del recurso de apelación, de carácter excepcional, circunscribiéndolo a las resoluciones que indica pronunciadas por el Juez de Garantía, cuyo no es el de autos; que, asimismo, el recurso de apelación de que se trata se dedujo en contra de lo resuelto en una audiencia de objeción de costas personales celebrada el 31 de marzo del presente, la que era improcedente, pues ellas ya habían sido reguladas en la audiencia de 11 del mismo mes y año, a la que concurrieron todos los intervinientes del proceso, regulándose su monto después de un arduo debate, por

lo que es impertinente e improcedente el argumento de la objeción de costas que luego adujo el Ministerio Público, pues constituye una forma velada de reponer una resolución que fue precedida de debate, contraviéndose lo previsto en el artículo 363 del Código Procesal del Ramo.

Por último, tampoco se trata del cumplimiento de una decisión civil, que sería la hipótesis que plantea al recurrente para justificar la procedencia del recurso de apelación en cuestión, amparándose en el artículo 472 del mismo código, pues en la causa no se ha dado inicio a cumplimiento alguno, materia que por lo demás es de competencia del Juzgado de Garantía.

Concluye solicitando se acojan los recursos de hecho mencionados y se revoque la resolución recurrida y, en su lugar, se resuelve que dicho recurso de apelación es improcedente u otra resolución similar en igual sentido, con costas.

Se decretó dar cuenta en esta Segunda Sala.

CONSIDERANDO:

1º) Que el pronunciamiento acerca de las costas que contiene una sentencia definitiva, no obstante hallarse inserto en ella, no forma parte de la misma, pues no participa de su naturaleza jurídica, esto es, no pone fin a la instancia, resolviendo el conflicto de interés de relevancia jurídica respectivo.

2º) Que, entonces, al no formar parte de dicho pronunciamiento de la sentencia definitiva de carácter penal, forzoso es concluir que constituye una sentencia interlocutoria de primer grado, pues falla un incidente, como es el que se forma con la objeción de las costas, estableciendo derechos permanentes a favor de las partes, y como tal, su impugnación se entiende regulada, en lo pertinente, por las disposiciones comunes

a todo procedimiento contenidas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil.

- 3º) Que así las cosas, la resolución judicial que se pronuncia sobre la objeción de costas, atento lo precedentemente dicho, no está sujeta a la restricción contenida en el artículo 364 del Código Procesal Penal, por lo que los recursos de hecho en referencia deben ser desestimados, al haberse actuado conforme a derecho al concederse el recurso de apelación deducido a fs 92 en contra de la resolución de fecha treinta y uno de marzo del presente año, que se lee a fs 90 de los autos Ruc N°0300091075-8, Rit N°71-2004.

Por estos fundamentos y lo dispuesto en los artículos 52 y 369 del Código Procesal Penal; 158 y 187 del de Procedimiento Civil, se rechazan los recursos de hecho deducidos en lo principal de los escritos de fs 2 de estos autos Rol N°217 y Rol N°258. Agréguese fotocopia autorizada de este fallo a la aludida causa Rol N°258.

Regístrese y archívense.

Redacción del Ministerio don Eduardo Meins Olivares

Rol N° 217 y 258-2005.

• **Comentario:**

- I.- El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, dictando sentencia definitiva absolutoria en causa RUC N°0300091075-8, condenó en costas al Ministerio Público y al Consejo de Defensa del Estado y por una resolución sin precedentes, de 11 de marzo de 2005, reguló las costas personales a favor de la defensa privada del imputado, en lo penal la suma de \$25.000.000, debiendo soportar el Ministerio Público la suma de \$15.000.000 y el Fisco de Chile representado por el Consejo de Defensa del Estado la suma de \$10.000.000. Y en lo civil, la suma de \$2.000.000 que deberá pagar el Fisco de Chile representado por el Consejo de Defensa del Estado.

Con algunas voces disidentes, e inclusive con opinión contraria del Consejo de Defensa del Estado que sólo recurrió de queja ante la Corte de Talca, el Ministerio Público objetó la regulación de costas en base a las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil, artículos 138 a 147, siendo procedente, en nuestro concepto, el recurso de apelación respecto de la resolución que resuelve el incidente, no siendo aplicable en esta cuestión el artículo 364 del Código Procesal Penal que establece que serán inapelables las resoluciones dictadas por un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.

Estimamos que tienen plena aplicación las normas comunes a todo procedimiento contenidas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil, en virtud de lo que dispone el artículo 52 del Código Procesal Penal, y teniendo, además, en consideración que la inapelabilidad está restringida a los asuntos penales y no a las cuestiones meramente civiles, como lo es la regulación de costas. Se debe tener presente que la regulación de costas es una medida de carácter económico que no forma parte del asunto controvertido. También apoya esta conclusión el artículo 472 del Código Procesal Penal que establece que, en el cumplimiento de la decisión civil de la sentencia, rigen las disposiciones sobre ejecución de las resoluciones judiciales que establece el Código de Procedimiento Civil, siendo la resolución condenatoria en costas y la sentencia interlocutoria que resuelve la impugnación (objeción) a la fijación de costas una cuestión netamente civil y no penal.

- II.- Apelada la sentencia interlocutoria que resuelve el incidente de objeción de costas reguladas, la defensa interpuso recurso de hecho haciendo valer los argumentos contrarios y especialmente el carácter inapelable de las resoluciones de un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.

Con fecha 05 de mayo de 2005 la Corte de Apelaciones se pronuncia rechazando los recursos de hecho, aceptando los argumentos del Ministerio Público como los correctos, en los siguientes considerandos:

“1º) Que el pronunciamiento acerca de las costas que contiene una sentencia definitiva, no obstante hallarse inserto en ella, no forma parte de la misma, pues no participa de su naturaleza jurídica, esto es, no pone fin a la instancia, resolviendo el conflicto de interés de relevancia jurídica respectivo.

2º) Que, entonces, al no formar parte de dicho pronunciamiento de la sentencia definitiva de carácter penal, forzoso es concluir que constituye una sentencia interlocutoria de primer grado, pues falla un incidente, como es el que se forma con la objeción de las costas, estableciendo derechos permanentes a favor de las partes, y como tal, su impugnación se entiende regulada, en lo pertinente, por las disposiciones comunes a todo procedimiento contenidas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil.

3º) Que así las cosas, la resolución judicial que se pronuncia sobre la objeción de costas, atento lo precedentemente dicho, no está sujeta a la restricción contenida en el artículo 364 del Código Procesal Penal, por lo que los recursos de hecho en referencia deben ser desestimados, al haberse actuado conforme a derecho al concederse el recurso de apelación deducido a fs 92 en contra de la resolución de fecha treinta y uno de marzo del presente año, que se lee a fs 90 de los autos Ruc N°0300091075-8, Rit N°71-2004.

Por estos fundamentos y lo dispuesto en los artículos 52 y 369 del Código Procesal Penal; 158 y 187 del de Procedimiento Civil, se rechazan los recursos de hecho deducidos en lo principal de los escritos de fs 2 de estos autos Rol N°217 y Rol N°258. Agréguese fotocopia autorizada de este fallo a la aludida causa Rol N°258.-"

Regístrese y archívense.

Redacción del Ministro don Eduardo Meins Olivares

Rol N° 217 y 258-2005.

La presente sentencia, primera que se dicta respecto de esta materia, constituye un importante antecedente que ha de tenerse en cuenta en próximos casos de regulación de costas ya sea que resulten ser exageradamente altas, como en el presente caso y en contra del Ministerio Público o bien, cuando siendo a favor, se regulen en monto muy exiguo. El caso en cuestión, al regularse en un monto, que es sin duda una verdadera indemnización de perjuicios por adelantado, puesto que no tiene coherencia alguna con lo que normalmente regulan los tribunales, ameritaba un esfuerzo para defender una tesis que permitiera ser revisada la resolución por el tribunal superior.

III.- Arancel establecido para Defensoría Penal Pública y Licitada. Criterio para regular las costas.

Con fecha 20 de junio de 2005, la I. Corte de Talca al dictar fallo respecto del Recurso de Apelación deducido por el Ministerio Público y del Recurso de Queja interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado, vistos conjuntamente, acoge ambos rebajando las costas personales que debe percibir la defensa privada del acusado a la suma única y total de \$2.000.000, a las que el Ministerio Público deberá contribuir con un 80%, y el Fisco de Chile, representado por el Consejo de Defensa del Estado, con un 20%.

En dicha sentencia la I. Corte de Apelaciones de Talca establece como criterio para practicar la regulación de costas personales, a falta de un arancel como el que fijaba antaño el respectivo Colegio Provincial de Abogados, aquel establecido para la Defensoría Penal Pública y Licitada. Así, señala en el considerando 2º:

"Que si bien es efectivo que, en la actualidad, no puede darse cumplimiento a la norma contenida en el artículo 139 inciso cuarto del Código de Procedimiento Civil, que manda que los honorarios de los abogados se regularán de acuerdo con el arancel fijado por el respectivo Colegio Provincial de Abogados y a falta de éste, por el Consejo General del Colegio de Abogados, pues el Decreto Ley N° 3.621 derogó la facultad que tenían los colegios profesionales para dictar aranceles, quedando sin efecto los vigentes a esa fecha, y que de otro lado el arancel establecido para la Defensoría Penal Pública y Licitada no puede ser vinculante para los operadores del proceso penal, entre ellos, el órgano jurisdiccional, no es menos cierto que éste puede ser utilizado por los tribunales con competencia penal en la regulación de las costas personales, facultad que si bien reconoce su origen en la ley, debe ser ejercida con la prudencia y el sentido común que el ejercicio de la función jurisdiccional demandan.

En dicho contexto, esta Corte no aprecia motivo alguno comprobado en autos para discriminar entre la defensa particular del acusado de que se trata con la que pudo desplegar un defensor penal público o uno licitado, por lo que estima que a falta de un arancel emanado del colegio de la orden, como existía antaño,

parece adecuado tomar como referencia el vigente para la defensoría penal pública y licitada, a que se refieren las fotocopias agregadas desde fs. 78 a 80 de estos autos Rit 71-2004, de modo que acogerá el recurso de queja en estudio, pues considera que los jueces recurridos al regular las costas personales de la defensa privada del acusado Luis Cancino Paredes en la suma de \$10.000.000 en el aspecto penal, más \$2.000.000, en relación con la acción civil, todo ello respecto del Fisco de Chile, representado por el Consejo de Defensa del Estado, han incurrido en falta grave que es preciso corregir por esta vía disciplinaria, modificando dicha regulación en el sentido de fijarlas en la suma única de \$2.000.000, que corresponde a la defensa privada del acusado Cancino Paredes, cuya proporción se expresará en la parte resolutive de este fallo.

Para fijar un monto superior al señalado en el arancel de la Defensoría Penal Pública ha tenido en consideración que al momento de la determinación de las costas personales no puede dejar de tenerse en cuenta la regulación jurídica de derecho privado en que se sustenta la relación contractual entre mandante y mandatario, que se produce cuando una persona contrata los servicios de un profesional abogado para que asuma su defensa y representación en juicio, en que impera el principio de autonomía de la voluntad, que informa tal clase de relaciones jurídicas.”

Contra dicha resolución la defensa privada se alzó presentando recurso de apelación en aquella parte que se pronunció sobre el recurso de queja deducido por el Consejo de Defensa del Estado, y en el cual sin embargo desarrollaba también sus argumentos en contra de lo resuelto por la I. Corte respecto de la apelación del Ministerio Público, pretendiendo que en uso de las facultades correctivas y disciplinarias la Excma. Corte Suprema dejara sin efecto todo lo resuelto. Dicho recurso de apelación de la defensa fue declarado inadmisibile con fecha 08 de julio de 2005:

“de conformidad a lo dispuesto en el artículo 63 N°1 letra c) del Código Orgánico de Tribunales, en relación con el artículo 551 del mismo cuerpo legal, y considerando que, por las fechas de su respectiva entrada en vigencia, la primera de las normas legales citadas deroga tácitamente a la segunda.”

Es decir, se declara inadmisibile porque las Cortes de Apelaciones conocen en única instancia, conforme a la letra c) del Art. 63:

“De los recursos de queja que se deduzcan en contra de los Jueces de Letras, Jueces de Policía Local, Jueces Ábitros, y órganos que ejerzan jurisdicción, dentro de su territorio jurisdiccional;”

A ello cabe agregar lo dispuesto en el Art. 248 del mismo Código Orgánico de Tribunales que refuerza y aclara el punto al señalar que:

“Para todos los efectos de este Código, se entenderá que las referencias hechas a los jueces letrados o jueces de letras incluyen también a los jueces de juzgados de garantía y a los jueces de los tribunales orales en lo penal, salvo los casos en que la ley señale expresamente lo contrario.”

Los fallos analizados, resuelven una cuestión que no se había planteado y de relevancia en la defensa de los intereses fiscales en aquellos casos en que el Ministerio Público sea condenado en costas y se establece así un referente basado en el arancel establecido para la defensoría penal pública y licitada. Se rectifica así un criterio adoptado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó que podía tener consecuencias profundas para la toma de decisiones por parte del Ministerio Público que, castigado de modo absolutamente exagerado, se inhibiría de acusar en todos aquellos casos en que exista la más mínima duda, sin atreverse a plantear a los tribunales casos complejos por temor a ser condenado en costas.

Talca, 15 de julio de 2005



III Artículos

SOBRE EL FORZAMIENTO DE LA ACUSACIÓN.

CARLOS OLIVOS MUÑOZ

Abogado Asesor

Fiscalía Regional del Maule

En su momento se solicitó por el señor Fiscal Nacional una opinión sobre lo expresado en informe elaborado por la División de Víctimas de la Fiscalía Nacional que dice relación con el forzamiento de la acusación, y en particular, la posibilidad de que se dé curso y se haga efectiva dicha institución aun en casos en que el fiscal haya cerrado la investigación sin haber formalizado.

En nuestro caso, la resolución dada por la I. Corte de Apelaciones de Talca al planteamiento de un conflicto real producido en un procedimiento en que el Juez de Garantía se pronuncia sobre la oposición del querellante a sobreseer, nos ha dado la oportunidad de reflexionar sobre la institución conocida como el forzamiento de la acusación.

1.- La I. Corte de Apelaciones, revocando una resolución del Juez de Garantía que acoge la solicitud del Fiscal de sobreseer definitivamente la causa (El Fiscal sin haber formalizado cerró la investigación y solicitó sobreseimiento definitivo por aplicación de la eximente del Art. 489 del C.P.), dictó una resolución que genera diversos problemas.

En efecto, el querellante apeló del sobreseimiento definitivo y la Corte dictó la siguiente resolución: **en lo resolutivo: “se revoca, la resolución apelada de siete de octubre de dos mil tres, escrita a fs. 27 vuelta y, en su lugar se declara que se deja sin efecto el sobreseimiento definitivo decretado y previo al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 229 de dicho Código, poner los antecedentes en conocimiento del señor Fiscal Regional para efectos de lo estatuido en el artículo 258 del Código Procesal Penal. Sin costas.”**

2.- El caso tiene varios aspectos dignos de comentar ya que de su correcto entendimiento depende la conducta a seguir por el Fiscal de la causa y a fin de resguardar atribuciones privativas del Ministerio Público. Asimismo, se revelan errores en que incurrió la Corte de Apelaciones al tratar el tema.

En efecto, lo que está de más en la resolución de la Corte y causa un grave problema es que está obligando al Ministerio Público a formalizar (artículo 229 del Código Procesal Penal) no existiendo norma alguna que permita esto, toda vez que formalizar o no es una facultad privativa de éste. Ni siquiera en el caso del artículo 186 se puede entender una obligación de formalizar ya que lo que el Juez de Garantía puede hacer es solamente ordenar al Fiscal informar, pudiendo también fijar un plazo para que formalice la investigación. Resulta obvio que al término de dicho plazo el Fiscal puede formalizar o no hacerlo.

Resulta obvio, también, que el Fiscal no puede formalizar porque la Corte así lo ordene ya que estaríamos aceptando una intromisión en una facultad privativa del Ministerio Público con lo dañino que podría ser este precedente.

Asimismo, el Juez de Garantía, si sigue el estricto tenor de lo resuelto por la Corte y exige que deba formalizarse primero antes de remitir los antecedentes al Fiscal Regional, vamos a estar sin salida pues el Fiscal no va a formalizar.

3.- Por otra parte, cabe agregar que el Juez de Garantía actuó correctamente al resolver sobre el sobreseimiento definitivo, habiéndose opuesto el querellante, ya que, no habiéndose formalizado la investigación, no tiene aplicación lo estipulado en el artículo 258, disposición que supone necesariamente una formalización previa.

Razonar de otro modo pugna con principios fundamentales de la reforma tales como el de congruencia entre formalización y acusación y el de la formalización como acto privativo del Ministerio Público.

Así también lo entiende la misma Corte de Apelaciones ya que, para poder acceder a lo solicitado por la querellante, esto es, para hacer procedente lo estipulado en el artículo 258 del Código Procesal Penal, señala que previamente se debe dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 229, es decir, se debe formalizar.

Luego, la conclusión es obvia, la remisión de los antecedentes al Fiscal Regional para los efectos previstos en el referido artículo 258 sólo tiene sentido si previamente se ha formalizado la investigación.

4.- Y sin perjuicio de todo lo señalado, la I. Corte falló ultra petita, ya que el querellante, en forma correcta, reiteró lo mismo que le había pedido al Juez de Garantía, que se revoque el sobreseimiento para efectos de que se remitan los antecedentes al Fiscal Regional como señala el artículo 258 y poder, en su caso, ejercer los derechos que dicho precepto le reconoce, nada más.

5.- Cabe reflexionar también que, aún remitiéndose los antecedentes al Fiscal Regional (sin la formalización previa que exige la Corte), éste, si bien puede impartir instrucciones particulares a los Fiscales (artículo 44 de la ley 19.640), ¿puede dar la instrucción de formalizar respecto de una causa en que ya se cerró la investigación sin formalizar?

Si pensamos que el cierre de la investigación no es una resolución judicial sino un acto del fiscal en una investigación desformalizada, ello sería perfectamente posible, pero es el trámite de la remisión de los antecedentes al Fiscal Regional el que no procede en nuestro concepto.

En otras palabras, el querellante no tiene ninguna posibilidad en el caso planteado y conforme a las normas citadas, toda vez que, para ejercer los derechos del artículo 258 se requiere de una formalización previa.

Así, entonces, si se sigue el razonamiento, lo resuelto por el Juez de Garantía, esto es, haber decretado derechamente el sobreseimiento definitivo, es correcto ya que carece de sentido remitir los antecedentes al Fiscal Regional si no existe formalización previa.

Por lo anterior, los querellantes deben incorporar a su esquema o comprensión del nuevo procedimiento penal que deben instar, en su momento, porque se formalice por el Fiscal si creen que existen los antecedentes suficientes, y si ello no ocurre, recurrir a la instancia superior del Ministerio Público que es el Fiscal Regional. Todo ello, antes de que se cierre la investigación.

A propósito de la reapertura de la investigación y la disconformidad del interviniente que ha solicitado diligencias previamente (artículo 327 del proyecto, actual artículo 257 del Código Procesal Penal), la Comisión de Legislación, Justicia y Reglamento del Senado reflexionando sobre la inconveniencia de facultar al Juez de Garantía para ordenar directamente a la policía la práctica de diligencias, señaló: "El profesor Tavolari estimó que el sistema previsto en el proyecto para el Ministerio Público es el señalado por el H. Senador señor Boeninger: cuando un fiscal se niega a tomar una medida o realiza algo inapropiado, el afectado recurrirá ante el Fiscal Regional y le representará dicha actuación; el Fiscal Regional va a enmendarla, en virtud de la relación de superioridad jerárquica que hará que prevalezca su opinión."¹

Este es, precisamente, el camino que debe seguir el querellante en el caso de que el fiscal de la causa no formalice.

6.- La formalización de la investigación constituye un requisito indispensable para el forzamiento de la acusación.

¹ 1er. Informe Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Discusión General; 2. Relación entre juez de control y ministerio público.- En "Reforma Procesal Penal. Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias, Tomo II, Ed. Jurídica. 2003, Pag. 387.

Se planteó en algún momento la tesis de que, aún sin formalización, la víctima querellante podría seguir adelante con una acusación particular y además podría llegar al juicio oral sin la intervención del Ministerio Público, no así en el caso de un querellante que no sea víctima.

Disentimos de esta opinión, no sólo por las consecuencias prácticas negativas que tal proceder podría ciertamente significar, señaladas en su momento por el señor Fiscal Nacional, sino también por una razón de texto legal y de coherencia con los principios que fundamentan la reforma procesal penal.

Compartiendo lo señalado en cuanto a los antecedentes generales del forzamiento de la acusación y la justificación de la incorporación del mecanismo del forzamiento de la acusación en el Código Procesal Penal, disentimos de la tesis propuesta en cuanto plantea la procedencia de este mecanismo aún sin formalización.

Creemos que se ha partido con una idea preconcebida que lleva a extremos exagerados las facultades reconocidas a la víctima.

Sin duda que el legislador ha querido otorgar cierto grado de control a la víctima y facultades de influir en las decisiones que el órgano persecutor adopte en cuanto al desarrollo del procedimiento, pero de allí a que se pueda prescindir de la formulación de cargos mediante la formalización de la investigación, principalísima garantía para el imputado, es forzar las cosas más allá de la intención del legislador y del texto expreso de la ley.

En efecto, el artículo 258 establece que si el querellante particular (sin distinguir si es directamente ofendido o no) se opusiere a la solicitud de sobreseimiento formulada por el fiscal, el juez dispondrá que los antecedentes sean remitidos al Fiscal Regional, a objeto que éste revise la decisión del fiscal a cargo de la causa. Dentro de los tres días siguientes el Fiscal Regional puede decidir que el Ministerio Público formulará acusación o ratificar la decisión del fiscal a cargo de la causa.

¿Por qué siendo un trámite esencial la formalización el legislador no se refiere a ello sino que sólo a que el Fiscal Regional decidirá si se formulará o no acusación?

Obviamente porque el mecanismo contemplado en dicho precepto supone que estamos ante una investigación formalizada.

Además, cabe preguntarse: ¿cómo podría el Fiscal Regional señalar que se acusará por el Ministerio Público respecto de una investigación en que nunca se formalizó y que se encuentra cerrada?

Ciertamente el Fiscal Regional puede impartir instrucciones particulares a los adjuntos de su dependencia (artículo 44 de la ley OCMPM), pero ¿puede ordenar la reapertura de la investigación, que se formalice y que luego se acuse, encontrándose ya cerrada la investigación?

Ciertamente la ley no se ha puesto en tal hipótesis.

Por otra parte, la exigencia de formalización previa para la acusación es esencial en el esquema diseñado por el legislador, y dando por reproducidos los argumentos señalados por el Sr. Fiscal Nacional relativos a la importancia de este trámite, nos parece que la exigencia para el Ministerio Público está dada en los artículos **248 letra b)** y en el inciso final del artículo **259** del Código Procesal Penal que prescribe que: **“La acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica.”**

Igualmente para el querellante tal exigencia está dada por el mismo artículo 258, toda vez que si el juez dispone que la acusación sea formulada por el querellante, éste deberá sostenerla en lo sucesivo **“en los mismos términos que este Código lo establece para el Ministerio Público..”**, luego, rigen para el querellante todas las exigencias del artículo **259**.

Y finalmente en el artículo **261 letra a)**, al permitirle adherir a la acusación del Ministerio Público o acusar particularmente. En este último caso, podrá plantear una distinta calificación de los hechos, otras formas de participación del acusado, solicitar otra pena o ampliar la acusación del fiscal, extendiéndola a hechos o a imputados distintos, **“siempre que hubieren sido objeto de la formalización de la investigación;”**.

7.- Asimismo, desde un punto de vista práctico, no nos cabe duda que si se admite el forzamiento de la acusación respecto de investigaciones que no se han formalizado, el sistema se verá recargado de querrelas de víctimas que llegarán a juicio oral con causas sin mayor fundamento, casos en que no hay delito o se encuentra extinguida la responsabilidad penal.

Pensemos solamente en cómo, con gran frecuencia, los querellantes insisten en utilizar el sistema penal para presionar la solución de una cuestión puramente civil o abogados que reñidos con la ética profesional insisten en continuar a fin de cobrar honorarios, o simplemente por ignorancia o mala comprensión de los hechos y normas aplicables se empeñan en llevar a juicio casos que no tienen fundamento.

Finalmente cabe recordar que, a propósito de las razones que llevaron al Senado a eliminar como causal de sobreseimiento temporal la insuficiencia de antecedentes para fundar una acusación y crear la especialísima fórmula de la decisión de no perseverar, se señaló que el modelo de sistema escogido en el Código es el que entrega la exclusividad de la investigación al Ministerio Público y, en consecuencia, a él sólo compete el juicio de valor acerca del mérito de la investigación.

En efecto, sobre una indicación de los senadores señores Bombal, Larraín, Stange y Urenda para suprimir parte de la disposición: "El Senado la acogió, pero resolvió además extenderla a la supresión completa de esta causal, de conformidad con lo resuelto en el artículo 248, por cuanto involucra un juicio de valor acerca del mérito de la investigación que le corresponde hacer al fiscal y no al juez." ²

En consecuencia, y por todo lo dicho, para que el fiscal sea reemplazado o que se prescinda de éste y que el querellante asuma el rol de contradictor de la defensa, se requiere que el órgano que tiene la exclusividad de la investigación a lo menos haya formalizado una investigación respecto de una persona determinada.

¿Podría acaso quedar al arbitrio del querellante acusar respecto de la o las personas que estime conveniente?

Puesto que no hay una investigación dirigida en contra de una o más personas claramente determinadas, ¿en contra de quién puede acusar el querellante?

Quedaría así entregado al juez determinarlo en base a lo propuesto por el querellante; hay así un juicio de valor sobre los antecedentes de la investigación y en definitiva una acusación determinada por el juez.

Ya la institución del forzamiento de la acusación, tal como la entendemos, trastoca la lógica del sistema acusatorio y su clara definición de roles. Con cuánta mayor claridad lo hace si aceptamos la tesis planteada de permitir dicho forzamiento sin haberse formalizado una investigación.

Talca, 25 de noviembre de 2004.

² Emilio Pfeffer Urquiaga, Código Procesal Penal Anotado y Concordado Ed. Jurídica, 2001, pag. 265.

CRITERIOS DE ACTUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN MATERIAS PENALES. RECENSIÓN DEL TEXTO “REFORMA PROCESAL PENAL. OFICIOS DEL FISCAL NACIONAL. MATERIAS PENALES. 2001-2004”. SANTIAGO 2005*.

POR PROF. DR. JEAN PIERRE MATUS A.

**Profesor Asociado de la Universidad de Talca
Director Centro de Estudios de Derecho Penal
Campus Santiago Universidad de Talca**

En un medio donde escasean las obras impresas, es muy saludable la aparición de un texto como el comentado, sobre todo porque la mayor parte de los Oficios que contiene abordan cuestiones en que nuestra producción científica es inexistente o muy pobre. Esto es lo que sucede particularmente con los delitos económicos, donde a pesar de todo lo que se habla de ellos y de los muchos que se presentan como especialistas, cuando las Unidades de Delitos Económicos y de Lavado de Dinero se han debido enfrentar a dilucidar los límites de delitos contenidos en leyes especiales, como los relativos a prendas especiales (Oficio N° 501, p. 156), los bancarios (Oficio N° 502), los relativos a la propiedad intelectual e industrial (Oficios N° 32 y N° 64, pp. 284 y 302, respectivamente), se han encontrado con un vacío doctrinal que ellos mismos han debido suplir, en el intento de fijar los límites de lo que ha de considerarse punible. Y no sólo eso, estos oficios se encuentran además tan bien fundamentados y escritos que, de no ser por su utilización institucional, perfectamente podrían haber sido presentados a una publicación científica independiente. Entre los que destacan por este carácter, aparte de los recién mencionados, los Oficios N° 159 (p. 9), sobre el delito de violación de morada; N° 422 (p. 115), sobre delitos y fraude informático; N° 31 (p. 254) sobre delitos aduaneros; N° 603, sobre lavado de dinero; y N° 244 (p. 391), sobre ley antiterrorista.

Pasamos ahora a analizar el contenido de la obra. En atención a su contenido, podemos clasificar los oficios comprendidos en el texto, de la siguiente manera:

- a) Los que *principalmente* pretenden determinar el ámbito de lo perseguible criminalmente, interpretando tipos penales y fijando sus límites y alcances (p. ej., los ya mencionados Oficios N° 159, p. 9; N° 501, p. 156; N° 32, p. 284; y N° 64, p. 302. Entre los no mencionados, pueden verse los N° 35, p. 35, sobre la nueva ley de delitos sexuales; y N° 422, p. 115, sobre investigación en delitos informáticos;
- b) Los que *principalmente* sugieren actividades de investigación, con el propósito de uniformarlas y permitir la adecuada prueba de los hechos investigados. Estos oficios vienen a cumplir la función de ir creando una suerte de “manual de cortapalos” para la investigación criminal, supliendo así la falta de estas directrices en el Código Procesal Penal. Entre estos oficios encontramos, p. ej., los N° 80, p. 25, sobre investigación en delitos de carácter sexual; N° 386, p. 465, sobre desacato a los fiscales del ministerio público; N° 304, p. 478, sobre acusación o denuncia calumniosa; N° 409, p. 101; sobre cuasidelitos de la Ley de Tránsito; y N° 31, p. 254, sobre delitos aduaneros;
- c) Los que *principalmente* regulan las decisiones estratégicas del procedimiento, esto es, el cuándo y cómo, según las diversas clases de delitos, corresponde decretar el archivo provisional, el principio de oportunidad, la suspensión condicional, o solicitar un juicio inmediato, un procedimiento abreviado o simplificado. En este grupo se encuentran los Oficios N°s 270, p. 61, 362, p. 62 y 585, p. 63, sobre delitos contemplados en la Ley de Alcoholes; N° 150, p. 249, sobre delitos relativos a la propiedad intelectual; N° 551, p. 367, sobre delitos funcionarios; N° 096, p. 425, sobre los denominados “delitos menores”; N° 258, p. 436 y N° 264, p. 449, sobre hurtos; y N° 272, p. 454, sobre receptación.

Como se desprende de los términos de la clasificación, ella apunta a los aspectos predominantes en cada Oficio y, por lo tanto, no excluye la posibilidad cierta de que en un oficio determinado se haga un poco de dogmática penal, se sugieran diligencias de investigación y se ofrezcan criterios de actuación en torno a las decisiones estratégicas del procedimiento.

En cuanto a los oficios que principalmente fijan la interpretación del Ministerio Público del alcance de los tipos penales, al consistir en *interpretaciones oficiales de la ley*, y por muy bien fundamentadas que estén, no siempre es posible valorarlos sin atender al legítimo interés institucional involucrado. Además, cuando el Fiscal Nacional fija la interpretación institucional del sentido y alcance de un tipo penal, está intentando concretizar nada más ni nada menos que el ámbito de lo punible, lo que significa, en términos procesales, que en caso de que los hechos en conocimiento del fiscal adjunto no revistan caracteres de ese o de otro delito distinto, correspondería decretar la orden de no iniciar la investigación, sujeta a revisión judicial. Por lo mismo, los efectos de una decisión basada en estas interpretaciones, aconsejan la mayor de las prudencias en su utilización. Y el Fiscal Nacional parece muy claro este aspecto. A mi juicio, esto explica el que, formalmente, estos oficios parecen excesivamente recargados de consideraciones doctrinales y jurisprudenciales que pretenden dar cuenta de todas las posibilidades de interpretación. Lamentablemente, a veces esta abierta exposición de las distintas posibilidades de interpretación puede llevar a confundir y agotar a los fiscales adjuntos, en vez de facilitar sus tareas diarias, según varios me han confesado en estos años de capacitaciones. Quizás cuando exista el desarrollo doctrinal que hace falta entre nosotros (y que estos oficios suelen suplir) puedan simplificarse, para concentrarse sólo en ofrecer a los fiscales adjuntos criterios de actuación en los puntos donde la discusión doctrinaria y jurisprudencial sea irreductible.

Respecto de los Oficios que principalmente sugieren actividades de investigación, aunque en ellos no se contiene una gran elaboración dogmática, su utilidad para la vida diaria de los fiscales adjuntos es notablemente superior que la del grupo anterior. En efecto, en la medida que estos oficios vienen a cumplir la función que para los jueces del sistema antiguo cumplían las detalladas provisiones del CPP 1906 sobre cómo desarrollar investigaciones para delitos determinados, facilitan el trabajo de los fiscales adjuntos, elevan la calidad de pruebas que de este modo se obtienen y permiten uniformar las investigaciones, ahorrando tiempo y recursos. Pero, además, estos Oficios tienen una gran ventaja sobre el ritualismo del CPP 1906: no establecen reglas rígidas que lleven a actuaciones inútiles, sino que utilizan expresiones como “el fiscal no citará a la víctima a un careo, a menos que lo estime indispensable” (Oficio N° 80, sobre investigación de delitos sexuales). En el futuro, es posible que una sistematización de todos estos oficios logre producir esos “manuales de procedimientos” que se imaginaban en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados derivarían de la facultad del Fiscal Nacional de dictar Instructivos en estas materias.

Finalmente, me referiré al grupo de Oficios que principalmente regulan las decisiones estratégicas del procedimiento. La importancia de esta clase de oficios para entender el estado de nuestro derecho penal es crucial. En efecto, como se decía en el proyectado art. 17 letra a), estos criterios de actuación son los que propiamente fijan la *política de persecución penal* del Ministerio Público. Sé que al discutirse el texto del actual art. 17 letra a) de la Ley Orgánica del Ministerio Público el Congreso eliminó esta expresión del texto legal, en el entendido de que los criterios de actuación que se fijasen sólo podrían referirse al cumplimiento de los objetivos institucionales “establecidos en la Constitución y en las leyes”, y que la “política de persecución penal” sería una función del Estado que no correspondería exclusivamente al Ministerio Público¹. Pero por más que evidentemente la política nacional de persecución penal corresponda a diversos organismos del Estado, y entre ellos, en primer lugar a los órganos colegisladores, a través de la formulación de los delitos y sus penas, la forma como el Fiscal Nacional regula *autónomamente* cuándo y cómo se ejercerá la acción penal en cada caso es la forma como se concreta esa política de persecución penal del Estado. Basta con leer la introducción del Oficio N° 096, p. 425, para darse cuenta de que, en estas materias, la *política de persecución penal* del Ministerio Público no es ajena a la *política del Estado*. Allí se cita como justificación

¹ Londoño, Moisés, Praetorios y Ramírez, 2002. *Reforma procesal penal*, t. IV, p. 287, Santiago 2002.

para los cambios de criterios la opinión de parlamentarios y de una Comisión de Expertos formada por el Ejecutivo para evaluar la reforma procesal penal. También en la fundamentación del Oficio N° 272, p. 454, se acude a la voluntad del legislador de endurecer las sanciones al delito de receptación y “al temor de la ciudadanía” para justificar “la necesidad de fortalecer los criterios de actuación” al respecto.

Como ya dijimos, los Oficios que fijan esta *política de persecución penal* son, por una parte, los que señalan las directrices en orden a cuántos recursos se destinarán para la investigación de determinadas clases de delitos, esto es, los que precisan cuánto debe investigarse antes de *archivar provisionalmente* determinadas clases de denuncias; y por otra, los que regulan los casos en que se otorga por la institución o se posibilita (cuando existen facultades legales para ello) el perdón oficial o privado de los delitos, esto es, en qué casos se otorga o se posibilita la aplicación del *principio de oportunidad*; en cuáles se permite concurrir a un acuerdo de *suspensión condicional* o aprobar uno *reparatorio*; y en cuáles procede solicitar un procedimiento *simplificado* que podría llevar a la *suspensión de la condena*.

Si tomamos en cuenta el efecto de la adopción de estas decisiones, esto es, que no se sigue investigando un hecho que reviste los caracteres de delito o termina por no imponerse una pena a quien podría ser declarado responsable del mismo, las posibilidades de políticas de persecución criminal que puede adoptar el Ministerio Público tendrían, como extremos, por una parte, un *radical reduccionismo penal*, y por la otra, una *radical maximización punitiva*.

Una política de *radical reduccionismo penal* podría desarrollarse bajo la suposición de que las sanciones penales son un factor criminógeno en los primerizos y un gasto inútil en la mayor parte de los restantes casos, tendría como objetivo principal disminuir la aplicación de las sanciones penales en todos los casos que sea posible, reservando los escasos recursos fiscales para la persecución de aquellos en que la amarga necesidad de la pena fuese inevitable. En aplicación de esta política podría instruirse estimar que no hay antecedentes conducentes al esclarecimiento de los hechos cuando no existe una forma rápida y relativamente barata de identificar a sus responsables (sobre todo de delitos de baja cuantía), y por tanto, que debe procederse a su archivo provisional; que puede concederse el principio de oportunidad al responsable de cualquier delito, salvo los casos que la ley expresamente lo impide (que su pena mínima excediere de 540 días o sea cometido por un funcionario); que deben negarse o tenerse por no acreditadas las agravantes y concederse todas las atenuantes posibles, si con eso se puede llegar al máximo permitido para una suspensión condicional o para un procedimiento abreviado; que todo delito comprendido en el Título IX del CP afecta “bienes disponibles de carácter patrimonial” y, por tanto, no deben oponerse los fiscales adjuntos a un acuerdo reparatorio por robo con intimidación; y que todo simple delito debiera tramitarse en conformidad a las reglas del procedimiento simplificado (acogiendo atenuantes y negando agravantes de ser necesario), sin oponerse muy seriamente a la suspensión de la pena.

En cambio, una política de persecución penal de *radical maximización punitiva* tendría como objetivo realizar el mayor número de investigaciones posibles para obtener el mayor número de condenas probables, bajo el supuesto de que la imposición de las penas sí tiene un sentido en la comunidad y de que, precisamente, es éste el rol exclusivo del Ministerio Público. Naturalmente, esta política subordina a este objetivo todos los recursos disponibles, incluyendo el tiempo “libre” y la salud de los funcionarios y del resto de los intervinientes en el proceso, sin discriminar entre casos, pues nunca se sabe a dónde se puede llegar profundizando investigaciones en curso. La aplicación de esta política supondría instruir no decretar el archivo provisional de ningún caso salvo después de exhaustivas investigaciones y pasado un tiempo prudencial de espera por nuevos antecedentes; negar el beneficio del principio de oportunidad a todo imputado; no negociar acuerdos de suspensión condicional y utilizar el tiempo para recopilar evidencia incriminatoria a usar en el juicio, a menos que se tenga la certeza de perderlo; oponerse a todo acuerdo reparatorio que no se refiera exclusivamente a hurtos, lesiones menos graves y delitos culposos; y, salvo los casos mandados por la ley, no recurrir jamás al procedimiento simplificado, para evitar el riesgo de que el juez suspenda condicionalmente la pena.

Estos extremos ideales representan el Escila y el Caribdis por donde debe navegar la nave del Ministerio Público, en el tortuoso mar de la opinión pública: si se acerca mucho al reduccionismo, se le acusará de

favorecer la impunidad y no cumplir las expectativas sociales de reducir la inseguridad ciudadana; si a la maximización, de derrochar los recursos fiscales en largas e inútiles investigaciones, convirtiendo en letra muerta los mecanismos de descongestión del procedimiento; eso, claro, si es que antes no se ha perdido a la mitad de los fiscales adjuntos por fatiga laboral.

Revisadas las posibilidades extremas, lo que queda es preguntarse, a la luz de los Oficios contenidos en la obra que presento, ¿en qué punto de este continuo se encuentra la *política de persecución penal* del Ministerio Público?

Mi impresión es que, en términos generales, la evolución de los instructivos y oficios del Fiscal Nacional dictados en estas materias durante los últimos cuatro años, da cuenta no de una única política de persecución penal, sino de una evolución desde una política que podríamos denominar de “*moderada reducción punitiva*” a otra de “*moderada maximización punitiva*”.

La política de *moderada reducción punitiva* predominó en el Ministerio Público básicamente desde su instalación hasta fines del año 2002, siendo su más representativo oficio el Instructivo N° 75, de septiembre de 2001, sobre archivo provisional en delitos menores, esto es, aquéllos que no tienen pena aflictiva. Sin embargo, la cada vez más creciente preocupación por las tasas de delitos y las críticas públicas que en las zonas reformadas se iban realizando a los vulgarmente llamados “bolsones de impunidad” que parecía ir dejando el nuevo proceso penal, anunciaban el cambio hacia la política de moderada maximización punitiva. Este cambio se consolidó, en marzo de 2004, con la dictación del Oficio N° 096, p. 425, contenido en el volumen que ahora presento y que, entre otras cosas, ofrece una nueva mirada a la facultad de archivar provisionalmente en casos de delitos menores, ya claramente desde el punto de vista de la *moderada maximización punitiva*.

Así, mientras en el Instructivo N° 75, reflejando la consolidación de la etapa de *moderado reduccionismo*, se entregaba un criterio de actuación que permitía archivar provisionalmente con el solo mérito de la denuncia y la citación a la víctima, exigiendo para decretar diligencias un previo juicio acerca de su “viabilidad” para “obtener un resultado exitoso”; en el Oficio N° 096 (2004) se exige en todo caso decretar una orden de investigar (viable o no) y una revisión global y periódica de los casos archivados, siendo significativo que se agregue que “no constituye excusa para incumplir estos criterios de actuación, la circunstancia de ser insuficientes los inmuebles o las dotaciones de las fiscalías”. Un poco antes, en el Oficio N° 551, sobre delitos funcionarios, se restringía la aplicación de esta facultad, sólo cuando en “forma previa” se hubieran agotado “los medios razonables de investigación”.

Por lo que respecta al *principio de oportunidad*, mientras el Instructivo N° 35 (2000) dejaba, en definitiva, a criterio de los Fiscales Adjuntos determinar los casos en que era “conveniente” concederlo “con la debida ponderación casuística del compromiso social que el hecho punible concreto acarree y sus circunstancias de comisión”, idea acorde con la política de moderada reducción punitiva; en el Oficio N° 272 (p. 454), ya se pide a los fiscales abstenerse de recurrir a este beneficio, tratándose de un delito de receptación, donde se cumplirían los requisitos legales del art. 170 CPP 2000. Y siguiendo esta línea de *moderada maximización*, el Oficio N° 258 (p. 436), tratándose de hurtos, incorpora como requisito antes de proceder a aplicar el principio de oportunidad, considerar “el interés concreto de la víctima”; el N° 150 (p. 249), relativo de delitos contra la propiedad intelectual exige un acuerdo escrito de la víctima; el N° 551 (p. 367), lo excluye respecto de todo delito en que haya participado un funcionario público, sea que lo haga en ese carácter o no.

Este paso desde una política de persecución penal moderadamente reduccionista a una de moderada maximización punitiva se aprecia también en los énfasis que, respecto a la suspensión condicional del procedimiento, se ponen en los Oficios comprendidos en el volumen que ahora presento. Así, en el Oficio N° 150, p. 249, se habla de las “desventajas” de esta salida en relación a los delitos contra la propiedad intelectual, requiriendo un acuerdo escrito de la víctima para darle curso; en el N° 551, p. 367, se declara esta medida “no aplicable” a la mayor parte de los delitos funcionarios; en el N° 096, p. 425, se constata “con preocupación” una suerte de “manga ancha” en el recurso a esta salida, y se ordena corregir esta situación con diversas medidas: evitando que se adopte apresuradamente, exigiendo que se escuche a la víctima e

impidiendo su aplicación en delitos de carácter sexual donde estuvieran involucrados menores de edad. En cambio, en el Instructivo de los tiempos del reduccionismo (Nº 36, año 2000), se dejaba abierta la puerta a la experimentación en esta materia, exigiendo sólo una “actitud prudente y conservadora”. Las restricciones explícitas e implícitas de los tiempos actuales llevan al Fiscal Nacional a escribir en el citado Oficio 096, que éstas “no pueden significar abandonar esta salida alternativa, pero debe instarse por ella de manera reflexiva y selectiva”.

Incluso en materia de *acuerdos reparatorios* el tránsito descrito anteriormente es perceptible: el Instructivo Nº 34 (2000) permitía a los fiscales adjuntos no oponerse a ellos incluso en casos como la usura, el alzamiento de bienes, la violación de domicilio no violenta, y los robos con fuerza en lugares diferentes a los habitados, y tratándose de delitos tentados o frustrados, incluso para robos violentos o con intimidación o con fuerza en lugares habitados. El oficio Nº 230 (2000) extendió estas posibilidades a los delitos de receptación. Pero cuando se instaló la moderada maximización punitiva como política de persecución, el Oficio Nº 272, p. 454, limitó drásticamente esta posibilidad, ordenando a los fiscales adjuntos instar por su rechazo, salvo en casos de receptación de hurtos de poca cuantía. Por su parte, el Oficio Nº 273, p. 465, ordena oponerse a estos acuerdos cuando se suscriban con relación al delito de desacato a los fiscales; el Nº 304, p. 478, lo hace respecto de la denuncia calumniosa; el Nº 551, p. 367, respecto de los delitos funcionarios; y en el Nº 159, p. 9, se les pide a los fiscales “evaluar con detención” su procedencia y conveniencia en delitos de violación de morada no violentos.

También las prevenciones por los efectos de la elección de procedimientos están presentes en la actual política de persecución criminal del Ministerio Público. Así, particularmente respecto a los delitos relativos al manejo en estado de ebriedad hay tres oficios que reiteran la idea central de esta política: a) que es mejor evitar el juicio simplificado, tramitando los hechos por la vía ordinaria; y b) que, en el evento de no poder evitarse el juicio simplificado, debe siempre exigirse que no se suspenda condicionalmente de la pena de suspensión de la licencia de conducir. Y en cuanto a los *procedimientos abreviados*, el criterio actual de actuación es que “no puede el fiscal alterar sustancialmente el mérito de la investigación en cuanto a la naturaleza del delito o de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal ... [pues] no es conveniente como política criminal llegar a condenas con penas muy benevolentes que no se ajustan a la realidad de lo sucedido y que, por lo mismo, producen una sensación de inseguridad y de impunidad en la ciudadanía”, según concluye el ya tantas veces citado Oficio Nº 096, p. 425.

Hasta aquí, la descripción de lo que yo he podido entender de la lectura del texto que se me ha pedido reseñar en esta oportunidad.

Para finalizar, si se me pediera un juicio de valor acerca de lo reseñado, yo diría lo siguiente: la política de *moderada reducción punitiva* hace ver al Ministerio Público más cercano a lo que, parafraseando a Damaska, podríamos llamar un activista social, que impone su visión institucional de la sociedad para resolver los conflictos a través de sus propias decisiones, dejando algo de lado al poder judicial como regulador formal de conflictos; en cambio, la de *moderada maximización punitiva*, a pesar de que aparentemente significa una mayor actividad del Ministerio Público, en el fondo supone una reducción de su propia visión institucional a su rol de acusador fiscal, de parte procesal, dejando de lado las posibilidades de hacer “justicia material” a través de sus decisiones autónomas. Ambas políticas, mientras mantengan su tono de *moderación* son perfectamente válidas y puede soportarlas el ordenamiento procesal. Lo verdaderamente importante en este aspecto es que al expresarse tales políticas en instrucciones de aplicación general, puede esperarse que ellas sean ejecutadas uniformemente por los fiscales adjuntos de todo el país, de manera que ante una denuncia por robo, hurto, manejo en estado de ebriedad, un delito funcionario o económico, una violación o un homicidio, la decisión estratégica que se adopte no esté gobernada por el humor o por el lugar donde se encuentre el fiscal adjunto de turno, sino por criterios de igual aplicación en todo el país. Si esto es así, habremos empezado a dar el gran paso en el ideal ilustrado: que no pueda seguir repitiéndose, 250 años después, la misma queja de Voltaire al referirse al sistema judicial francés de finales del siglo XVIII: “¿se juzgará siempre de un modo diferente la misma causa en provincias que en la capital?”.

TRAMITACIÓN DE LOS DELITOS MENORES EN EL MINISTERIO PÚBLICO

**División de Estudios, Evaluación, Control
y Desarrollo de la Gestión
Fiscalía Nacional - Ministerio Público**

Resumen

La entrada en vigencia del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal -en un proceso de instalación caracterizado por su gradualidad-, inicialmente generó una serie de análisis que, como es lógico, se centraron en sus aspectos más visibles. Más tarde, la atención de los observadores se tradujo en exámenes cada vez más detallados de la operación, uno de los cuales generó críticas al tratamiento de que era objeto la criminalidad más leve, afirmándose que este segmento estaba dando lugar a una franja de impunidad que, a su vez, incrementaba la percepción de inseguridad en la población. Estas críticas despertaron reacciones incluso al interior de los operadores del nuevo sistema, concientes de la necesidad de responder adecuadamente a la demanda de justicia penal de la comunidad, especialmente en las etapas iniciales de un proceso de transformación que necesita consolidarse para justificar legítimamente su existencia más allá de la percepción de los círculos ilustrados. Todo este acontecer tiene lugar en un escenario carente de precisiones en torno a la naturaleza y magnitud del problema -si no de su misma existencia- lo que motivó al Ministerio Público a estudiar las variables que intervienen en el fenómeno para obtener conclusiones válidas y contrastables. Los resultados permiten establecer que muchas de las afirmaciones en que se sustentan las críticas carecen de fundamento empírico, dado que el nuevo esquema persecutorio obtiene similares niveles de eficiencia y eficacia tanto respecto de la criminalidad leve como de la más lesiva.

Antecedentes

El mensaje con que el Ejecutivo remitió el Proyecto del Código Procesal Penal para su tramitación en el Congreso -refiriéndose al sistema de justicia penal vigente en el país a esa fecha- señalaba: *“En los hechos todo sistema penal es inevitablemente selectivo. Existe una zona de la criminalidad que queda, también, inevitablemente fuera del sistema. En el caso del proceso penal chileno esa selectividad es discriminatoria, puesto que no hace más que reproducir los sistemas de estratificación social, afectando sólo a los sectores sociales más vulnerables. Las fuentes primarias muestran que buena parte de la represión penal se traduce en la persecución de la criminalidad de bagatela cuando es cometida por esos sectores. Este fenómeno no sólo es grave por lo inicuo de la discriminación que supone, sino que, además, importa un uso gravemente ineficiente del gasto público, puesto que, como lo muestra la baja tasa de sentencias definitivas que logra (...) el actual sistema es ineficiente en la criminalidad común e inexistente con respecto a la criminalidad socialmente menos vulnerable y de más alta lesividad”*.¹

El juicio crítico que el párrafo transcrito revela respecto de la eficiencia del antiguo sistema es evidente y, aunque pareciera dirigirse más bien a la situación de injusticia proveniente de la discriminación que provoca su actuación selectiva, a renglón seguido en el mensaje se expresa: *“Es, pues, necesario, instituir*

¹ Mensaje del Ejecutivo, Código Procesal Penal, Segunda Edición Oficial, pgs. 16 y 17.

*un órgano –el Ministerio Público- que en base a criterios político-criminales explícitos y sometido a estrictos controles de responsabilidad, conduzca la selectividad del sistema penal hacia la criminalidad más lesiva”.*²

Es evidente que la intención expresada en el mensaje apuntaba a concentrar los esfuerzos del sistema y, en especial, al Ministerio Público, en la persecución de los delitos de mayor gravedad. Si bien no se señaló expresamente, el contexto del mensaje y la estructura del proyecto de código dan cuenta que respecto de la criminalidad menos lesiva la idea fue proporcionar herramientas procesales y formas de reacción penal no necesariamente basadas en la privación de libertad como medida cautelar o sanción.

Una vez iniciada la vigencia del nuevo sistema en las primeras regiones, éste comenzó a enfrentar algunas críticas de parte de diversos observadores. En algunos casos se expresó reparos por un supuesto uso excesivo de los mecanismos de desestimación de casos que provocaba insatisfacción de las expectativas de los usuarios del sistema; en otros, se formulaban quejas por un supuesto exceso en los afanes garantistas de jueces y fiscales, expresado en una escasa utilización de la prisión preventiva que, a su vez, habría generado mayores espacios para el accionar de delincuentes habituales, provocando, finalmente, un incremento de la actividad delictiva y un aumento sostenido de la percepción social de inseguridad.

Este escenario motivó que en el año 2003, el Ministerio de Justicia estimara conveniente *“conformar una instancia integrada por expertos independientes de las instituciones del nuevo sistema, que fueran capaces de entregar un diagnóstico acerca del funcionamiento general de la reforma y del proceso de instalación gradual de la misma (...)”*.³ Esta Comisión estuvo integrada por 10 miembros, la mitad de los cuales ya había participado en el foro de discusión del proyecto de nuevo Código Procesal Penal.

En relación con la criminalidad menos lesiva, el informe de la Comisión contiene algunas breves alusiones. A propósito del análisis de la organización de la persecución penal, radicada en el Ministerio Público, que hoy integra estrategias preventivas fuertemente apoyadas por la amenaza de la persecución penal, la Comisión señala: *“... aunque la atención a los delitos más graves sigue vigente, el interés por algunos delitos menores, especialmente aquellos que generan sensación de inseguridad, emerge como una muy importante preocupación del aparato de persecución”*.⁴

Un poco antes –a propósito del análisis de las variables de delincuencia y temor- la Comisión había señalado que *“uno de los problemas más relevantes, dice relación precisamente con que ciertos defectos del nuevo sistema –de diseño legal, capacitación o prácticas- están efectivamente produciendo situaciones de impunidad en determinados tipos de delitos, especialmente en la franja de delitos menos graves”*.⁵

A este respecto, el mismo informe consigna una prevención del profesor Jorge Bofill, en los términos siguientes: *“... resulta necesario efectuar un llamado de atención sobre la carencia de base técnica de muchos de los índices de común utilización en estadísticas y encuestas, en especial aquellos que no se fundan en cifras reales y sometidas a verificación acerca de presuntos incrementos en las tasas delictivas, o bien en sensaciones o percepciones acerca del fenómeno delictivo”*.⁶

En estas circunstancias, el 10 de marzo de 2004, el Sr. Fiscal Nacional del Ministerio Público dicta el oficio N° 096, a través del cual revisa o reitera ciertos criterios de actuación en relación con los delitos menores. La importancia que se asigna a esta materia es evidente si se considera que en su cuenta pública anual, verificada el 26 de abril de 2004, el Fiscal Nacional abordó específicamente el punto y comunicó la voluntad institucional de revisar los criterios de actuación, especialmente, en materia de salidas alternativas y archivo provisional.

² Idem, pg. 17.

³ Documento de la Comisión nombrada para revisar y evaluar la marcha y funcionamiento del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, diciembre 2003, pag. 4.

⁴ Idem; pag. 17.

⁵ Idem; pag. 14.

⁶ Idem; pág. 15.

Necesidad de un estudio metodológicamente objetivo

El informe de la Comisión de Expertos, referido en el numeral anterior, se preocupó de especificar variados defectos del nuevo sistema a nivel de diseño normativo, que habrían estado incidiendo en las aludidas situaciones de impunidad; además, propuso una serie numerosa de reformas legales y sólo en algunos casos vinculó estos defectos a interpretaciones o prácticas de los operadores. No obstante, llama la atención que la afirmación no esté acompañada de datos empíricos que la respalden. Ni este documento ni las críticas formuladas en el mismo sentido por otros observadores, se han hecho cargo de precisar cuáles son los delitos o categorías de delitos que constituyen el segmento de los llamados “delitos menores”; tampoco aportan datos que ayuden a dimensionar la magnitud de lo que denominan “situaciones de impunidad” o, al menos, den cuenta de su incidencia porcentual en el total de casos tramitados por el sistema; y, por último, la ausencia de este tipo de datos o antecedentes impide conocer el grado de incidencia que tendría esta problemática en la sensación de inseguridad a que se alude.

Estas imprecisiones o indefiniciones motivaron que el Ministerio Público estimara necesario detenerse en el examen de la problemática asociada a estos ilícitos penales de menor entidad para determinar con rigor metodológico su naturaleza y magnitud reales.

Desde luego, como cuestión previa a cualquier análisis fue necesario determinar con precisión el conjunto de ilícitos penales merecedores de esta denominación para, más tarde, precisar la incidencia que tienen en el total de casos que componen la demanda de justicia penal y proseguir con el examen de otras variables que permitieran verificar la validez de los cuestionamientos que en la materia se estaban haciendo al sistema persecutorio penal. De esta forma quedaron definidos los propósitos u objetivos del estudio.

Determinación del segmento de ilícitos menores

Este punto fue, tal vez, el que ofreció mayores desafíos a la hora de iniciar el estudio propuesto, dado que el concepto o idea de “delito menor”, no obstante su recurrencia en círculos ligados a la justicia penal, no se encuentra definido con precisión ni existen indicios de algún grado de consenso en torno a su naturaleza y extensión. Por cierto, la utilización del concepto arroja luces sobre su geometría esencialmente variable, que se amplía o se restringe según los propósitos con que se construyen los postulados que hacen uso de él. Lamentablemente, no siempre esos propósitos guardan relación directa con las directrices técnico jurídicas que informan la actividad persecutora desde la perspectiva de los agentes del sistema. De allí, entonces, que a los efectos del estudio fuere necesario establecer las dimensiones del concepto con arreglo a parámetros objetivos, transparentes y contrastables, que más tarde pudieren ser objeto de una discusión informada.

De este modo, la determinación del universo de “delitos menores” tomó como punto de partida la definición efectuada por el Fiscal Nacional del Ministerio Público en su Oficio FN N° 96 de 10 de marzo del 2004, que en lo pertinente señala: “...para los efectos de esta comunicación, debemos entender por **delitos menores** aquellos que tienen una **pena probable** de hasta tres años de presidio o reclusión, es decir no afflictiva, sin perjuicio de que en algunas situaciones como el caso del **procedimiento abreviado** se extenderá el concepto a aquellos delitos que tienen una pena concreta no superior a cinco años de presidio o reclusión”. Sin embargo, esta definición –principalmente en su segunda parte– se orienta en un sentido distinto al planteado por las exigencias del estudio, en razón de que los delitos ahí mencionados (*en el caso del procedimiento abreviado se extenderá el concepto a aquellos delitos que tienen una pena concreta no superior a cinco años ...*) constituyen un universo variable cuya inclusión en el segmento de delitos menores depende de las circunstancias específicas del caso concreto y, por ende, requieren de un examen particularizado que excedía los plazos y recursos del estudio, además de que no siempre se relacionan con las conductas que merecen un reproche social de menor entidad.

Se optó, entonces, por definir el segmento de delitos menores en torno a los ilícitos que reunieran tres condiciones fundamentales: a) que tuvieran una frecuencia que los hiciera estadísticamente relevantes; b) que hubieren sido objeto de preocupación expresa de parte de los críticos u observadores; y c) que tuvieran asignada una pena abstracta cuyo máximo no sobrepasara los cinco años de presidio o reclusión.⁷

De este modo, el grupo de delitos menores quedó conformado por un total de 27 ilícitos, agrupados en 11 categorías, de lo que da cuenta la tabla siguiente:

Tabla N°1: Delitos considerados Menores, agrupados por categoría.

N°	Categorías de delitos	Delitos
1	Hurto	HURTO AGRAVADO (ART. 447 CÓDIGO PENAL)
		HURTO DE HALLAZGO
		HURTO SIMPLE
2	Lesiones	LESIONES LEVES
		LESIONES MENOS GRAVES
3	Amenazas de Atentados	AMENAZAS DE ATENTADOS CONTRA PERSONAS Y PROPIEDADES
4	Daños	DAÑOS CALIFICADOS
		DAÑOS SIMPLES
5	Robos	INFRACCIÓN ARTÍCULO 454
		ROBO DE VEHÍCULO MOTORIZADO
		ROBO EN BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO
		ROBO EN LUGAR NO HABITADO
6	Manejos en estado de ebriedad	ROBO POR SORPRESA
		CONDUCCIÓN ESTADO DE EBRIEDAD CON RESULTADO DE DAÑOS
		CONDUCCIÓN ESTADO DE EBRIEDAD CON RESULTADO DE LESIONES
		CONDUCCIÓN ESTADO DE EBRIEDAD CON RESULTADO DE MUERTE
7	Abusos sexuales	MANEJO EN ESTADO DE EBRIEDAD
		ABUSO SEXUAL
		ABUSO SEXUAL IMPROPIO
		ABUSO SEXUAL INFANTIL
8	Receptación	PROSTITUCIÓN DE MENORES
		RECEPTACIÓN
9	Drogas	RECEPTACIÓN
		CONSUMO DE DROGAS (ART. 41);
		CONSUMO Y OTRAS FALTAS LEY DE DROGAS
10	Contra la propiedad intelectual	PORTE DE DROGAS (ART. 41);
		DELITOS CONTRA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL
11	Porte ilegal de armas	TENENCIA O PORTE DE ARMAS, MUNICIONES Y OTROS

⁷ La única excepción al límite de pena señalado, la constituye el delito de prostitución de menores, que se incluye por su relevancia estadística y el impacto social que provoca.

4. Necesidad de definir una muestra y precisar las variables a examinar

La necesidad de desarrollar el estudio en un lapso razonable, motivó acotar el universo de casos que iban a ser examinados diseñándose una muestra conformada por todas las causas ingresadas y terminadas entre el **1 de enero del 2003 y el 30 de septiembre del 2004**, lo que permitió contar con información correspondiente a 21 meses de operación en las regiones I, II, III, IV, VII, IX, XI y XII –que conformaron las tres primeras etapas del proceso de implementación gradual de la reforma– y a 9 meses para las regiones V, VI, VIII y X –que integraron la IV etapa–.

Del mismo modo, teniendo en cuenta los alcances de la problemática que motivó el análisis y sin perjuicio de extender el estudio a todos los aspectos que permitiera el carácter y la calidad de la información disponible en la muestra, los énfasis estarían puestos en establecer la dimensión del segmento de delitos menores en el total de los delitos sometidos al conocimiento del sistema, los factores que condicionan el desarrollo de las actividades procesales realizadas en su tramitación; los tiempos invertidos en su investigación; y las principales formas de término aplicadas, en la medida que éstas representan diversos niveles de calidad de la respuesta que el sistema da al conflicto penal cuya satisfacción se demanda. Todos estos tópicos serían analizados en relación con la situación que en torno a los mismos se diera respecto del resto de los ilícitos que, estando fuera del segmento de delitos menores, debían ser entendidos como los de mayor lesividad.

5. Principales resultados

Como está dicho, el estudio aportó información detallada sobre una serie numerosa de fenómenos propios de la investigación, tramitación y término de los delitos denunciados al sistema persecutorio. A continuación se exponen los más relevantes.

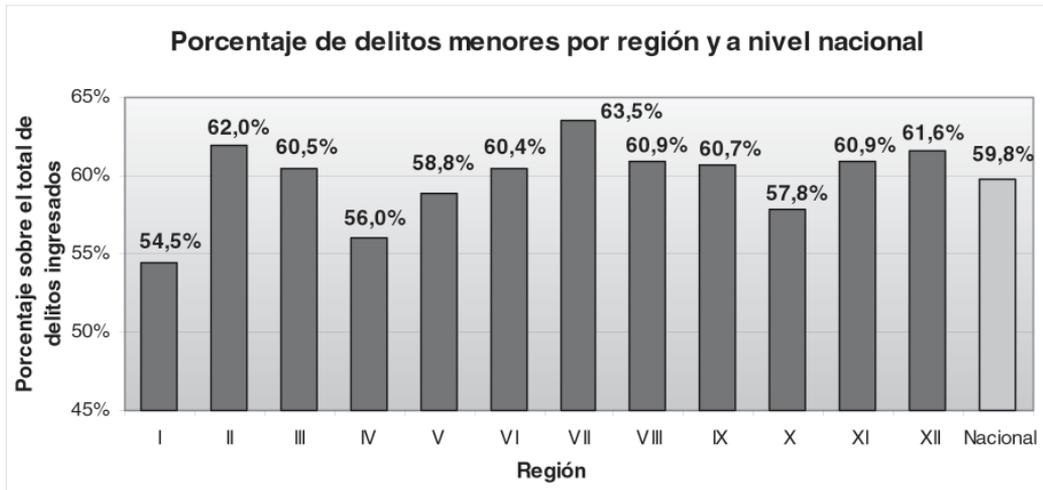
5.1 Incidencia de los delitos menores en el total de delitos ingresados

El estudio determinó que los delitos menores –definidos en la forma que se indica en el apartado 3– corresponden a más de la mitad de los ingresos totales del Ministerio Público. En el periodo analizado ingresó un total de 677.385 delitos, de los cuales 405.220 correspondieron al segmento de delitos menores, lo que equivale casi al 60% del total de delitos atendidos por el sistema a nivel nacional.

Tabla N°2: Número de delitos menores a nivel nacional

Categorías de delitos	Total nacional	
	N°	%
Delitos menores	405.220	59,8%
Otras faltas y delitos	272.165	40,2%
TOTAL	677.385	100,0%

Esta cifra, correspondiente al total de delitos registrados a nivel nacional, da cuenta de una tendencia que se reproduce con diferencias marginales a nivel de regiones. En concreto, el análisis por región muestra que en todos los casos, el segmento de delitos menores supera el 54% del total de ingresos, tal como se observa en el Gráfico N° 1.

Gráfico N°1: Porcentaje de delitos menores por región.

De este modo, las primeras aproximaciones al tema confirmaron que el universo de los delitos menores constituyen una fracción importante de la demanda de justicia penal, lo que justifica o legitima las aprehensiones que se fueron generando a su respecto, tornándose aún más importante examinar el tratamiento a que eran sometidos por parte de los operadores.

5.2 Ilícitos con mayor presencia estadística al interior del segmento.

Dentro del segmento “delitos menores”, tal como puede observarse en la tabla N°3, la mayor concentración de ilícitos se presenta en las categorías de Hurtos, Robos y Lesiones, las que representan un 16,9%, 12,7% y 12,1% del total, respectivamente. Por su parte, las menores concentraciones se dan en las categorías de Delitos contra la propiedad intelectual con un 0,4% y Porte ilegal de armas con un 0,3%. Esta distribución estadística constituye una tendencia que se manifiesta, con pequeñas variaciones, en todas las regiones del país.

Tabla N°3: Número de delitos menores ingresados a nivel nacional, por categoría de delito.

Categorías de delitos	Total Nacional	
	N°	%
Hurtos	114.811	16,9%
Lesiones	82.226	12,1%
Amenazas de Atentados	42.534	6,3%
Daños	41.102	6,1%
Robos	85.693	12,7%
Manejos en estado de ebriedad	15.191	2,2%
Abusos sexuales	6.468	1,0%
Receptación	6.058	0,9%
Drogas	5.912	0,9%
Contra la propiedad intelectual	3.007	0,4%
Porte ilegal de armas	2.218	0,3%
Subtotal delitos menores	405.220	59,8%
Otros delitos	272.165	40,2%
Total	677.385	100,0%

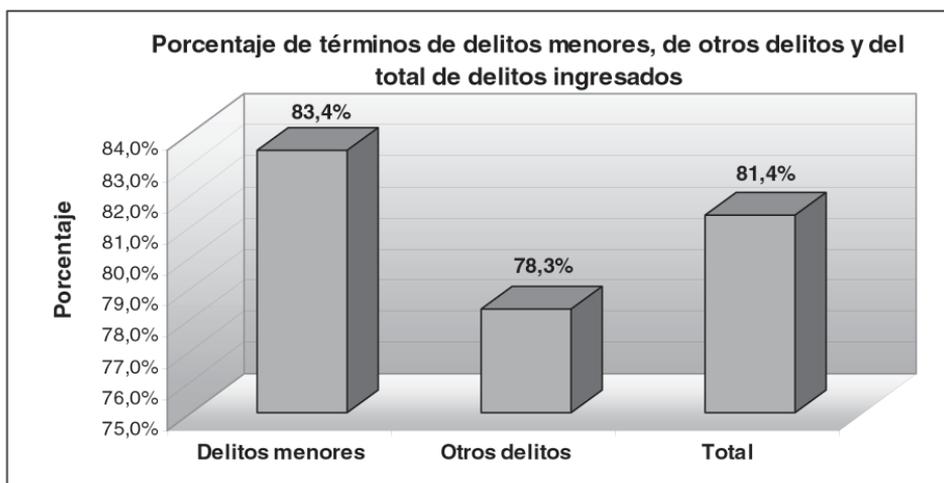
Ahora bien, si se tiene en cuenta el tipo de delitos que componen el segmento estudiado⁸, y se considera cuáles son las categorías de delitos más frecuentes dentro del mismo, recordando que la categoría de “robos” excluye aquellos que implican algún tipo de violencia en su comisión, el estudio muestra que los “delitos menores” no incluyen aquellos ilícitos a los que habitual y naturalmente se les atribuye la capacidad de generar o incrementar la percepción de inseguridad de la población. No obstante, debido a que las críticas de los observadores aluden a la franja de impunidad presente en el tratamiento de estos delitos como generadora de la percepción de inseguridad, se hace necesario avanzar en los resultados del análisis para obtener conclusiones que permitan verificar la pertinencia de la apreciación.

5.3 Tramitación y término de los delitos menores vs. los otros delitos.

Del total de 677.385 delitos registrados como ingresos del sistema en el período examinado, hasta el 30 de septiembre de 2004 se había finalizado la tramitación de 551.352, que representan un 81,4%.

Como se muestra en el gráfico siguiente, el sistema fue más eficiente en tramitar los “delitos menores” que los “otros delitos”, ya que el porcentaje de término en los primeros alcanzó un 83,4%, mientras que en los segundos sólo llegó al 78,3%.

Gráfico N°2: Proporción términos en delitos menores vs. otros delitos



Analizada la información por tipo de delitos, se comprobó que al interior del segmento “delitos menores”, los mayores porcentajes de término, se verificaron en las categorías de Hurto y Lesiones, con un 88,5% y 85,6% respectivamente. Por el contrario, los menores porcentajes de término se detectaron en las categorías de abusos sexuales (54,1%) y manejos en estado de ebriedad (63,7%). Por su parte, los delitos de robo y las infracciones a la ley de drogas, con un 81,4% y 84,0%, respectivamente, se ubicaron significativamente más próximos a los extremos superiores de la escala de delitos terminados.

Estos resultados son esperables, dado que la menor complejidad de la investigación que demandan los delitos menores –por regla general- debería redundar en tiempos de tramitación más breves. No obstante, la constatación de que las categorías de “robos” e “infracciones a la ley de drogas” -que en teoría deberían corresponder a los ilícitos que los observadores sitúan como generadores de las percepciones de inseguridad de la población- son resueltos con igual eficiencia que el resto de los delitos menores, a pesar de

⁸ Ver tabla N° 1, en el punto 3 de este trabajo.

que reportan mayores complejidades investigativas que la mayoría de ellos, obligó a examinar si los fundamentos de las críticas se encontraban más en la forma en que los delitos se estaban resolviendo que en los tiempos que demora en la respuesta del sistema.

5.4 Tipos de términos aplicados.

El estudio realizó un detallado análisis de los tipos de términos aplicados tanto en el segmento de los delitos menores como en el de los otros delitos, incorporando al examen la incidencia que cada forma de término tuvo en las diversas categorías de delitos y su correlación con la cantidad de información útil recogida durante la investigación, esto último referido, fundamentalmente, a la circunstancia de conocerse o no la identidad del imputado y al momento en que se dispuso de esta información, lo que se traduce en si hubo o no detención por flagrancia.

Una apretada síntesis de estos resultados nos indica que el conjunto de formas de término que implican una respuesta sobre el fondo del conflicto penal, esto es, salidas alternativas, sentencias y sobreseimientos, llegan en la muestra a un 16,6% del total de términos aplicados en los delitos menores y a un 16,2% en los restantes delitos.

En estas cifras se advierte una mayor incidencia de las salidas alternativas en los delitos menores y una menor presencia de las sentencias y sobreseimientos, relación que se invierte en el segmento de los otros delitos. Esta circunstancia es fácilmente explicable si se tiene en cuenta que el límite de penalidad que distingue ambos segmentos es, precisamente, el factor más importante que hace posible o impide la aplicación de las salidas alternativas. Lo más destacable, no obstante, es que la incidencia de estas formas de término es muy similar en ambos conjuntos de delitos siendo, incluso, levemente superior en el universo de delitos menores.

Por su parte, las cifras sobre términos tempranos revelan que los mecanismos de desestimación de casos alcanzaron a un 75,2% del total de términos aplicados en el período cubierto por la muestra en el segmento de los delitos menores, mientras que en los otros delitos llegaron a un 73,2%⁹.

El detalle de lo anotado en este párrafo se observa en la tabla siguiente:

Tabla N° 4: Tipos de términos aplicados a delitos menores y otros delitos

TIPO DE RESULTADO	DELITOS MENORES		OTROS DELITOS	
	N	%	N	%
Sentencias y Sobreseimientos	17.862	5,3%	7.701	3,6%
Salidas Alternativas	38.132	11,3%	26.763	12,6%
Subtotal solución al conflicto	55.994	16,6%	34.464	16,2%
Términos Tempranos	254.420	75,2%	156.067	73,2%
Salidas Administrativas	27.728	8,2%	22.679	10,6%
TOTAL	338.142	100,0%	213.210	100,0%

⁹ El resto de los términos aplicados en ambos segmentos, hasta completar el 100% de los casos terminados, corresponden a formas administrativas de término como las anulaciones administrativas, incompetencias o agrupaciones a otros casos, que el estudio no abordó en detalle dado que no reportan información útil sobre el destino final del conflicto penal o sobre el ejercicio de facultades discrecionales del Ministerio Público. Su aplicación depende, normalmente, de factores externos o de necesidades de corrección administrativa.

También en este caso, la naturaleza de los ilícitos que conforman el universo de los delitos menores y el límite de penalidad que los distingue, explican la mayor incidencia de los términos facultativos y concretan la intención legislativa plasmada en el diseño normativo del sistema que se traduce en la consagración de mecanismos de descongestión, sobre la base de desechar los casos que no comprometen suficientemente el interés público para concentrar los esfuerzos persecutorios en la criminalidad más lesiva. Con todo, el uso de estos mecanismos en el grupo de delitos menores se ubica muy por debajo de lo que podría esperarse en función del espíritu con que se diseñó el modelo.

5.5 La identificación del imputado como factor relevante en la tramitación.

La información recogida y procesada por el estudio reveló, además, que en el 54,1% del total de casos tramitados por el Ministerio Público¹⁰ se desconocía la identidad del imputado. Si se desagrega esta información, se tiene que en los delitos menores esta cifra llega al 54,7% y en los otros delitos a un 53,3%, diferencia que no resulta muy significativa.

Aún así, es decir, a pesar de que el número de casos en que se desconoce la identidad del imputado es superior en los delitos menores, el estudio demostró que la calidad de la respuesta entregada por el sistema es muy similar en ambos segmentos e incluso superior en el de los delitos menores, como ya se ha dicho.

Desde luego –como es obvio–, el hecho de conocerse la identidad del imputado condiciona el tipo de término a aplicar, dado que las salidas alternativas y las sentencias y sobreseimientos sólo son viables cuando se ha identificado al imputado, pero la incidencia de este factor es transversal a ambos segmentos de delitos; las cifras no arrojan diferencias significativas que condicionen el análisis o incidan en sus conclusiones.

Prácticas locales en torno al tratamiento de los delitos menores

El estudio contempló, también, visitas a una muestra de 24 fiscalías locales de las 12 regiones del país en que se encontraba en vigencia el nuevo proceso penal al 30 de septiembre de 2004, lo que permitió rescatar información acerca de las prácticas implementadas a nivel local para hacer frente a la tramitación y resultados del sistema en torno a los delitos menores.

Los aspectos más relevantes dieron cuenta de niveles de impacto muy diversos de las instrucciones emanadas del nivel central sobre la materia. La atención de las visitas estuvo centrada en la observación de las estructuras organizacionales de las fiscalías locales, más que en los resultados que se estuvieren produciendo en la tramitación de los delitos menores como consecuencia de las modificaciones introducidas en cumplimiento de las instrucciones, esto porque a la época de las visitas había transcurrido un lapso demasiado breve como para esperar resultados estadísticamente significativos.

La realidad observada presentó fiscalías locales que no introdujeron modificación alguna a sus estructuras –debido, principalmente, a que entendían que los objetivos de las instrucciones estaban siendo cumplidos con anterioridad por la estructura adoptada por la fiscalía–; otras que introdujeron pequeñas modificaciones por la vía de asignar competencias y tareas específicas a unidades de trabajo ya existentes; y otras que derechamente crearon unidades operativas nuevas para atender la materia.

¹⁰ En rigor, el estudio contabiliza lo que el sistema de conteo del Ministerio Público denomina “relaciones”, concepto que recoge con mayor precisión el volumen de las cargas de trabajo que enfrenta el sistema. En líneas muy gruesas, este sistema de conteo implica que una denuncia equivale a un caso; a su vez, un caso puede estar referido a más de un delito y al interior de estos últimos puede darse un número mayor de relaciones, dado que éstas representan a los vínculos que se dan entre un imputado, una víctima y un delito. Así, en los delitos que contemplan más de un imputado o más de una víctima habrá más relaciones que en aquellos de sujetos activo o pasivo único.

Como se ha dicho, el escaso tiempo transcurrido entre la implementación de estas medidas y el cierre del período del estudio sólo permitió constatar algunos hechos concretos que impiden elaborar juicios más acabados.

Conclusiones

Sin perjuicio de que lo anotado en los numerales 5 y 6 puede por sí mismo transformarse en conclusiones relevantes del estudio, una evaluación global del conjunto de datos analizados nos permite destacar, a modo de síntesis, lo siguiente:

- a. De acuerdo con los criterios utilizados en el estudio para definir el segmento de los “delitos menores” se pudo constatar que, para el periodo analizado, éstos representan a nivel nacional un 60% de la demanda de justicia penal del sistema y que, más allá de las naturales variaciones porcentuales, la desagregación de las cifras por regiones demuestra que en todos los casos este segmento constituye la fracción mayoritaria de la carga de trabajo, sobrepasando siempre el 54% del total de ingresos, circunstancia que por sí sola justifica la preocupación de los observadores acerca de su tratamiento por parte de los operadores.

En el mismo orden de cosas, la participación de las diversas categorías de ilícitos en el segmento en estudio reproduce el esquema de configuración de la demanda que se aprecia a nivel general, toda vez que al interior de los delitos menores la mayor concentración se produce en torno a los hurtos, los robos y las lesiones, en ese orden, que en conjunto representan el 41,7% del segmento.

- b. En segundo lugar, cabe destacar que aún cuando el límite de penalidad abstracta usado para separar la criminalidad leve de la más lesiva se ubicó en la cota de cinco años de presidio o reclusión –lo que es significativamente elevado–, dentro del segmento de delitos menores no quedó ningún ilícito grave (naturalmente, ese es el sentido del segmento). Las únicas excepciones las constituyen el robo por sorpresa y los abusos sexuales. El primero figura entre los delitos de mayor connotación social que trabaja el Ministerio del Interior dentro de sus reportes, aunque esta calificación no responde a criterios estrictamente técnicos y, los segundos, se incluyeron en razón de su frecuencia aún cuando excedían el límite de penalidad.

Lo anterior demuestra que ninguno de los delitos que pueden considerarse como criminalidad leve, puede, por sí mismo, generar un incremento de los niveles de percepción de inseguridad que los observadores le han atribuido. Dicho de otro modo, aun cuando existiera el abandono de la criminalidad menos lesiva, como se acusa, el incremento de la inseguridad ciudadana –de ser efectivo– no puede atribuírsele de manera directa sin efectuar otras consideraciones.

- c. En relación con los resultados de la gestión del sistema respecto de los delitos menores, el estudio permite establecer que tanto éstos como los otros delitos están recibiendo similares niveles de calidad de respuesta penal. En cuanto a la aplicación de términos tempranos, la diferencia entre ambos segmentos es muy poco significativa y, en todo caso, el que sean más elevados en los delitos menores obedece, precisamente, a la lógica con que el sistema fue diseñado.

Más importante que lo anterior es constatar que el conjunto de formas de término que tradicionalmente son consideradas de mejor calidad, esto es, las salidas alternativas, las sentencias y los sobreseimientos, son similares en ambas categorías e incluso superiores en la criminalidad más leve, lo que controvierte categóricamente la crítica que apuntaba a que este segmento estaba siendo abandonado al punto de generar una franja de impunidad.

- d. Otra cosa que demuestra el estudio, aún cuando no era necesario efectuarlo para al menos intuirlo, es la importancia que tiene la identificación del imputado en el tipo de respuesta que finalmente entrega el sistema al conflicto que se somete a su conocimiento. Ciertamente, este es un factor que condiciona la aplicación de términos como las sentencias y las salidas alternativas.

Lo que sí es importante a este respecto, es que las cifras demuestran que la circunstancia de conocerse o no la identidad del imputado es un fenómeno que afecta por igual ambos segmentos de delitos y, por ende, influye del mismo modo en la determinación de la respuesta que el sistema entrega a la tramitación de la criminalidad menor y la más grave.

- e. El conjunto de antecedentes recopilados por el estudio permite concluir que los cuestionamientos hechos al sistema en orden a que se estaría prestando menos atención a los delitos menores o que no se está actuando con la misma eficiencia a su respecto, que esta supuesta desatención estaría generando una franja de impunidad y que, a su vez, esta última provocaría el incremento de la sensación de inseguridad en la población, no se sustentan en antecedentes objetivos contrastables. Los datos –correspondientes al período cubierto por el estudio- demuestran lo contrario.

Finalmente, la información aportada por este estudio indica que el logro de mejores resultados en torno a la calidad de las respuestas que el sistema entrega a los conflictos penales que integran su demanda de justicia, pasa por la cantidad y la calidad de la información con que se cuente o se consiga –en especial, la que dice relación con la identidad del imputado-, por lo que los esfuerzos del sistema debieran estar orientados a mejorar los estándares de información asociada tanto a los delitos menores como a los otros delitos, tarea que no sólo compromete al Ministerio Público, sino que, en gran medida, demanda mayor eficacia del trabajo de los organismos policiales.



IV Oficios e Instrucciones

OFICIO FN N° 260 /

ANT.: No hay.

MAT.: Delitos contemplados en la Ley de Quiebras N° 18.175, investigación y criterios de actuación.

SANTIAGO, mayo 4 de 2005

DE : SR. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

A : SRES. FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS DE TODO EL PAÍS Y ASESORES JURÍDICOS

Este Fiscal Nacional ha estimado oportuno elaborar el presente oficio con el propósito de difundir y abordar los aspectos esenciales que rigen en materia concursal, contemplados en la ley N° 18.175 de quiebras, publicada en el Diario Oficial el día 28 de octubre del año 1982, incluidas las modificaciones legales introducidas por las leyes N° 19.806 y 20.004.

Comprender la dinámica de los delitos de quiebra supone el conocimiento de algunas nociones acerca del juicio civil de quiebra ya que este tipo de delitos se relacionan o dependen del juicio civil. Esto hace que los delitos concursales sean de difícil exposición debido a que, para su comprensión, constantemente se debe recurrir a conceptos de otras ramas del derecho, como el derecho comercial, tributario, civil, entre otras.

En virtud de lo anterior, en este oficio se tratarán temas básicos en relación a los delitos regulados en la ley 18.175, su investigación y criterios generales de actuación, como también los conceptos fundamentales para comprender y aplicar los mencionados criterios generales.

I.- GENERALIDADES

1. Concepto de juicio de quiebra.

De acuerdo a lo que dispone el artículo 1 de la ley 18.175, "el juicio de quiebra tiene por objeto realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, a fin de proveer al pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinados por la ley".

2. La sentencia declaratoria de quiebra.

La importancia en sede penal de la sentencia que declara la quiebra, radica en que sin ella no puede comenzar la investigación de un delito de quiebra fraudulenta o culpable. Sin embargo, se debe tener pre-

sente que la existencia de recursos contra la sentencia declaratoria de quiebra no obsta al inicio del proceso de calificación de la quiebra.¹

3. Estructura del juicio civil de quiebra.

El procedimiento de quiebra tiene fundamentalmente los siguientes objetivos:

- a) La determinación del activo, para lo cual tiene importancia el acta de incautación y la facción de inventario;
- b) La determinación del pasivo, que se lleva a cabo mediante la verificación²;
- c) La realización del activo; y
- d) El pago del pasivo a los distintos acreedores según sus preferencias.

El proceso civil de quiebra puede terminar por el sobreseimiento temporal, el sobreseimiento definitivo (estas dos son resoluciones de naturaleza civil dictadas por un Juez de competencia en lo Civil) o los convenios, aún cuando estos últimos pueden celebrarse también con el fin de evitar la declaratoria de quiebra (convenio preventivo).

II.- NORMATIVA APLICABLE A LOS DELITOS CONCURSALES.

Los delitos relativos a las quiebras se encontraban originalmente contemplados en el Código Penal, en los artículos 463 y 464 y en el Código de Comercio, en sus artículos 1330 y siguientes, mediante el sistema de presunciones de derecho. Estas normas fueron derogadas por la ley N° 4.558 de 4 de febrero de 1929, que recogió y sistematizó estos tipos penales.

Posteriormente la ley N° 4.558 fue derogada por la ley N° 18.175 de 1982, actualmente vigente, que estableció las figuras de quiebra culpable y fraudulenta, además de regular el proceso de calificación de la quiebra.

Con ocasión de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal, la ley N° 19.806 introdujo importantes modificaciones a la ley de quiebras con el objetivo de adecuarla al nuevo sistema de justicia criminal. Las principales modificaciones fueron las siguientes:

a) El texto del artículo 222 era el siguiente: “El tribunal que no tuviere jurisdicción en lo criminal, cuando estime que pueda configurarse alguna de las presunciones establecidas en los artículos 219, 220 y 221, oficiará al juez del crimen poniendo en su conocimiento la declaratoria de quiebra. Igual comunicación deberá efectuar cuando lo solicite el Superintendente o la junta de acreedores.”

Después de las modificaciones incorporadas por la ley 19.806 el tenor del artículo 222 era el siguiente: “Declarada la quiebra, la junta de acreedores o cualquier acreedor podrá efectuar denuncia o interponer querrela criminal si estimare que se configura alguno de los hechos previstos en los artículos 219, 220 y 221. Si no se ejerciere acción penal, pero hubiere mérito para que se investiguen esos hechos, la Superintendencia de Quiebras los denunciará al Ministerio Público, poniendo en su conocimiento la declaración de quiebra y los demás antecedentes que obraren en su poder. Lo dispuesto en los incisos precedentes no obsta a la facultad del Ministerio Público para iniciar de oficio la investigación criminal.”

¹ De conformidad con nuestra legislación vigente, los efectos de la declaración de quiebra se producen desde el momento mismo en que se dicta la sentencia, la que causa ejecutoria, esto es, puede cumplirse de inmediato, aún cuando existan recursos pendientes en su contra. Así se desprende de los artículos 64 y siguientes de la Ley 18.175

² “Verificar créditos y preferencias es recurrir ante el juez de la quiebra, haciendo valer el crédito y las preferencias que se crean tener contra el fallido, con el fin de ser pagado en el procedimiento concursal. Si la verificación se realiza dentro de los plazos legales, se le denomina verificación ordinaria, y si se realiza después de transcurrido el plazo legal, se llama verificación extraordinaria y sus efectos y tramitación son diversos.” PUELMA ACCORSI, ALVARO, Curso de Derecho de Quiebras” Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1971, página 160.

Este artículo 222 que se refiere al inicio del proceso de calificación, es decir, al comienzo de la investigación de alguno de los delitos de quiebra culpable o fraudulenta, y su incidencia en la persecución penal se analizan más adelante en el apartado IV punto N° 1 y N° 1 bis.

b) En virtud de la derogación de los artículos 223 a 226 el Superintendente de Quiebras (ex – Fiscal Nacional de Quiebras) perdió la facultad para intervenir como parte en el proceso de calificación de la quiebra y para imponerse del sumario y obtener copia del mismo.

En consecuencia, actualmente la Superintendencia de Quiebras no tiene facultades para figurar como interviniente en el proceso en que se investiguen delitos de quiebra culpable o fraudulenta.

Lo anterior es sin perjuicio de la facultad que tiene dicha Superintendencia para denunciar hechos que puedan constituir delitos de quiebra culpable o fraudulenta, a lo que se hará referencia luego.

c) El artículo 227³ de la ley 18.175 regulaba materias relacionadas con el informe pericial en el proceso de calificación y se justificaba su presencia en la sistemática del proceso regulado en el Código de Procedimiento Penal.

De acuerdo a las normas relativas a los informes periciales establecidas en el Código Procesal Penal, el artículo 227 perdió su fundamento y por lo tanto fue modificado por la ley 19.806, de manera tal que hoy no existe ninguna disposición de la ley de quiebras que se refiera a las pericias en el proceso de calificación.

Esta norma ahora señala: “Los honorarios de abogados en el proceso de calificación de la quiebra no podrán ser de cargo de la masa.”

Por último, la ley N° 20.004 de 8 de marzo de 2005 que tiene vigencia a partir del 7 de mayo de 2005, introdujo una serie de modificaciones a la ley de quiebras que se refieren principalmente a las facultades fiscalizadoras de la Superintendencia, que no inciden en los delitos de quiebra culpable o fraudulenta.

No obstante lo anterior, se debe tener presente que la ley mencionada modificó el artículo 222 de la ley 18.175 (que ya había sido objeto de cambios en virtud de la ley 19.806), en términos no sustanciales⁴.

III.- DELITOS DE LA LEY DE QUIEBRAS.

1. Bien jurídico protegido.

En relación con el bien jurídico protegido por los delitos de quiebra culpable o fraudulenta existen diversos puntos de vista. Algunos autores estiman que se trata de delitos principalmente patrimoniales⁵, pero la mayoría cree que se trata de una figura pluriofensiva⁶ que protege el patrimonio de los acreedores y un interés económico-social en mantener la confianza en el sistema de relaciones jurídico crediticio que favorezca el ahorro, y con ello, la inversión que impulsa el desarrollo económico.

³ Texto del artículo 227 anterior a la ley 19.806: “El tribunal, cuando proceda, pedirá informe pericial contable, designando al efecto a una persona que tenga título profesional y que considere de reconocido prestigio y experiencia en la especialidad requerida. El Fiscal Nacional y el fallido podrán objetar la designación del perito, caso en el cual el tribunal resolverá sin más trámite. El perito deberá evacuar su informe en el plazo de noventa días corridos contados desde la aceptación del cargo y susceptibles de ser prorrogados por una sola vez por un término igual, cuando ello se justifique. Los honorarios del perito serán de cargo de la masa y deberán ser fijados por el juez en forma incidental, oyendo al Fiscal Nacional. En los casos en que la quiebra careciera de bienes o éstos fueren insuficientes para el pago de los honorarios del perito, deberá procederse conforme con lo dispuesto en el artículo 245 del Código de Procedimiento Penal, no pudiendo exceder el honorario total del peritaje a quince unidades tributarias mensuales.”

⁴ Ver apartado IV N° 1 y N° 1 bis.

⁵ ETCHEBERRY, ALFREDO, “Derecho Penal. Parte Especial” Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, página 380. RAFECAS, DANIEL EDUARDO, “El delito de Quiebra de Sociedades”. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, página 50.

Esto último se confirma en consideración al objeto de protección de las figuras pre y post-quebra.

En los delitos pre-quebra (aquellos en que la conducta se desarrolló con anterioridad a la declaración de quiebra) se lesiona primordialmente la fe crediticia, por lo que constituye un delito "...contra la seguridad del comercio y la economía."⁷

Esto debe relacionarse con el hecho que, en general, los delitos concursales sólo pueden ser cometidos por los deudores calificados que indica el artículo 41, que en definitiva son aquellos que utilizan el crédito en forma preferente.

En cuanto a las figuras post-quebra (aquellas en que la conducta se desarrolló con posterioridad a la declaración de quiebra), se sostiene que principalmente protegen la par conditio creditorum, esto es, el derecho que tienen los acreedores a concurrir al proceso de quiebra y ser pagados según sus preferencias y privilegios⁸.

En razón de lo anterior, estamos ante una figura que tiene principalmente naturaleza patrimonial, pero que también protege otros bienes jurídicos de naturaleza público-económica, como se indicó anteriormente.

2. Sujeto activo.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 218, sólo la quiebra del deudor indicado en el artículo 41, aquél que ejerce una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, podrá ser calificada como fortuita, culpable o fraudulenta⁹.

Luego, los delitos de quiebra culpable y fraudulenta sólo pueden ser cometidos por un sujeto activo especial, en este caso, el deudor que se dedique a alguna de las actividades previstas en el artículo 41 ya mencionado. Por lo tanto, estos delitos corresponden a los llamados delitos especiales propios o de sujeto activo calificado.

Esta cualidad del sujeto activo es determinada en forma previa al inicio de la investigación criminal por el Juez Civil en la resolución que declara la quiebra. Sobre el particular, cabe tener presente que las Sociedades Anónimas son calificadas como mercantiles por la ley. Esto debe relacionarse con la quiebra impropia, situación que será tratada en el punto octavo de este apartado.

Si la sentencia que declara la quiebra indica que el deudor no es de aquellos comprendidos en el artículo 41 y no obstante se estima que le ha cabido responsabilidad penal, la investigación podría iniciarse orientada al ilícito previsto en el artículo 466 del Código Penal¹⁰ u otro relacionado con los fraudes por engaño o fraudes por abuso de confianza o cualquier otro delito común. Lo anterior, por expresa mención del artículo 234, modificado por la ley 19.806¹¹.

Sin perjuicio de lo anterior, y aún cuando el fallido no sea un deudor de aquellos indicados en el artículo 41, en los casos en que la causal por la cual se declare la quiebra (civil) corresponda a la fuga del

⁶ PUGA VIAL, JUAN ESTEBAN, "Derecho Concursal. Delitos de la Quiebra". Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2002. Páginas 64 a 70. GARRIDO MONTT, MARIO, "Derecho Penal" Tomo IV Parte Especial. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 2000, página 298. BENEYTES MERINO, LUIS, "Derecho Penal Económico". Director Enrique Baigalupo. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina 2000, página 264.

⁷ ETCHEBERRY, ALFREDO, Ob. Cit. Página 381.

⁸ PUGA VIAL, JUAN ESTEBAN, "Derecho Concursal. Delitos de la Quiebra". Ob. Cit. Páginas 69 y 70.

⁹ Art. 218. "La quiebra del deudor a que se refiere el artículo 41 puede ser fortuita, culpable o fraudulenta".

¹⁰ Cfr. ETCHEBERRY, ALFREDO Ob. Cit. Página 386. Aún cuando sectores doctrinarios estiman que el artículo 466 tiene una aplicación más amplia, es decir, no es necesario que el deudor civil sea declarado en quiebra para que pueda investigarse su responsabilidad por ese delito. GARRIDO MONTT, MARIO, Ob. Cit. Página 285.

¹¹ Artículo 234: "Las disposiciones del presente Título no se aplicarán al deudor no comprendido en el artículo 41, el que quedará sujeto a las prescripciones del Código Penal. Sin embargo, le serán aplicables en lo que corresponda, si su quiebra hubiere sido declarada por la causal del N° 3 del artículo 43."

deudor, se aplicarán las normas de la quiebra fraudulenta o culpable, tales como los artículos 220 N° 14 o 219 N° 6 de la ley 18.175¹².

3. Aspectos generales acerca de los delitos de quiebra. Clasificaciones.

Los artículos 219 y 220 de la ley 18.175 describen múltiples conductas; estos comportamientos se agrupan bajo causales de quiebra culpable o fraudulenta.

Para el profesor Etcheberry, los números de los artículos 219 y 220 cumplen una “función tipificadora”¹³, es decir, cada una de las hipótesis constituye un tipo independiente de quiebra culpable o fraudulenta.

La unanimidad de nuestra doctrina indica que la quiebra culpable o fraudulenta es un solo delito¹⁴, lo que significa que aunque se presenten varias causales, el delito seguirá siendo solamente uno¹⁵.

Lo anterior tiene importancia en los casos en que aparezcan hipótesis de quiebra culpable y fraudulenta conjuntamente, situación que debería calificarse sólo como quiebra fraudulenta atendida su pena mayor.

Un aspecto importante de los delitos concursales es la casi totalidad de las hipótesis de quiebra culpable o fraudulenta no exigen para su consumación la existencia de un resultado¹⁶.

Como anteriormente se indicó, el artículo 218 de la ley 18.175 indica que la quiebra del deudor comprendido en el artículo 41 puede ser fortuita, culpable o fraudulenta. Esta es la más importante clasificación de los delitos concursales.

La quiebra fortuita no es penada por la ley 18.175; la insolvencia, la declaratoria de quiebra y todos los actos relacionados con ésta no constituyen delitos contemplados en la ley de quiebras, lo que no descarta la posibilidad que se hayan cometido otros ilícitos establecidos en diferentes textos legales.

La quiebra culpable se encuentra regulada en el artículo 219 de la ley 18.175 y su pena se indica en el artículo 229, que corresponde a presidio menor en cualquiera de sus grados.

La quiebra fraudulenta se encuentra regulada en el artículo 220 y su pena señalada en el artículo 229 inciso segundo, cual es, presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo.

Es frecuente también clasificar los delitos concursales en atención al momento en que se realiza la conducta descrita en los distintos numerales de los artículos 219 o 220, en este sentido se distinguen los delitos pre-quiebra y post-quiebra.

¹² Otra opinión en SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO. “Derecho Comercial. La Insolvencia de la Empresa. Derecho de Quiebras. Cesión de Bienes” Tomo III. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1995. Página 456 y PUGA VIAL, JUAN ESTEBAN, “Derecho Concursal. Delitos de la Quiebra”. Ob. Cit. Páginas 361 y ss. Sin embargo, se debe tener presente que la opinión de estos autores se basaba en la redacción anterior a la ley 19.806 del artículo 234.

¹³ ETCHEBERRY, ALFREDO Ob. Cit. Página 382.

¹⁴ SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO. Ob. Cit, página 432. “Lo que no cabe duda es que, a pesar de la pluralidad de conductas descritas, no hay reiteración ni concurso material sino que existe un solo delito”. PRADO PUGA, ARTURO en “El proceso de calificación de la quiebra”. Revista del Abogado. Santiago 1999, página 23. PUELMA ACCORSI, ALVARO, Ob. Cit. Páginas 252 y 253. PUGA VIAL, JUAN ESTEBAN, “Derecho Concursal. Delitos de la Quiebra”. Ob. Cit. Página 303.

¹⁵ En el considerando N° 16 de la sentencia dictada en el proceso de calificación de la quiebra de Industrias Lozapenco S.A., por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 19 de mayo de 1994, se acoge esta opinión de la doctrina señalando: “Que si bien los hechos aludidos en el motivo duodécimo también se encuadran en el delito de quiebra culpable del N° 9 del artículo 219 de la Ley de quiebras de conformidad con los artículos 218, 228, 229, 232 y 233 de esa Ley, la multiplicidad no altera la calificación del delito, ni su unidad, ni su penalidad, esto es, se trata de una figura de las que la doctrina denomina de tipicidad reforzada, es decir, de aquellas que el tipo contempla varias posibles acciones, de manera que la satisfacción de cualquiera de ellas lo satisface, pero al propio tiempo le es indiferente que realice más de una”.

¹⁶ Una excepción a esta regla general lo encontramos en el N° 3 del artículo 220.

Las figuras pre-quebra se refieren a comportamientos que se verifican con anterioridad a la sentencia declaratoria de quiebra y las figuras post-quebra se realizan con posterioridad a la mencionada resolución.

Una de las formas de distinguir estos tipos de figuras la encontramos en la terminología que utiliza la ley. Entonces, cuando la ley de quiebras se refiere al sujeto activo como “deudor” se refiere a una hipótesis pre-quebra. En los casos que la ley de quiebras se refiere al sujeto activo como “fallido”, se tratará de una figura post-quebra, esto debido a que la calidad de “fallido” la adquiere la persona que ya ha sido objeto de una declaración de quiebra.

Con todo, se debe tener presente que en algunas de las hipótesis descritas en los artículos 219 o 220 la ley no utiliza los términos “deudor” o “fallido”, lo que significa que, en estos casos, el comportamiento delictivo puede realizarse antes o después de la declaratoria de quiebra indistintamente, sin perjuicio que en algunas oportunidades el tenor literal de los números que describen la conducta deja de manifiesto que se refiere únicamente a hipótesis pre o post-quebra. Ejemplo de lo anterior lo encontramos en el N° 4 del artículo 219 o el N° 5 del artículo 220.

La importancia de esta clasificación radica en que, como se indicó anteriormente, el bien jurídico que se afecta en una figura pre-quebra o en una figura post-quebra es distinto, sin perjuicio que en ambos casos principalmente se afecte el patrimonio.

Otra consecuencia de esta clasificación la encontramos en materia de prescripción. Como se analiza en el punto 2.3 del apartado IV de este oficio, el término de prescripción de los delitos de quiebra culpable o fraudulenta comienza a correr desde el día de la declaratoria de quiebra, conclusión que sólo se refiere a los delitos pre-quebra, ya que el término de prescripción en las figuras post-quebra se cuenta desde la fecha del acto u omisión correspondiente.

Otras clasificaciones¹⁷ agrupan las hipótesis de quiebra culpable o fraudulenta en relación a distintos factores, como por ejemplo, si la conducta va en detrimento o disminución del patrimonio o si corresponde a una infracción documental.

Los delitos concursales patrimoniales corresponden a “acciones u omisiones del agente que menoscaban derechamente el patrimonio, sea porque disminuyan, real o ficticiamente, su activo, sea porque abulten ficticiamente su pasivo”¹⁸.

Los delitos concursales contables se refieren a “conductas del agente que comportan una desaparición de elementos de información de la historia y situación del patrimonio. No lo afectan a él directamente, pero sí afectan la posibilidad de conocer qué y cómo es el patrimonio concursal”¹⁹.

4. Quiebra culpable.

4.1 Tipo objetivo.

El artículo 219 se refiere a las distintas hipótesis que pueden configurar el delito de quiebra culpable, en los siguientes términos:

Art. 219. “La quiebra se presume culpable en los siguientes casos:

- 1. Si el deudor ha pagado a un acreedor en perjuicio de los demás, después de la cesación de pagos;**

¹⁷ El profesor Juan Esteban Puga Vial sigue esta clasificación en su obra antes citada.

¹⁸ PUGA VIAL, JUAN ESTEBAN, “Derecho Concursal. Delitos de la Quiebra”. Ob. Cit. Página 91.

¹⁹ Idem.

2. Si los gastos domésticos o personales del fallido hubieren sido excesivos, habida consideración a su capital, a su rango social y al número de personas de su familia;
3. Si el fallido hubiere perdido fuertes sumas en cualquier especie de juego, en apuestas cuantiosas o en operaciones aventuradas de bolsa;
4. Si el deudor no hubiere solicitado su quiebra, en el caso del artículo 41, o si la manifestación que hiciere no reuniese las condiciones que prescribe el artículo 42;
5. Si el deudor fuere declarado en quiebra, por segunda vez, sin haber cumplido las obligaciones que hubiere contraído en un convenio precedente;
6. Si se ausentare o no compareciere al tiempo de la declaración de quiebra o durante el curso del juicio, o si se negare a dar al síndico explicaciones sobre sus negocios;
7. Si hubiere prestado fianzas o contraído por cuenta ajena obligaciones desproporcionadas a la situación que tenía cuando las contrajo, sin garantías suficientes;
8. Si hubiere hecho donaciones desproporcionadas a su situación de fortuna, considerada en el momento de hacerlas;
9. Si no tuviere libros o inventarios o si teniéndolos, no hubieren sido llevados los libros con la regularidad exigida, de tal suerte que no manifiesten la verdadera situación de su activo y pasivo. Respecto de quienes no estén obligados a llevar libros de contabilidad, se aplicarán las normas sobre tributación simplificada establecidas por el Servicio de Impuestos Internos;
10. Si no conservare las cartas que se le hubieren dirigido con relación a sus negocios;
11. Si hubiere omitido la inscripción de los documentos que ordena la ley, y
12. Si agravase el mal estado de sus negocios durante el período a que se refiere el inciso primero del artículo 177 bis.”

El tipo objetivo del delito de quiebra culpable es de hipótesis múltiple²⁰; esto significa que la ley enumera numerosos comportamientos que pasan a ser la materia de prohibición del tipo: Es decir y como se dijo anteriormente, este es un solo delito que puede cometerse de alguna de las maneras que la ley señala.

Las figuras de quiebra culpable pueden ordenarse de la siguiente manera:

a) Figuras de quiebra culpable documental:

Art. 219:

9. “Si no tuviere libros o inventarios o si teniéndolos, no hubieren sido llevados los libros con la regularidad exigida, de tal suerte que no manifiesten la verdadera situación de su activo y pasivo. Respecto de quienes no estén obligados a llevar libros de contabilidad, se aplicarán las normas sobre tributación simplificada establecidas por el Servicio de Impuestos Internos”.

10. “Si no conservare las cartas que se le hubieren dirigido con relación a sus negocios”.

11. “Si hubiere omitido la inscripción de los documentos que ordena la ley”.

En estos casos la ley de quiebras sanciona el incumplimiento de ciertas obligaciones legales que pesan sobre aquellos que se dedican al comercio, a la agricultura, a la industria o a la minería. Estas infracciones documentales se vinculan con la determinación del activo o del pasivo, etapas importantes en el juicio civil de quiebras, como anteriormente se indicó.

b) Causales de quiebra por disminución del patrimonio.

²⁰ Cfr. GARRIDO MONTT, MARIO, Ob. Cit. Página 304.

Art. 219:

1. “Si el deudor ha pagado a un acreedor en perjuicio de los demás, después de la cesación de pagos.”

2. “Si los gastos domésticos o personales del fallido hubieren sido excesivos, habida consideración a su capital, a su rango social y al número de personas de su familia.”

3. “Si el fallido hubiere perdido fuertes sumas en cualquier especie de juego, en apuestas cuantiosas o en operaciones aventuradas de bolsa.”

7. “Si hubiere prestado fianzas o contraído por cuenta ajena obligaciones desproporcionadas a la situación que tenía cuando las contrajo, sin garantías suficientes.”

8. “Si hubiere hecho donaciones desproporcionadas a su situación de fortuna, considerada en el momento de hacerlas.”

12. “Si agravase el mal estado de sus negocios durante el período a que se refiere el inciso primero del artículo 177 bis.”

Estas figuras tienen en común que se refieren a conductas en que el fallido o deudor disminuye su activo o lo compromete sin tomar las garantías correspondientes.

Estos comportamientos perjudican a los acreedores del fallido o deudor, debido a que si este los hubiere evitado, la masa de bienes, y por lo tanto lo que le corresponde a cada acreedor que verifica en la quiebra, habría sido superior.

Sin embargo, y de acuerdo a lo señalado anteriormente, se debe tener presente que la casi totalidad de las hipótesis de quiebra culpable o fraudulenta no son figuras de resultado.

c) Otras causales de quiebra culpable.

Art. 219:

4. “Si el deudor no hubiere solicitado su quiebra, en el caso del artículo 41, o si la manifestación que hiciera no reuniese las condiciones que prescribe el artículo 42.”

Este número contiene dos hipótesis distintas:

1) No solicitar su quiebra en el plazo establecido en la ley.

2) Solicitud de propia quiebra incompleta.

La obligación de solicitar su propia quiebra, está establecida en la ley y recae solamente en los deudores que ejercen alguna de las actividades que enumera el artículo 41 de la ley de quiebras.

Dentro de las hipótesis de quiebra culpable encontramos también la figura de segunda quiebra:

Art. 219:

5. “Si el deudor fuere declarado en quiebra, por segunda vez, sin haber cumplido las obligaciones que hubiere contraído en un convenio precedente.”

Se discute en doctrina si esta hipótesis se refiere a los convenios preventivos y a los convenios simplemente judiciales o solución²¹. Sin embargo, este número debe aplicarse a ambos casos.

Por último, existe una causal de quiebra culpable que se cataloga como de falta de cooperación con los órganos concursales²²:

²¹ PUGA VIAL, JUAN ESTEBAN, “Derecho Concursal. Delitos de la Quiebra”, página 156. SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO, Ob. Cit. Páginas 444 y 445.

²² PUGA VIAL, JUAN ESTEBAN, “Derecho Concursal. Delitos de la Quiebra”, página 216 y ss.

6. “Si se ausentare o no compareciere al tiempo de la declaración de quiebra o durante el curso del juicio, o si se negare a dar al síndico explicaciones sobre sus negocios.”

4.2 Elemento subjetivo de la quiebra culpable.

Sobre el elemento subjetivo de este delito no existe acuerdo en nuestra doctrina, ni tampoco hay jurisprudencia que tenga un criterio uniforme. Brevemente expondremos los distintos argumentos acerca de este punto.

Para el profesor Juan Esteban Puga Vial, el delito de quiebra culpable, por regla general, sólo puede cometerse a título de dolo: “...la historia y la sistemática de nuestra legislación penal hacen imposible el castigo de las figuras de quiebra culpable a título culposo. Se trata de figuras dolosas”²³. Este autor estima que el grado de dolo que configura el tipo subjetivo de la quiebra culpable puede extenderse hasta el dolo eventual.

El Profesor Arturo Prado Puga estima que esta figura solamente se puede cometer en forma culposa: “...el reproche que se efectúa al quebrado es el resultado de su impericia, imprudencia temeraria o extrema ligereza...”²⁴.

Alfredo Etcheberry señala que la figura de quiebra culpable es sólo culposa: “...se trata ... de conductas que tienen como “tipo de culpabilidad” la culpa y no el dolo...”²⁵.

El profesor Mario Garrido Montt estima que se trata de figuras que pueden cometerse culposamente o dolosamente, extendiéndose también al dolo eventual²⁶.

Por último, nuestra Jurisprudencia ha sido vacilante en esta materia, al dictaminar que esta figura puede cometerse a título de culpa o de dolo: “De esta manera, para imputar negligencia al deudor por no haber cumplido con el referido plazo de quince días, es necesario acreditar suficientemente estas circunstancias culposas”²⁷; “...lo cierto es que no existe en autos prueba suficiente para estimar que ella se verificó a título doloso, pues las figuras de quiebra culpable que no contemplan un resultado dañino en su tipo, son atípicas en el evento de ser cometidas a título de culpa...”²⁸.

Ahora bien, si se estima que sólo se refieren a hipótesis culposas tendríamos que descartar el tipo penal cuando se ha obrado dolosamente, es decir, si el agente ha dirigido rectamente su voluntad hacia la comisión de una determinada hipótesis de quiebra culpable, actuando con pleno conocimiento sobre la consecuencia de su comportamiento y además lo ha conseguido, quedaría libre de pena, porque actuó con dolo y no con culpa. En cambio, si obra con negligencia o imprudencia, arriesga sanción penal, lo que en definitiva deja al comportamiento más grave (actuar u omitir dolosamente) exento de sanción, conclusión que no es lógica.

Por tanto, es opinión de este Fiscal Nacional que el delito de quiebra culpable se puede cometer a título doloso o culposo.

Se estaría frente a una quiebra culpable cometida dolosamente cuando, existiendo dolo en una hipótesis de quiebra culpable, no se dan los supuestos de la quiebra fraudulenta.

²³ PUGA VIAL, JUAN ESTEBAN, “Derecho Concursal. Delitos de la Quiebra”. Ob. Cit. Página 119. Sin embargo, el mismo autor cree que pueden existir algunos “casos muy excepcionales en que pueda admitirse la quiebra culposa”.

²⁴ PRADO PUGA, ARTURO en “El proceso de calificación de la quiebra”. Revista del Abogado. Santiago 1999, página 25.

²⁵ ETCHEBERRY, ALFREDO, Ob. Cit. Página 382.

²⁶ GARRIDO MONTT, MARIO, Ob. Cit. Página 309 a 310.

²⁷ Corte de Apelaciones de Santiago. Gaceta Jurídica N° 275, año 2003, página 192.

²⁸ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N°54.165-96.

5. Quiebra fraudulenta.**5.1 Tipo objetivo.**

El artículo 220 de la ley de quiebras enumera distintas hipótesis de comportamientos que configuran el delito de quiebra fraudulenta, en los siguientes términos:

Art. 220. “Se presume fraudulenta la quiebra del deudor:

1. Si hubiere ocultado bienes;
2. Si hubiere reconocido deudas supuestas;
3. Si hubiere supuesto enajenaciones, con perjuicio de sus acreedores;
4. Si hubiere comprometido en sus propios negocios los bienes que hubiere recibido en depósito, comisión o administración o en el desempeño de un cargo de confianza;
5. Si, posteriormente a la declaración de quiebra, hubiere percibido y aplicado a sus propios usos, bienes de la masa;
6. Si, después de la fecha asignada a la cesación de pagos, hubiere pagado a un acreedor, en perjuicio de los demás, anticipándole el vencimiento de una deuda;
7. Si ocultare o inutilizare sus libros, documentos y demás antecedentes;
8. Si, con intención de retardar la quiebra, el deudor hubiere comprado mercaderías para venderlas por menor precio que el corriente, contraído préstamos a un interés superior al corriente de plaza, puesto en circulación valores de crédito o empleado otros arbitrios ruinosos para hacerse de fondos;
9. Si, inmediatamente después de haber comprado mercaderías al fiado, las vendiere con pérdidas;
10. Si, antes o después de la declaración de quiebra, hubiere comprado para sí por interposición de un tercero y a nombre de éste, bienes de cualquier clase;
11. Si no resultare de sus libros la existencia o salida del activo de su último inventario, o del dinero y valores de cualquier otra especie que hubieren entrado en su poder posteriormente a la facción de aquél;
12. Si, en estado de manifiesta insolvencia, hubiere hecho donaciones cuantiosas;
13. Si hubiere celebrado convenios privados con algunos acreedores en perjuicio de la masa;
14. Si se ausentare o fugare, llevándose una parte de sus haberes;
15. Si el deudor, dentro del ejercicio en el cual cese en el pago de sus obligaciones o en el inmediatamente anterior, hubiere omitido, falseado o desvirtuado información de aquella que ha debido proporcionar de conformidad a la ley, acerca de su real situación legal, económica o financiera, y
16. En general, siempre que hubiere ejecutado dolosamente una operación cualquiera que disminuya su activo o aumente su pasivo.”

Las hipótesis que constituyen el delito de quiebra fraudulenta pueden agruparse en tres clases²⁹:

a) Quiebra fraudulenta documental.

En este grupo encontramos los siguientes numerales:

7. “Si ocultare o inutilizare sus libros, documentos y demás antecedentes”.

²⁹ PUGA VIAL, JUAN, “Derecho Concursal. Delitos de Quiebra”. Ob. Cit. Página 162.

11. “Si no resultare de sus libros la existencia o salida del activo de su último inventario, o del dinero y valores de cualquier otra especie que hubieren entrado en su poder posteriormente a la facción de aquél.”

15. “Si el deudor, dentro del ejercicio en el cual cese en el pago de sus obligaciones o en el inmediatamente anterior, hubiere omitido, falseado o desvirtuado información de aquella que ha debido proporcionar de conformidad a la ley, acerca de su real situación legal, económica o financiera.”

Estas hipótesis tienen en común que sancionan actos que falsean la información contenida en sus libros, o la infracción a ciertos deberes legales de información.

b) Quiebra fraudulenta por disminución del patrimonio.

A este grupo pertenecen las siguientes figuras:

1. “Si hubiere ocultado bienes.”
2. “Si hubiere reconocido deudas supuestas.”
3. “Si hubiere supuesto enajenaciones, con perjuicio de sus acreedores.”
5. “Si, posteriormente a la declaración de quiebra, hubiere percibido y aplicado a sus propios usos, bienes de la masa.”
6. “Si, después de la fecha asignada a la cesación de pagos, hubiere pagado a un acreedor, en perjuicio de los demás, anticipándole el vencimiento de una deuda.”
10. “Si, antes o después de la declaración de quiebra, hubiere comprado para sí por interposición de un tercero y a nombre de éste, bienes de cualquier clase.”
12. “Si, en estado de manifiesta insolvencia, hubiere hecho donaciones cuantiosas.”
13. “Si hubiere celebrado convenios privados con algunos acreedores en perjuicio de la masa.”
14. “Si se ausentare o fugare, llevándose una parte de sus haberes.”
16. “En general, siempre que hubiere ejecutado dolosamente una operación cualquiera que disminuya su activo o aumente su pasivo.”

Dentro de este grupo se encuentran casos de simulación (N° 2, 3 y 10), de favorecimiento indebido a determinados acreedores (N° 6 y 13), de disminución de bienes de la masa (N° 1, 5, 12 y 14) y por último una causal residual (N° 16).

c) Quiebra fraudulenta por abuso de confianza.

En este grupo encontramos las siguientes causales de quiebra fraudulenta:

4. “Si hubiere comprometido en sus propios negocios los bienes que hubiere recibido en depósito, comisión o administración o en el desempeño de un cargo de confianza.”
8. “Si, con intención de retardar la quiebra, el deudor hubiere comprado mercaderías para venderlas por menor precio que el corriente, contraído préstamos a un interés superior al corriente de plaza, puesto en circulación valores de crédito o empleado otros arbitrios ruinosos para hacerse de fondos.”
9. “Si, inmediatamente después de haber comprado mercaderías al fiado, las vendiere con pérdidas.”

Estas causales se refieren sólo a figuras pre-quiebra y tienen en común el hecho que el deudor actúa con abuso de confianza al realizar operaciones a través de las cuales se apropia de bienes ajenos para invertirlos en su empresa o ejecutar actos que están orientados a obtener liquidez rápidamente pero que lo perjudican en su situación patrimonial.

5.2 Tipo subjetivo.

La faz subjetiva del delito se integra por el dolo (conocer y querer) que puede extenderse a las categorías de dolo (directo, indirecto y eventual) que la doctrina reconoce actualmente³⁰.

6. Penalidad de estas figuras. Artículo 229.

La quiebra culpable tiene una sanción de presidio menor en cualquiera de sus grados.

La sanción establecida en la ley para la quiebra fraudulenta es de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, salvo que cualquiera de los actos delictuosos que el fallido hubiere cometido tuviere asignada mayor pena, pues entonces se aplicará esta.

De esta manera el legislador ha solucionado expresamente el concurso que pudiera existir entre el delito de quiebra fraudulenta y otro delito (estafa, apropiación indebida, delitos tributarios, etc.) a favor del ilícito que señale una pena mayor.

Sobre este punto, el profesor Etcheberry sostiene que en estos casos se sigue tratando de una quiebra fraudulenta y no de otro delito que tenga asignada una pena mayor, esto para efectos de aplicar el régimen especial que contempla la ley 18.175 para los cómplices, cónyuge y parientes³¹.

7. Concurso de personas en los delitos de quiebra culpable y fraudulenta.

Los delitos establecidos en la ley de quiebras requieren de un sujeto activo calificado, por lo que cabe dilucidar cómo se castiga la participación de terceros.

7.1 Quiebra culpable.

En cuanto al delito de quiebra culpable, cuando se refiere a hipótesis que son cometidas culposamente, no cabe la coautoría ni la presencia de cómplices o encubridores. Entonces sólo existirá responsabilidad personal, es decir, sólo autores³², como por ejemplo el caso de una empresa que tiene varios representantes legales.

En lo que se refiere a las hipótesis de quiebra culpable que son cometidas dolosamente, podrán aplicarse las reglas generales establecidas en el Código Penal sobre coautoría, complicidad y encubrimiento.

7.2 Quiebra fraudulenta. Artículo 221.

La ley ha señalado expresamente las hipótesis en que se castiga a personas, que técnicamente son coautores, como cómplices de quiebra fraudulenta, en los siguientes términos:

“Se presume que son cómplices de quiebra fraudulenta:

- 1.- Los que, de acuerdo con el fallido, supusieren créditos o alteraren los verdaderos en cantidad o fecha;**
- 2.- Los que auxiliaren al fallido para ocultar o sustraer sus bienes, sea cual fuere su naturaleza, antes o después de la declaración de quiebra;**

³⁰ Cfr. PUGA VIAL, JUAN, “Derecho Concursal. Delitos de Quiebra”. Ob. Cit. Página 165.

³¹ ETCHEBERRY, ALFREDO, Ob. Cit. páginas 385 y 386.

³² CURY URZÚA, ENRIQUE en colaboración con MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE, en “Texto y Comentario del Código Penal Chileno”. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2002, página 233.

- 3.- Los que, con conocimiento de la declaración de quiebra, ocultaren bienes, documentos o papeles de propiedad del fallido que tuvieran en su poder, o los entregaren a éste y no al síndico;
- 4.- Los que, después de la declaración de quiebra, admitieren cesiones o endosos del fallido;
- 5.- Los acreedores legítimos que celebraren convenios privados con el fallido en perjuicio de la masa;
- 6.- Los que, con conocimiento de la cesación de pagos, obtuvieren el pago anticipado del todo o parte de su crédito;
- 7.- Los agentes, corredores o comisionistas que, después de declarada la quiebra, intervinieren en cualquier operación comercial del fallido, con perjuicio de la masa.

En los demás casos se aplicarán las reglas generales que, sobre complicidad, establece el Código Penal.”

En definitiva, varias de las hipótesis de quiebra fraudulenta descritas en el artículo 220 requieren la concurrencia de dos o más personas. Para estos casos, la ley ha previsto sanciones como autor para el fallido y como cómplice de quiebra fraudulenta, de acuerdo al artículo 221, para los terceros.

En los demás casos, no previstos en el artículo 221, corresponde aplicar las disposiciones generales del Código Penal³³.

8. Quiebra impropia.

La quiebra impropia se presenta cuando “...una persona jurídica es declarada en quiebra y su giro es el comercio, la agricultura, la minería o la industria o cuando se trata de factores o representantes de una persona natural o de un incapaz quien es objeto de esta declaración. En estas alternativas son estos gerentes, directores, administradores o representantes los que responden por los delitos de quiebra culpable o fraudulenta”³⁴, “...las conductas a que se refiere esta institución son las mismas de la quiebra de una persona natural y también se trata de conductas que externamente las efectúa el fallido, pero que materialmente las ejecuta quien administra o administraba al fallido”³⁵.

Por tanto, en los casos en que una persona jurídica ha sido declarada en quiebra, la eventual responsabilidad penal recae en sus administradores, gerentes o directores, como lo indica el artículo 232 de la ley de quiebras³⁶.

Para los casos en que quien haya sido declarado en quiebra sea una persona natural, y el fallido tenga factores o representantes, se deberá aplicar el artículo 233³⁷.

³³ GARRIDO MONTT, MARIO, Ob. Cit. Páginas 313 y 314. PUELMA ACCORSI, ÁLVARO, Ob. Cit. Página 258. PUGA VIAL, JUAN, “Derecho Concursal. Delitos de Quiebra”. Ob. Cit. Página 284 y siguientes.

³⁴ GARRIDO MONTT, MARIO, Ob. Cit. Página 314.

³⁵ PUGA VIAL, JUAN, “Derecho Concursal. Delitos de Quiebra”. Ob. Cit. Página 254.

³⁶ Artículo 232, inciso primero: “Los gerentes, directores o administradores de una persona jurídica declarada en quiebra, cuyo giro quede comprendido en el artículo 41, serán castigados, sin perjuicio de la responsabilidad civil que les pueda afectar, como reos de quiebra culpable o fraudulenta, según el caso, cuando en la dirección de los negocios del fallido y con conocimiento de la situación de éstos, hubieren ejecutado alguno de los actos o incurrido en alguna de las omisiones a que se refieren los artículos 219 y 220, o cuando hubieren autorizado expresamente dichos actos u omisiones.”

³⁷ Artículo 233: “Los factores o representantes del fallido que sea persona natural serán castigados como autores de quiebra culpable o fraudulenta si, en representación de su principal o mandante y en conocimiento de la situación de éste, hubieren ejecutado sin órdenes o instrucciones suyas algunos de los actos o hubieren incurrido en algunas de las omisiones a que se refieren los artículos 219 y 220. Las inhabilidades, medidas preventivas y penas que procedan, se aplicarán, en el caso de incapaces, a los representantes legales que hubieren intervenido en los actos o contratos que produjeron el mal estado de los negocios o en los que den fundamento para declarar la quiebra culpable o fraudulenta.”

Situación de las personas jurídicas.

En virtud de lo señalado en el artículo 58 inciso segundo del Código Procesal Penal, la responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Respetando este principio general, es que la ley 18.175 estableció la figura de quiebra impropia³⁸.

La ley sanciona al gerente, director o administrador de la sociedad fallida³⁹ que tenga como giro alguna de las actividades señaladas en el artículo 41, cuando ha incurrido en los comportamientos que expresamente señala el artículo 232, es decir: dirigir los negocios del fallido con conocimiento del estado de estos, y, además, incurrir en alguna de las hipótesis establecidas en los artículos 219 y 220.

El sujeto activo puede directamente incurrir en alguno de los comportamientos que señalan los artículos 219 y 220, como en los casos del administrador o gerente; como también autorizar expresamente que se cometan las infracciones, en el caso de los directores.

La penalidad de la quiebra impropia es la que corresponda según se trate de quiebra culpable o fraudulenta⁴⁰.

Las situaciones de quiebra impropia son las que más se presentan en la realidad, por lo que corresponde determinar la calificación del sujeto activo (gerente o director o administrador), desde cuándo ha estado en la posesión del cargo, los poderes de dirección que se le hayan entregado por estatuto o por ley, entre otros antecedentes.

9. Figura especial aplicable al síndico de quiebras.

El artículo 38 de la ley 18.175 sanciona al síndico que “**se concertare con el deudor, con algún acreedor o tercero para proporcionarle alguna ventaja indebida o para obtenerla para sí, será penado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, salvo que cualquiera de los actos delictuosos que hubiere cometido en el desempeño de su cargo tuviere asignada mayor pena, pues entonces se aplicará ésta. Será, además, castigado con inhabilidad especial perpetua para ejercer el cargo de síndico.**”

10. Figura del inciso segundo del artículo 232⁴¹

Esta norma señala: “**Serán castigados con reclusión o relegación menores en su grado mínimo a medio si se han repartido dividendos a los socios, a propuesta del directorio, a sabiendas que no correspondían a utilidades efectivas. La pena se elevará en un grado si esos repartos han ocasionado la quiebra.**”

³⁸ PUGA VIAL, JUAN, “Derecho Concursal. Delitos de Quiebra”. Ob. Cit. página 254. ETCHEBERRY, ALFREDO, Ob. Cit. página 385.

³⁹ El gerente es aquel “... a cargo de la administración inmediata de la sociedad en su giro ordinario.”; el director es miembro del directorio de una Sociedad Anónima (que no respondería en los casos en que se haya opuesto al acuerdo que configura la hipótesis de quiebra culpable o fraudulenta). El administrador se refiere a “... las personas naturales que el pacto social o en subsidio la ley les encomiendan la administración de la sociedad...” PUELMA ACCORSI, ALVARO, “Sociedades”. Tomo II Editorial Jurídica de Chile. Santiago 2001. páginas 596 y ss.

⁴⁰ ETCHEBERRY, ALFREDO, Ob. Cit. página 385.

⁴¹ Para el profesor Ricardo Sandoval esta es una figura independiente a las de quiebra fraudulenta y culpable. Ob. Cit. Página 434.

IV.- ASPECTOS PROCESALES

1. Acción penal.

La investigación puede iniciarse de las distintas maneras que indica el artículo 222 de la ley de quiebras⁴² (se debe tener presente que el texto definitivo de este artículo ha sido establecido por la ley N° 20.004 de 8 de marzo de 2005 y que entra en vigencia el día 7 de mayo de 2005):

- a) Denuncia de la junta de acreedores;
- b) Denuncia o querrela de cualquier acreedor;
- c) Cuando la acción penal no sea ejercida por los anteriormente indicados, pero hubiere mérito para que se investiguen esos hechos la Superintendencia de Quiebras los denunciará al Ministerio Público, entregándole copia de la sentencia declaratoria de quiebra y todos los demás antecedentes que obren en su poder;
- d) De oficio por el Ministerio Público.

Por tanto, los ilícitos de quiebra culpable y fraudulenta contemplados en la ley N° 18.175 corresponden a delitos de acción penal pública⁴³.

Además, atendida la nueva redacción del artículo 222 y en virtud de las modificaciones incorporadas a la ley de quiebras por la ley 19.806 la Superintendencia de Quiebras no tiene facultad para presentar querrela ante el Juez de Garantía ni tampoco puede actuar como interviniente en el Proceso Penal. Solamente puede presentar denuncia ante el Ministerio Público en los términos del citado artículo 222.

El síndico privado de la quiebra puede presentar querrela, siempre y cuando cuente con mandato otorgado en ese sentido por parte de la junta de acreedores, esto de acuerdo al artículo 27 de la ley 18.175, en virtud del cual el síndico representa los intereses generales de los acreedores, en lo concerniente a la quiebra.

1. Bis. Situación del oficio despachado por el Juez Civil.

Antes de las modificaciones introducidas por la ley 19.806 a la ley de quiebras, se contemplaba la posibilidad que el proceso de calificación comenzara por instrucción de sumario dictado por el Juez del Crimen a causa de un oficio que le enviaba el Juez Civil en donde le comunicaba "... la individualización del fallido, la circunstancia de si éste solicitó su propia quiebra y todos los demás antecedentes que estime necesario para el éxito de la investigación. Este documento, junto con una copia autorizada de la resolución que declaró la quiebra del deudor comerciante, servirán de autocabeza de proceso..."⁴⁴.

⁴² Artículo 222: "Declarada la quiebra, la junta de acreedores podrá efectuar denuncia y cualquier acreedor podrá efectuar denuncia o interponer querrela criminal si estimare que se configura alguno de los hechos previstos en los artículos 219, 220 y 221. Si no se ejerciere acción penal, pero hubiere mérito para que se investiguen esos hechos, la Superintendencia de Quiebras los denunciará al Ministerio Público, poniendo en su conocimiento la declaración de quiebra y los demás antecedentes que obraren en su poder. Lo dispuesto en los incisos precedentes no obsta a la facultad del Ministerio Público para iniciar de oficio la investigación criminal."

⁴³ La existencia de recursos contra la sentencia declaratoria de quiebra no obsta al inicio del proceso de calificación de la quiebra. Cfr. PUGA VIAL, JUAN ESTEBAN, "Derecho Concursal. Delitos de Quiebra". Ob. Cit. Página 342.

⁴⁴ SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO. Ob. Cit. página 454.

Sin perjuicio que la anterior situación descrita ya no está contemplada en la ley, los Juzgados Civiles continúan enviando oficios, ahora dirigidos al Ministerio Público, para que inicie la investigación de un delito de quiebra culpable o fraudulenta.

Ante esta situación, se recomienda a los Fiscales Adjuntos que recibido el oficio antes indicado se inicie de oficio la correspondiente investigación.

2. Salidas Preliminares.

2.1 Archivo provisional.

En la medida que no se haya producido la intervención del Juez de Garantía⁴⁵, **las investigaciones relacionadas con los delitos de quiebra culpable y fraudulenta pueden ser archivadas provisionalmente siempre y cuando no aparecieren antecedentes que permitieran desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos.**

El artículo 167 del Código Procesal Penal señala que si el delito merece pena aflictiva⁴⁶ el Fiscal deberá someter su decisión de archivo provisional al Fiscal Regional. A este respecto se debe tener presente que el artículo 229 de la ley 18.175 indica que las penas aplicables a la quiebra culpable y fraudulenta corresponden a presidio menor en cualquiera de sus grados y presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, respectivamente.

En virtud de lo anterior, previo a la decisión de archivar provisionalmente la investigación y sin perjuicio de la realización de diligencias mínimas de investigación, deberá solicitarse la aprobación del Fiscal Regional.

Estas diligencias mínimas podrán consistir, entre otras, en solicitar el expediente civil, tomar declaraciones a las víctimas, síndicos, testigos, y contadores.

Se recuerda además tener presente lo establecido en los Oficios e Instructivos de este Fiscal Nacional⁴⁷.

2.2 Principio de oportunidad.

En virtud de lo señalado en el artículo 170 del Código Procesal Penal, esta salida preliminar puede aplicarse en los casos en que no se trate de un hecho que comprometiére gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se trate de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

Por lo tanto, tratándose del delito de quiebra fraudulenta, atendida la pena asignada por la ley, y tratándose de quiebras en que haya intervenido un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, no procede la aplicación del principio de oportunidad.

En cambio y en principio, podría resultar aplicable a los casos en que se investigue un delito de quiebra culpable, en razón que la pena asignada al delito es de presidio menor en cualquiera de sus grados. Sin perjuicio de lo anterior, es necesario analizar los antecedentes de la investigación y evaluar la concurrencia del grave compromiso del interés público, en los términos del artículo 170 del Código Procesal Penal.

⁴⁵ Un ejemplo de intervención del Juez de Garantía es la declaración de admisibilidad de querrela de algún acreedor.

⁴⁶ Artículo 37. Código Penal: "Para los efectos legales se reputan aflictivas todas las penas de crímenes y respecto de las de simples delitos, las de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados máximos."

⁴⁷ Instructivos N° 42-2001 y 75-2001, Oficios N° 37-2004 y N° 542-2004.

Ahora bien, en los delitos concursales, incluso en el caso de la quiebra culpable, atendida la naturaleza de la quiebra y las características especiales de estos ilícitos, se estima que existe un compromiso del interés público, que excluye la posibilidad de aplicar principio de oportunidad. Por esta razón se recomienda a los Fiscales no aplicar esta salida preliminar a estos delitos.

Todo lo anterior es sin perjuicio de los Oficios e Instructivos de este Fiscal Nacional sobre la materia⁴⁸.

2.3 Facultad de no iniciar la investigación.

Al igual que el archivo provisional, para aplicar la facultad de no iniciar la investigación no debe haber intervenido el Juez de Garantía.

Sin embargo, cuando la investigación se haya iniciado por denuncia, correspondería aplicar esta salida a los casos en que se constate que aún no se ha declarado la quiebra por el Juez Civil. En los demás casos deberán realizarse las diligencias necesarias para esclarecer si concurre alguna causal que posibilite la aplicación de esta facultad.

Lo que se ha indicado en este punto es sin perjuicio de los Oficios e Instructivos dictados por esta Fiscalía Nacional⁴⁹.

Cabe llamar la atención en relación con el presupuesto contenido en el artículo 168 relativo a la extinción de la responsabilidad penal por prescripción. Tratándose de la acción para perseguir un delito de quiebra, existen dos opiniones:

Por una parte se sostiene que el término de la prescripción empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido la conducta descrita en el artículo 219 o 220⁵⁰, en cambio, por otra parte se sostiene que el término de la prescripción se cuenta desde la fecha de la sentencia declaratoria de quiebra⁵¹.

Sobre este punto, adhiriendo a la opinión mayoritaria se estima que el plazo de prescripción de las figuras pre-quiebra comienza a correr desde la fecha de la sentencia declaratoria de quiebra. En los casos de delitos post-quiebra el término de prescripción empieza a correr desde la fecha del respectivo hecho.

3. Salidas Alternativas.

3.1 Acuerdos reparatorios.

El tema de la relación entre los acuerdos reparatorios y los delitos de quiebra culpable y fraudulenta no es un asunto que tenga una solución ya consolidada en la práctica; a lo anterior debemos agregar que no existen hasta el momento pronunciamientos jurisprudenciales en esta materia.

Luego, para determinar su procedencia, es necesario realizar un análisis de las normas del Código Procesal Penal y de la ley de quiebras, que se refieran o incidan directamente en este punto.

Acerca de la procedencia de los acuerdos reparatorios en materia de delitos concursales, en primer lugar debemos tener presente el bien jurídico protegido por los delitos de quiebra culpable y fraudulenta.

Anteriormente se indicó que los delitos concursales establecidos en la ley 18.175 corresponden a figuras pluriofensivas, pero que protegen preferentemente el patrimonio, por lo tanto, en principio y en atención a la naturaleza del bien jurídico protegido, los acuerdos reparatorios procederían en los casos de quiebra culpable o fraudulenta.

⁴⁸ Instructivo N° 35-2000.

⁴⁹ Instructivo N° 75-2001, Oficio N° 37-2004.

⁵⁰ PUGA VIAL, JUAN ESTEBAN, "Derecho Concursal. Delitos de Quiebra". Ob. Cit. Página 292 y ss.

⁵¹ SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO. Ob. Cit. página 433. PUELMA ACCORSI, ÁLVARO, Ob. Cit. Página 253.

Sin perjuicio de lo anterior, es altamente probable que, tratándose de estos delitos, el acuerdo reparatorio imponga al imputado/fallido el pago de cierta cantidad de dinero a las víctimas que concurren al acuerdo.

En virtud de lo anterior, se debe tener muy presente que un acuerdo reparatorio que dé término a un proceso de calificación de quiebra y que lleve aparejado algún tipo de pago por parte del fallido que beneficie solamente a algunos acreedores o a uno solo, podría configurar alguna de las hipótesis de quiebra culpable o fraudulenta que contempla la ley⁵², ya que se está pagando a un acreedor fuera del proceso civil de la quiebra, infringiéndose la par *condictio creditorum*.

Por esta razón, en el evento de celebrarse, el acuerdo reparatorio deberá involucrar a todos los acreedores que posean créditos reconocidos, de esta manera no habría infracción a la par *condictio*.

En este caso, el acuerdo reparatorio podría ser convenido entre síndico e imputado. Aunque en este caso, el síndico deberá actuar por mandato de la Junta de Acreedores.

Relacionado con lo anterior, se debe tener presente que en el proceso civil de la quiebra, y de acuerdo al grado de avance del mismo, pueden existir créditos verificados, créditos reconocidos y créditos impugnados.

Por lo tanto, puede ocurrir que después de la celebración del acuerdo reparatorio, un acreedor verifique en forma extraordinaria o el Tribunal Civil resuelva definitivamente la impugnación de un crédito a favor del acreedor y que estos insten a que se reabra el proceso de calificación.

En estos casos, y en virtud de los efectos subjetivos del acuerdo reparatorio, el proceso de calificación de la quiebra debería reabrirse ya que estas víctimas no concurren al acuerdo reparatorio.

De acuerdo a las consideraciones expresadas anteriormente, sin perjuicio que pueden no ser las únicas, y tomando en cuenta la dificultad práctica que presentan los acuerdos reparatorios relacionados con los delitos de quiebra culpable y fraudulenta es que este Fiscal Nacional considera necesario, en **virtud de las consideraciones expuestas en este punto y dados los problemas prácticos y especialmente debido a que los acuerdos reparatorios alcanzados pueden constituir hipótesis de quiebra culpable o fraudulenta, recomendar a los Fiscales evaluar con detención la procedencia y conveniencia del acuerdo reparatorio.**

Sin perjuicio de lo anterior, los Fiscales deberán siempre oponerse cuando exista un interés público prevalente en la persecución penal de los delitos de quiebra fraudulenta y culpable.

Además se debe tener presente que el concepto de delitos culposos que utiliza el Código Procesal Penal, no se relaciona con la quiebra culpable en que el sujeto haya actuado con culpa.

Todo lo anterior es sin perjuicio de los Oficios e Instructivos de este Fiscal Nacional⁵³.

3.2 Suspensión Condicional.

En cuanto a la procedencia de esta salida alternativa, es necesario tener presente que la pena establecida para los delitos de quiebra culpable o fraudulenta, en su umbral más alto, supera los tres años de privación de libertad. Sin embargo, la pena concreta que en definitiva se imponga podrá ser inferior a tres años, caso en el que procedería la suspensión condicional.

Se advierte un problema en relación con las condiciones que puede imponer el Juez de Garantía al imputado; concretamente con la letra e) del artículo 238 del Código Procesal Penal. Esto, porque si el fallido/imputado paga una suma de dinero a una víctima/acreedor en virtud de la suspensión condicional, podría

⁵² Podría tratarse de alguna hipótesis de quiebra culpable (219 N° 1) o de quiebra fraudulenta (220 N° 6 ó 13).

⁵³ Instructivos N° 34-2000 y N° 63-2001, Oficio N° 38-2003.

estar obteniendo un pago fuera del proceso civil de la quiebra, con lo que se infringiría la par conditio e incluso se podría estar ante un hecho que configurara alguna de las hipótesis de quiebra culpable o fraudulenta⁵⁴.

Por lo tanto, en principio, procede la suspensión condicional siempre y cuando no se fije como condición el pago de cierta suma de dinero a alguno de los acreedores, por las razones antes expuestas.

Esto es sin perjuicio de lo establecido en el Código Procesal Penal y en los Instructivos y Oficios de este Fiscal Nacional⁵⁵.

3.3 Situación de los convenios.

La ley de 18.175 regula los convenios preventivos, que tienen como finalidad prevenir la declaratoria de quiebra, y los judiciales, cuyo objeto es alzar el estado de quiebra.

Como primer punto debemos destacar que por expresa mención del artículo 196 de la ley de quiebras, la aprobación del convenio judicial no impide que continúe el procedimiento de calificación de la quiebra.

Por lo tanto, aún cuando los Fiscales que investiguen un delito de quiebra tomen conocimiento de la celebración de un convenio, se deberá continuar con la investigación sobre la posible comisión de un delito concursal.

Ahora bien, puede ocurrir que los convenios judiciales se relacionen con las salidas alternativas, en el sentido que se intente traspasar los efectos del convenio judicial a sede penal para fundamentar un acuerdo reparatorio o una suspensión condicional del procedimiento.

En este sentido, se recomienda a los Fiscales del Ministerio Público oponerse al acuerdo reparatorio o no solicitar al Juez de Garantía la suspensión condicional, cuando el acuerdo en torno a la aplicación de estas salidas alternativas consista, directa o indirectamente en la celebración de un convenio judicial, de acuerdo a la ley de quiebras.

4. Procedimiento.

En esta materia se sugiere a los Fiscales optar por el procedimiento abreviado o Juicio Oral.

V.- RECOMENDACIONES GENERALES EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN.

1. Los delitos de quiebra culpable o fraudulenta suponen una investigación de cierta complejidad. Se requiere un análisis de la información obtenida de distintas fuentes y contextualizarla de manera tal que se relacione con las hipótesis de quiebra culpable o fraudulenta que señala la ley.

Sin perjuicio de las particularidades específicas de cada investigación, en términos generales, se recomienda que la primera etapa de la investigación esté orientada principalmente a obtener el máximo de información relacionada con el fallido y el proceso de quiebra.

Para ello es fundamental comenzar a recoger la información útil del expediente civil de quiebra y, si se estima conveniente, obtener copia íntegra del cuaderno principal y de administración.

⁵⁴ Quiebra culpable (219 N° 1) o quiebra fraudulenta (220 N° 6 ó N° 13).

⁵⁵ Instructivo N° 36-2000, Oficio N° 163-2002.

En el mencionado expediente, se sugiere a los Fiscales prestar especial atención a: la sentencia declaratoria de quiebra (especialmente en la mención sobre la calidad del fallido, es decir, si está comprendido o no en el artículo 41); la solicitud de quiebra; el acta de inventario; la resolución que fija la fecha de cesación de pagos; las nóminas de créditos verificados y reconocidos.

2. Es fundamental el análisis de los libros contables del fallido, para ello es conveniente tener presente que normalmente estos libros fueron incautados por el síndico de la quiebra.

En estos casos se recomienda solicitar a este la entrega voluntaria de los libros, de acuerdo a lo establecido en el artículo 217 del Código Procesal Penal.

Puede ocurrir que el síndico no haya incautado ningún libro, pero esto no significa necesariamente que el fallido no los haya llevado, **por tanto, en casos como este, se recomienda realizar las indagaciones pertinentes para establecer la existencia de libros y proceder a su incautación. Esto, sin perjuicio de la posibilidad de efectuar las diligencias pertinentes para lograr la reconstitución de la contabilidad, en los casos en que esta no sea habida. Para ello, la información que posee el Servicio de Impuestos Internos acerca de la contabilidad del fallido puede facilitar el proceso de reconstitución antes mencionado.**

3. También relacionado con la contabilidad, es conveniente contar con la declaración de el o los contadores del fallido. Generalmente son los síndicos quienes poseen antecedentes acerca del contador, esto sin perjuicio de la información que tiene el Servicio de Impuestos Internos.

Por otro lado, en muchas oportunidades quienes tienen una visión general de toda la quiebra son los síndicos, por esta razón se recomienda mantener una comunicación constante con ellos, con el fin de recopilar la información útil para la investigación.

Especialmente se sugiere solicitar al síndico, si es del caso, los antecedentes que posea sobre actos que el fallido realizó antes o después de la declaratoria de quiebra y que perjudicaron a la masa. También acerca de la o las acciones revocatorias que pretende interponer, o ya interpuso, en contra el fallido.

4. La mayoría de los delitos de quiebra culpable o fraudulenta necesitarán para su acreditación la realización de una pericia contable.

Por ello, se recomienda contar con toda la documentación necesaria para que la pericia tenga resultados positivos, además, es conveniente que las solicitudes de dichas pericias tengan un objetivo claro y preciso que se relacione con las hipótesis investigadas.

En cuanto a las instituciones que realizan pericias contables, cabe destacar que la Superintendencia de Quiebras cuenta con un equipo de auditores especialmente capacitados para evacuar informes en estas materias.

Además se recomienda mantener una comunicación permanente con el perito ya que este podría requerir información adicional a la originalmente entregada por el Fiscal.

5. En los casos en que se sospeche de complicidades de quiebra fraudulenta, se estima conveniente realizar las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

Estas complicidades podrían aparecer, por ejemplo, en los casos en que algún miembro del grupo relacionado al fallido, posea bienes que presumiblemente provienen del patrimonio del fallido pero que no fueron incautados porque habrían sido ocultados.

También se estima necesario prestar atención a situaciones de operaciones sospechosas entre sociedades relacionadas que tienen como resultado una disminución del activo o un aumento del pasivo, que, por ejemplo, no hayan sido consistentemente reflejadas en el balance.

Se deberá tener presente que no corresponde a este Fiscal Nacional instruir sobre la actuación procedente en las situaciones particulares en que deban intervenir, debiendo por tanto estar debidamente preparadas las Fiscalías Regionales para adoptar las decisiones pertinentes.

El presente oficio deberá ser distribuido a los fiscales adjuntos, asesores jurídicos de las Fiscalías Regionales, para su conocimiento y cumplimiento de los criterios de actuación que se imparten, sin perjuicio de las observaciones y dudas que puedan formularse a través de las Fiscalías Regionales.

Saluda atentamente a UDS.,

GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

GPR/MFM/AMD

OFICIO F.N. N° 273/

ANT. : Oficios N°116 de 29 de Marzo de 2004, N°258 de 2 de Junio de 2004, N°264 de 8 de Junio de 2004 y N°262 de 6 de Mayo de 2005.

MAT. : Fija criterios de actuación respecto de hurto faltas.

ADJ. : Copia de sentencia que indica

SANTIAGO, mayo 10 de 2005

DE : SR. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

A : SRES. FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS DE TODO EL PAÍS, ASESORES JURÍDICOS, Y DIRECTORES DE UNIDADES ESPECIALIZADAS

Con motivo de la promulgación de la Ley N° 19.950, publicada en el Diario Oficial de 5 de junio de 2004, este Fiscal Nacional impartió instrucciones generales sobre la forma de implementar las modificaciones introducidas al Código Penal y al Código Procesal Penal, cuya finalidad fue obtener el aumento de las sanciones a los delitos de hurtos y de facilitar su denuncia e investigación.

Como es de su conocimiento, su artículo 1° modificó los artículos 446, 451 y 494 N°19 y agregó el artículo 494 bis. Como consecuencia de lo anterior los hurtos pasaron al rango de simples delitos, penados en el artículo 446 del Código Penal, tratándose de especies cuyo valor exceda de media unidad tributaria mensual, a diferencia de lo que se disponía con anterioridad, en que se tipificaban como tales el hurto de especies de valor superior a una unidad tributaria mensual.

En cuanto a los hurtos de especies de valor igual o inferior a media unidad tributaria mensual, pasaron a ser tipificados como faltas por el nuevo artículo 494 bis agregado por dicha ley, penados con prisión en su grado mínimo a medio y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, elevándose de ese modo la penalidad establecida para iguales hechos. Por la misma norma se estableció como agravante la reincidencia y la participación en el hurto de individuos mayores y menores de edad.

Por último, su inciso final dispuso que se sancionaría “también la falta frustrada y la tentativa, conforme a las definiciones del artículo 7°”, estableciéndose de ese modo, una excepción al principio contenido en el artículo 9° del Código Penal, en cuanto a que las faltas se castigan sólo si han sido consumadas.

Lo anterior tuvo su origen en las dificultades que se habían generado por la jurisprudencia emanada de diversos tribunales respecto al momento de consumación de los hurtos falta, dando lugar a que se dictaran fallos absolutorios.

Estos se basaban en que, al momento de ser sorprendidos los imputados, no se habrían cumplido con todos los elementos del artículo 432 del Código Penal, en lo que se refiere a la exigencia de haberse apropiado de la cosa hurtada. A ello se sumaba el hecho de que, conforme a lo previsto en los artículos 7 y

9 del Código Penal, los delitos de hurto-falta sólo podían ser sancionados desde el momento en que se consuman, siendo impunes las etapas de desarrollo anteriores a ésta.

En los referidos fallos, con criterio no compartido por este Ministerio Público, se sostuvo que no existía consumación mientras las especies se mantuvieran dentro de la esfera de custodia de sus propietarios, llevado el concepto de la esfera de custodia a excesos que imposibilitaban la sanción de los ilícitos investigados.

Con la entrada en vigencia de la ley 19.950 adquirió menor importancia ese cuestionamiento, atendido que los hurto falta pasaron a ser sancionados en grado de tentativa y frustrado. Así ocurrió en fallos dictados por tribunales que acogieron nuestra tesis relativa a la remisión que correspondía hacer a los artículos 51 y 52 del Código Penal, que regulan la penalidad de los delitos frustrados y tentados, aplicando el artículo 7° del Código Penal al que a su vez se remite el artículo 494 bis del mismo Código. Otros tribunales resolvieron que el hurto falta tentado o frustrado debía ser sancionado en la misma forma que el consumado, por el uso de la expresión “también” que comprende el artículo 494 bis.

Sin embargo, ante los diversos fallos adversos de las Cortes de Apelaciones se optó por recurrir de nulidad ante la Excm. Corte Suprema, haciendo valer la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, atendida la existencia de distintas interpretaciones sostenidas en fallos dictados por los tribunales superiores, y de acuerdo a lo previsto en el artículo 376 del mismo Código.

Por sentencia de 14 de abril de 2005, dictada en recurso de nulidad Ingreso N° 3-2005, la Segunda Sala de la Corte Suprema rechazó el recurso, con lo que mantuvo el criterio del fallo absolutorio, por fundamentos ya destacados en Oficio N° 262 de 6 de mayo en curso, por el cual les hice llegar copia de la referida sentencia. En síntesis, determinó que el delito fue tipificado en forma incompleta por el legislador al no señalar de forma precisa y clara la sanción correlativa que corresponde aplicar a esos tipos de comisión del ilícito. Concluye que la sentencia condenatoria atentaría contra el principio de legalidad consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Carta Fundamental, que se refiere tanto a la descripción típica del hecho ilícito, como a la sanción que de manera estricta se señale respecto de un determinado ilícito.

Sin perjuicio de las medidas legislativas que puedan adoptarse ante esa realidad, resulta necesario fijar criterios de actuación teniendo en cuenta la tendencia jurisprudencial existente tanto respecto de hurtos falta consumados, como sobre la insuficiencia legislativa del inciso final del artículo 494 bis del Código Penal.

Los criterios de actuación que pasan a explicarse se adoptan luego de escuchado el Consejo General del Ministerio Público del día 5 de mayo en curso.

1.- Hurto falta consumado:

En primer término corresponde que los fiscales sostengan la existencia de hurto falta consumado, y soliciten que se aplique la pena correspondiente, en cada oportunidad que los antecedentes de hecho lo permitan.

Al respecto se estima oportuno poner en su conocimiento la sentencia dictada por la I. Corte de Apelaciones de Temuco, en la cauda RUC 0500064570-8 del Juzgado de Garantía de Pucón, que rechazó el recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública en contra de la sentencia condenatoria de 24 de Marzo del año en curso, dictada por ese tribunal. El Tribunal de Garantía condenó al imputado a la pena de dos unidades tributarias mensuales como autor de hurto falta.

En dicho caso el hecho investigado consistió en el hurto efectuado en el supermercado Pucón Oriente de dos botellas de tequila de valor total de \$9,300, ocultadas en la ropa del autor y que pasó la caja registradora, siendo detenido después de ello por el guardia de seguridad del supermercado, sin que hubieran salido del supermercado, lo que implicaría no haber salido de la esfera de custodia del mismo.

En sentencia de 6 de mayo en curso, la Iltma. Corte argumenta en su Considerando Quinto **“Que uno de los elementos constitutivos del delito de hurto es el apoderamiento de la cosa con ánimo de señor y dueño.”**

Agrega en el mismo Considerando que **“En consecuencia, si el imputado tomó las especies desde las estanterías del supermercado, las escondió entre sus ropas y traspasó las cajas recaudadoras, sin pagar el valor de aquellas especies, asumió desde ese instante las facultades de señor y dueño quedando, de hecho, en estado de hacer uso de las facultades que esa condición le entregaba.”**

Señala además en el párrafo final del Considerando Octavo que **“Y tal como lo señaló en estrados el Ministerio Público la intervención posterior del guardia del local comercial, al detener al imputado después de haber traspasado las cajas de pago, y antes de salir del recinto, sólo impidió el agotamiento de delito, pero no su consumación”.**

Este fallo es concordante con decisiones anteriores, como es el caso de la sentencia dictada por la I. Corte de apelaciones de Valdivia en causa RUC 0300102703-7 de la Fiscalía Local de Valdivia, la cual acogió el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, en contra de la sentencia de 18 de diciembre de 2003, dictada por el juez de garantía.

La sentencia recurrida había absuelto al imputado del hurto de especies practicado en el Supermercado Santa Isabel, valuadas en \$3.236, basado en que las especies aún no habían salido totalmente de la esfera de custodia del dueño, no obstante haber traspasado las cajas registradoras del recinto comercial, motivo por el cual el imputado jamás pudo disponer de tales especies, y que, por tratarse de una falta en grado de tentativa, no sería punible.

La Corte de Apelaciones de Valdivia, resolvió que, a juicio de los sentenciadores, si el sujeto tomó la especie, la ocultó entre sus ropas pasando con ellas a través de las cajas de supermercado, indudablemente lo que perseguía era apropiarse de ellas, sacándola, por lo tanto, de la esfera de custodia de su propietario y demostrando su ánimo de lucro. Agrega, que perfectamente pudo haber dispuesto de la cosa ingiriéndola inmediatamente después de haber salido del recinto.

Se instruye por tanto, que en primer término los fiscales ponderen debidamente la opción de sostener la existencia de un hurto falta consumado.

2.- Hurto falta tentado o frustrado.

Deberá aplicarse el criterio que a continuación se indica, sólo en los casos en que quede totalmente descartada la opción anterior, esto es, cuando no existan antecedentes que permitan sostener que se está en presencia de un hurto falta consumado de especies cuyo valor no exceda de media unidad tributaria mensual.

Para ese caso, atendido lo resuelto por la Excma. Corte Suprema en cuanto a que el hurto falta en grado de frustrado o de tentativa ha sido sancionado legalmente en forma imperfecta, corresponde hacer uso de la facultad que confiere el artículo 168 del Código Procesal Penal, y por consiguiente adoptar la decisión de no investigar.

En todo caso, las Fiscalías Regionales deberán insistir ante las policías que los hurtos falta consumados son punibles y que, existiendo duda, deben consultar a los fiscales, por la dificultad que pueda implicar discernir cuándo el delito está consumado o frustrado.

En el caso de los supermercados con cajas registradoras, se debe sostener el criterio contenido en el fallo de la I. Corte de Apelaciones de Temuco citado y que se les remite adjunto, conforme al cual el delito se encuentra consumado una vez que el imputado ha traspasado las cajas de pago y antes de salir del recinto, oportunidad desde la cual se ha impedido que el dueño del supermercado pueda disponer de las especies hurtadas, como señor y dueño.

Agradeceré a UDS. distribuir este instructivo a los fiscales y asesores que contiene criterios de instrucción fijados después de oír a los Fiscales Regionales en sesión ordinaria del día 5 de mayo en curso, y adoptar las medidas necesarias a fin se le dé debido cumplimiento.

Saluda atentamente a UDS.

**GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO**

GPR/SMG/ACHT

OFICIO FN N° 306 /

ANT. : No hay.

MAT. : Orientaciones sobre ley N° 20.014 que modificó la ley N° 17.798 sobre control de armas.

ADJ.: Se adjunta cuadro que indica.

SANTIAGO, mayo 24 de 2005

DE : SR. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

A : SRES. FISCALES REGIONALES, FISCALES ADJUNTOS, DIRECTORES UNIDADES ESPECIALIZADAS Y ASESORES JURÍDICOS

En el Diario Oficial del 13 de mayo del 2005, se publicó la ley N° 20.014 que modifica la ley N° 17.798 sobre control de armas y además deroga el numeral 3° del artículo 494 del Código Penal, junto con establecer diversas disposiciones transitorias sobre la vigencia de la ley.

Constituyendo la ley 20.014 una normativa de frecuente aplicación y habiéndose dispuesto su vigencia inmediata, salvo algunas excepciones, esta Fiscalía Nacional estima conveniente referirse a las orientaciones y contenidos de la nueva normativa para que sean considerados por los fiscales, asesores jurídicos y unidades especializadas.

La materia regulada por la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas, ya fue analizada por la Fiscalía Nacional mediante instructivo N° 47, de febrero de 2001, especialmente en lo relativo a la competencia del Ministerio Público para investigar los delitos previstos en ella. Sin embargo, dadas las numerosas modificaciones introducidas en dicho texto legal por la Ley 20.014, de 13 de mayo de 2005, se hace necesario revisar y actualizar las instrucciones anteriores para adecuarlas a las nuevas normas.

Asimismo, mediante oficio N° 468 de la Fiscalía Nacional, de 5 de octubre de 2004, se analizó la Ley 19.975 —publicada en esa misma fecha—, que modificó el Código Penal en lo que concierne al uso y porte de armas en la comisión de delitos y también como delito autónomo.

Sin embargo, esta última ley difiere de la que hoy comentamos, porque la única referencia específica a las armas de fuego que ella contiene es al incorporar la nueva circunstancia agravante del Art. 12, N° 20, pero no como delito autónomo, en tanto que el nuevo delito de porte de armas creado por esa misma ley, se circunscribe exclusivamente a las *armas blancas*. En consecuencia, ambas leyes se mueven en planos distintos. Ello no obstante, en los apartados pertinentes haremos mención de los eventuales problemas concursales que pudiesen presentarse en la aplicación de ambas leyes.

Hechas las precisiones anteriores, nos abocaremos a analizar las modificaciones de la Ley de Control de Armas introducidas por la ley N° 20.014.

Ante todo hay que destacar que la finalidad que se persigue con las modificaciones legales es propender a que se reduzca al máximo la cantidad de armas existentes en el país, como una manera indirecta de combatir el creciente uso de armas de fuego en la comisión de delitos. De ahí que lo que caracteriza la ley que comentamos es, en términos generales, las mayores exigencias para la inscripción de armas lícitas, un endurecimiento de las penas para los delitos que prevé la Ley de control de armas, y mayores atribuciones de fiscalización de las autoridades encargadas de hacerla cumplir. Por otra parte, se trata de adecuar la ley a la realidad actual del país, dejando de lado el objetivo original de la ley, que era la represión de grupos armados con vistas a reforzar la lucha contra el terrorismo. Una demostración palmaria de ello es la derogación del Art. 25¹.

Para una mejor sistematización de los cambios introducidos por la nueva ley, dividiremos su estudio en materias administrativas, penales y procesales, no sin antes detenernos en algunas cuestiones previas, cuyo conocimiento es indispensable para entender el sentido de las reformas. Como colofón se agrega un breve comentario sobre las particularidades de la entrada en vigencia de las nuevas disposiciones.

I. Modificaciones de carácter administrativo²

a) Autoridades encargadas de hacer cumplir la ley:

El nuevo inciso 2° del art. 1° de la ley se encarga de precisar en él cuáles son las autoridades encargadas de velar por su cumplimiento. Dichas autoridades son la *autoridad central*, las *autoridades ejecutoras y contraloras*, y las *autoridades asesoras*. La primera es la encargada de la supervigilancia y control de todas las armas, explosivos y demás elementos que constituyen el objeto de regulación de la ley, y está representada por la Dirección General de Movilización Nacional, dependiente del Ministerio de Defensa. Las autoridades ejecutoras y contraloras están constituidas por las comandancias de guarnición de las Fuerzas Armadas y por autoridades de Carabineros de Chile, mientras que las autoridades asesoras corresponden al Banco de Pruebas de Chile³ y a los servicios especializados de las Fuerzas Armadas.

Sin embargo, en otras disposiciones⁴ la ley habla de *autoridades fiscalizadoras*, y lo propio hace el reglamento complementario, el cual no fue modificado por la Ley 20.014. Tales autoridades se encuentran definidas en los arts. 3° y 4° del reglamento, y están tratadas en detalle en el capítulo II del título I del mismo cuerpo normativo⁵. Su importancia radica en que ellas son las encargadas directas de hacer cumplir la ley, función que, en la práctica, al no haber guarniciones militares en todo el país, es cumplida fundamentalmen-

¹ Dicha norma atribuía a todos los delitos previstos en la Ley de Control de Armas el carácter de delitos contra la seguridad del Estado.

² Las cuestiones administrativas adquieren especial importancia en este caso, por cuanto las conductas constitutivas de delitos están determinadas en su gran mayoría por la infracción de normas de este tipo, fundamentalmente los trámites de inscripción de armas y la obtención de las autorizaciones exigidas por la ley en relación con ellas.

³ Función que cumple el Instituto de Investigaciones y Control del Ejército, al que se designa con la sigla IDIC.

⁴ Así, por ejemplo, en el nuevo inciso 5° del art. 5°.

⁵ Las autoridades fiscalizadoras están individualizadas para todo el territorio nacional en el art. 17 del Reglamento complementario de la Ley N° 17.798 (D.S. N° 77, de 29 de abril de 1982), el que fue actualizado por última vez por el D.S. N° 2 del Ministerio de Defensa, de 18. 2. 2004.

te por Carabineros⁶. Entendemos, en consecuencia, que las autoridades fiscalizadoras vienen a ser lo mismo que las ejecutoras o contraloras, aunque sería deseable una terminología más uniforme para evitar problemas de interpretación⁷.

b) Formas de llevar a cabo el control:

La fiscalización sobre las armas y elementos regulados por la ley se materializa a través de la *inscripción* y las *autorizaciones o permisos* de posesión o tenencia, de porte y de transporte, a que se refieren los arts. 4°, 5°, 6° y 7° de la ley, así como los arts. 45 y ss. del reglamento. A este respecto es preciso aclarar que la fiscalización se ejerce solamente sobre la población civil, como se desprende claramente de las excepciones establecidas en el inciso cuarto del art. 3°, y final del art. 4°, en favor de los miembros de las Fuerzas Armadas y Carabineros y, en menor medida, de la Policía de Investigaciones, Gendarmería y la Dirección de Aeronáutica Civil, sin perjuicio de las regulaciones internas de las respectivas instituciones⁸.

La *inscripción* consiste en registrar ante la autoridad competente, previa inspección de los organismos especializados, un arma individualizada con todas sus características, a nombre de una persona determinada. Para inscribir un arma las autoridades pertinentes deben verificar que se trate de un arma permitida y apta para su uso y que el poseedor o tenedor reúna las condiciones exigidas por la ley. La inscripción supone una autorización para tener y usar el arma dentro de un lugar determinado, cuyo señalamiento constituye parte integrante de la inscripción, de manera que si el arma se traslada a otro lugar sin permiso de la autoridad, su tenencia se transforma en ilícita⁹.

La nueva ley, en su art. 5 A, ha agregado una serie de exigencias para poder inscribir un arma, las que se traducen en que el poseedor o tenedor debe acreditar no sólo que es una persona honorable, sino también que tiene los conocimientos necesarios para hacer un uso adecuado de ella. Entre los requisitos de honorabilidad, cabe destacar que, además de la condena por crimen o simple delito¹⁰ que merezca pena aflictiva, inhabilita para inscribir un arma el hecho de que se haya dictado un *auto de apertura de juicio oral* en contra del solicitante¹¹ (letra e) del art. 5 A). Entendemos que esta inhabilitación dura hasta que se dicte sentencia, la que en caso de ser condenatoria podrá dar lugar a la respectiva causal de inhabilitación, pero si es absolutoria, debería cesar la inhabilitación.

En cuanto a los conocimientos sobre conservación y manejo de armas, así como la aptitud psíquica y física para usarlas, los mismos deben acreditarse cada cinco años en la forma que determine el reglamento.

⁶ Interesa destacar que tal función no es sólo de control, sino que implica también otorgar las autorizaciones y efectuar las inscripciones previstas en los arts. 4°, 5° y 6° de la ley, e incluso para aplicar directamente sanciones administrativas (inciso final del art. 5°).

⁷ En lo que respecta específicamente a Carabineros, se observa una cierta inconsecuencia de la ley, porque no obstante incluirlos entre las autoridades fiscalizadoras, en una serie de normas habla de esas mismas autoridades "y Carabineros". Asimismo, tampoco aparece con claridad quiénes, al interior de dicho organismo policial están facultados para ejercer las labores de control que se le confían, pues en algunos casos se menciona *la autoridad de Carabineros de mayor jerarquía* (art. 4, inc. 3°), mientras que en otras se habla simplemente de *funcionarios*, los que deberán contar con una orden escrita del Comisario (art. 5°, inc. 5°), mientras que en inciso final del mismo artículo se habla de Comisaría, Sub-comisaría o Tenencia).

⁸ En consecuencia, los integrantes de las mencionadas instituciones armadas no son sujetos activos idóneos de los delitos a que nos referiremos en el apartado siguiente, salvo el caso del art. 8, en que su comisión por algún miembro de ellas constituye incluso una circunstancia agravante.

⁹ Como una manera de incentivar la regularización de las armas no inscritas, la nueva ley exime del pago de los derechos correspondientes a quienes realicen este trámite dentro del plazo de cuatro meses a contar de la publicación de la ley (art. 1° transitorio).

¹⁰ Si el delito no merece pena aflictiva, el Subsecretario de Guerra, con informe del Director General de Movilización Nacional, podrá autorizar la inscripción mediante resolución fundada.

¹¹ Para ello los jueces de garantía deberán comunicar mensualmente a la Dirección General de Movilización Nacional el nombre de las personas contra quienes hayan dictado tal resolución.

Mientras no se dicte la norma reglamentaria, el art. 4° transitorio da por cumplida esta condición, tratándose de personas que a la fecha de publicación de la ley *tienen un arma inscrita*, con la licencia de conducir vigente; en cambio, los que poseen un arma *en situación irregular*, deberán acreditar este requisito (después de inscribir el arma a su nombre), en el plazo de 180 días contados desde la publicación de la ley.

La inscripción se acredita mediante el correspondiente padrón y dura *indefinidamente* (art. 48 del reglamento), pudiendo ser cancelada en el caso de que el titular se vea afectado por una inhabilidad sobrevenida, según dispone el inciso final del art. 5° A.

La inscripción *no implica permiso para portar armas*, el cual se otorga sólo en casos calificados y mediante resolución fundada. Su duración es de un año y sólo autoriza para portar *un arma* (art. 6° de la ley). La nueva ley contiene normas especiales para los deportistas, cazadores y vigilantes privados, siempre que cuenten con las autorizaciones pertinentes y cumplan los demás requisitos que señala el reglamento, pero la excepción no supone un permiso de porte de armas, sino sólo una autorización para transportarlas y utilizarlas en dichas actividades en los lugares autorizados para ello.

Aparte de intervenir en la inscripción y el otorgamiento de permisos, las autoridades fiscalizadoras han sido facultadas por la nueva ley para verificar que el arma se mantenga en el lugar declarado al inscribirla, diligencia que ha sido reglamentada con todo detalle en el art. 5°, incisos 5°, 6° y 7°. El inciso final del mismo artículo las autoriza incluso para aplicar multas en el caso de que se infrinjan las disposiciones relativas a las armas quedadas al fallecimiento del poseedor o tenedor de un arma inscrita.

c) Elementos y personas sujetos a control:

Una primera precisión que hay que hacer a este respecto es que, no obstante que el epígrafe de la ley habla de *armas* en general, no se aplica a toda clase de armas, sino solamente a las armas de fuego y elementos similares, conforme a la enumeración que hacen los arts. 2° de la ley y 11 del reglamento. Particularmente ilustrativa es la letra a) del art. 11 del reglamento, que define las armas de fuego como “todo artefacto, ingenio o dispositivo que permita lanzar proyectiles, aprovechando la fuerza de expansión de los gases de la pólvora, cualquiera sea su calibre, tipo, tamaño, forma o empleo a que se destinen”¹². Por otra parte, dentro del campo de aplicación de la ley quedan comprendidos ciertos objetos que en ningún caso podrían ser considerados armas, como son los fuegos artificiales y artículos pirotécnicos y las instalaciones que menciona el art. 2° en sus letras f) y g), respectivamente.

Quedan, asimismo, cubiertos por las disposiciones de la ley el material bélico, las municiones, los explosivos, bombas y las sustancias químicas empleadas en la fabricación de ellos, los fuegos artificiales y las instalaciones destinadas a la fabricación, armaduría, prueba, almacenamiento o depósito de todos los elementos anteriores. A ellos la nueva ley agrega las *bombas o artefactos incendiarios* (arts. 2°, letra d, y 3°, inc. 2°).

Las armas que son objeto de regulación se clasifican en *permitidas o lícitas* (que obviamente son las únicas que pueden inscribirse y, por lo tanto, poseerse legalmente) y *prohibidas*¹³. Estas últimas están enumeradas en el art. 3° de la ley y 44 del reglamento, entre las que cabe destacar las armas automáticas o semiautomáticas, las de fantasía (que son armas camufladas, que aparentan ser inofensivas) y las especiales, entendiéndose por tales las armas químicas, biológicas y nucleares. Una categoría especial de esta clase de armas son las que menciona el art. 3° en su inciso 2°: artefactos que funcionan a base de gases asfixiantes, paralizantes, venenosos o de sustancias corrosivas, los que incluyen piezas de metal que al explotar producen esquirlas, así como los elementos destinados a su lanzamiento o activación, a los cuales la nueva

¹² En consecuencia, no quedan cubiertas las armas que, si bien lanzan proyectiles, usan como fuerza expelente elementos distintos de la pólvora (por ejemplo, armas de aire o gas comprimido) y tampoco las armas cortantes, punzantes ni contundentes.

¹³ Las armas permitidas y prohibidas estaban enumeradas originalmente en los arts. 2° y 3°, respectivamente, pero ahora la nueva ley incorporó en la letra d) del art. 2° las bombas incendiarias, lo que viene a alterar el sistema de la ley.

ley agrega las bombas o artefactos incendiarios.

Especial importancia dentro de las armas prohibidas tienen las armas recortadas, asimiladas a las tres categorías que incorpora la nueva ley: las de fabricación artesanal o hechizas, las que hayan sido modificadas o transformadas sin permiso de la autoridad central¹⁴ y aquellas con sus números de serie adulterados o borrados.

En lo que atañe a las personas, es preciso aclarar que la fiscalización se ejerce solamente sobre la población civil, como se desprende claramente de las excepciones establecidas en el inciso cuarto del art. 3° y final del art. 4°, en favor de los miembros de las Fuerzas Armadas y Carabineros y, en menor medida, de la Policía de Investigaciones, Gendarmería y la Dirección de Aeronáutica Civil, sin perjuicio de las regulaciones internas de las respectivas instituciones¹⁵. Y lo propio dispone el art. 2° del reglamento.

II. Modificaciones de carácter penal:

Al igual que en el apartado anterior, trataremos esta clase de modificaciones en el contexto de las normas a que afectan. Dichas modificaciones se refieren a la reformulación de tipos penales existentes, creación de nuevos delitos, aumento de las penas y establecimiento de nuevas circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal y eximentes, las que en muchos casos se dan combinadas. Nos referiremos, en primer lugar, a la reformulación y creación de tipos penales, así como a la modificación de las penas, siguiendo para ello —hasta donde sea posible— el mismo orden en que los respectivos delitos figuran en la ley, y luego trataremos los cambios que afectan a las circunstancias modificatorias y eximentes.

a) Tipos penales y sanciones:

1) *el tipo del art. 8°*: Se trata de un delito característico del sentido que inspiró originalmente la dictación de la Ley de control de armas, ya que sanciona la formación de milicias privadas y la ayuda tanto económica como logística que se les brinde. La pena se gradúa dependiendo de si las armas y elementos que utilizan dichos grupos son permitidas o prohibidas. Constituye circunstancia agravante si el hecho se comete por personas de institutos armados, aunque se trate de personal en retiro. Las penas aumentan en caso de guerra externa.

2) *el tipo del art. 9°*: Posesión o tenencia ilegal de armas o elementos a que se refiere el art. 2°, con excepción de las señaladas en las letras a), f) y g) del art. 2° (que corresponden a material bélico, fuegos artificiales y elementos pirotécnicos, e instalaciones destinadas a la fabricación, armaduría, prueba o almacenamiento de los objetos regulados por la ley, respectivamente). En consecuencia, este delito está referido a la posesión o tenencia de armas de fuego, municiones y cartuchos, explosivos, bombas y artefactos similares y sustancias químicas que puedan emplearse en la fabricación de explosivos o municiones en general.

La conducta punible consiste en poseer o tener algunos de los referidos objetos sin contar con las autorizaciones o la inscripción reguladas en los arts. 4° y 5°. Dado que se trata de un delito que no requiere necesariamente una acción determinada de parte de quien lo comete, pues el arma puede encontrarse en el domicilio del sujeto activo por causas independientes de su voluntad (por ejemplo, si pertenecía a un familiar fallecido que habitaba la misma casa), la omisión de recabar la inscripción y autorizaciones pertinentes se transforma en delito sólo en el momento en que la persona toma conocimiento de la existencia del arma.

¹⁴ En realidad, las armas recortadas no son sino una subespecie dentro de las transformadas, por lo que la ley debería haber sistematizado mejor esta clasificación.

¹⁵ En consecuencia, los integrantes de las mencionadas instituciones armadas no son sujetos activos idóneos de los delitos a que nos referiremos en el apartado siguiente.

La penalidad depende de la *finalidad* perseguida por el hechor: si ésta era alterar el orden público, atacar a las Fuerzas Armadas o a las de Orden y Seguridad públicas, o perpetrar otros delitos¹⁶, la pena es presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo (la nueva ley aumentó el mínimo de la pena, que antes era presidio menor en su grado mínimo); en caso de guerra la pena es mayor. En cambio, si la infracción de los arts. 4° y 5° tiene una finalidad distinta, lo que puede presumirse de los antecedentes y circunstancias del proceso, la pena es multa de 11 a 57 UTM.

Se elimina la posibilidad de rebajar la multa, sobreseer definitivamente o incluso de absolver al imputado en caso de irreprochable conducta anterior, que contemplaba el texto antiguo de la ley, de manera que la conducta se castiga siempre a lo menos con pena de multa en la cuantía ya indicada.

2) *el tipo del art. 9 A*: Se trata de una figura delictiva creada por la nueva ley, que viene a complementar el tipo penal del artículo anterior, puesto que penaliza la adquisición y la venta irregular de municiones o cartuchos, ya sea porque el arma no está inscrita (situación prevista en el N° 1) o porque no corresponde al arma inscrita (N° 2), o bien, porque no se cuenta con autorización para venderlos (N° 3) o se omite registrar la venta en la forma debida (N° 4). Las especificaciones se encuentran en los arts. 34 y ss. y 59 y ss. del reglamento.

La expresión a sabiendas denota que el delito sólo puede cometerse con dolo (dolo directo), por lo que no podría castigarse al que actúe en forma culposa.

La pena en este caso es presidio menor en su grado mínimo.

3) *los tipos del art. 10*: Esta disposición contiene tres delitos distintos. Los dos primeros tienen en común que lo que se castiga es la realización de ciertas actividades sin contar con la inscripción ni autorizaciones que establece el art. 4°: el inciso primero se refiere a la fabricación, armaduría, transformación, importación, internación, exportación, transporte, almacenamiento, distribución y celebración de convenciones respecto a las armas y demás especies que señala el art. 2° en sus letras a), b), c), d) y e), en tanto que el inciso segundo contempla la construcción, acondicionamiento, utilización o posesión de las instalaciones señaladas en la letra g). En ambos casos la pena es presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado medio; en tiempo de guerra, la pena aumenta a presidio mayor en su grado medio hasta presidio perpetuo, pero sólo respecto del inciso primero. Sin embargo, tratándose del transporte, almacenamiento o celebración de convenciones respecto a las armas o elementos indicados en las letras b) y c) del art. 2°, la pena puede sustituirse por multa de 11 a 57 UTM si se dan idénticas circunstancias a las previstas en el art. 9° para que proceda dicha sustitución, esto es, que el delito no persiga una finalidad ulterior a la infracción misma.

El tercer delito está tipificado en el inciso cuarto y consiste en el incumplimiento grave de las condiciones impuestas al otorgar la autorización. La pena en este caso es multa entre 190 a 1.000 UTM, además de la clausura de las instalaciones, almacenes o depósitos, y la revocación de la autorización. A primera vista llama la atención la desproporción de la cuantía de la multa asignada a este delito en comparación con la de los dos delitos anteriores, no obstante que en ellos el hechor no cuenta con ninguna autorización, de donde podría concluirse que al infractor le sale "más barato" actuar en forma completamente clandestina que contar con la autorización y no cumplir con las obligaciones anexas a ella. Pero la diferencia de cuantía de la pena pecuniaria se comprende mejor si se considera que, en el primer caso, la posibilidad de sustituir la pena corporal por multa está limitada en un doble sentido: en cuanto a las conductas típicas (transporte, almacenamiento y celebración de convenciones) y en cuanto a los objetos materiales (armas de fuego, y municiones y cartuchos), de manera que el delito previsto en el inciso cuarto se aplicará cuando se trate de las autorizaciones relativas a las demás acciones que requieren autorización en conformidad al art. 4° y a las restantes especies enumeradas en el art. 2°, particularmente, el material bélico, los explosivos y las sustancias químicas, a que se refieren las letras a), d) y e), que tienen mayor poder de destrucción.

¹⁶ Dada la amplitud de esta expresión, entendemos que el delito deja de ser un delito de intención interna trascendente para convertirse en una pura infracción a la obligación de obtener las autorizaciones o permisos que exige la ley.

4) *el tipo del art. 11*: Castiga el porte ilegal de armas *lícitas*, esto es, sin contar con el correspondiente permiso.

La pena es presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado máximo, pero al igual que en el caso del art. 9 y de alguno de los delitos previstos en el art. 10, se puede aplicar sólo pena de multa de 11 a 57 UTM si se dan las mismas circunstancias a que se refieren las disposiciones citadas. En tiempo de guerra la pena aumenta a presidio mayor en su grado mínimo hasta presidio perpetuo, pero sólo si los antecedentes permiten presumir que la finalidad perseguida con el delito era la alteración del orden público o atacar a las Fuerzas Armadas o a las de Orden y Seguridad, o a la población civil.

Tal como ya se anticipó en la nota 1, no existe concurso aparente de leyes entre este delito y el nuevo delito del art. 288 bis del Código Penal, el cual contempla únicamente las *armas cortantes y punzantes*, que, como ya se dijo, no quedan incluidas en la Ley de Control de Armas, de modo que ambos tipos penales tienen campos de acción completamente distintos.

5) *el tipo del art. 13*: Castiga la posesión o tenencia de armas y elementos prohibidos, mencionados en art. 3°, y de material bélico del art. 2°, letra a).

La pena se gradúa en relación con la mayor o menor peligrosidad de las armas o elementos prohibidos. El tipo básico se refiere a los objetos señalados en los incisos primero, segundo y tercero del art. 3°. Estos son, por una parte, las armas automáticas, semiautomáticas, de fantasía, artesanales o hechizas y aquellas que hayan sido modificadas o transformadas respecto a su condición original sin autorización (entre ellas quedan incluidas las recortadas y las que tengan sus números de serie adulterados o borrados, que la ley menciona en forma separada). Y por la otra, los artefactos que utilizan gases asfixiantes, paralizantes, venenosos o sustancias corrosivas, o partes de metal que al explotar producen esquirlas, los elementos destinados a su lanzamiento o activación, y las bombas o artefactos incendiarios. En cualquiera de estos casos la pena es presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

En cambio, si la posesión o tenencia están referidas a material bélico o a las armas químicas, biológicas y nucleares, que la ley denomina *especiales* (agregadas por la nueva ley), la pena es mayor: presidio mayor en su grado mínimo a medio. En tiempo de guerra la pena es presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo.

6) *el tipo del art. 14*: Sanciona el porte de las mismas armas y elementos mencionados en el artículo anterior. Las penas se gradúan en igual forma a la analizada en el apartado anterior. Con esto la nueva ley ha establecido una perfecta simetría entre los tipos de los arts. 13 y 14.

Al igual que el delito de porte de armas del art. 11, éste tampoco puede entrar en conflicto con el nuevo delito del art. 288 bis del Código Penal, según ya se explicó.

7) *el tipo del art. 14 A*: La conducta punible consiste en el abandono de armas y demás elementos sujetos a control. El D.R.A.E en su 22ª edición define el *abandono* como la “renuncia sin beneficiario determinado, con pérdida del dominio o posesión sobre cosas que recobran su condición de bienes nullius o adquieren la de mostrencos”. Pero, además, la ley presume que hay abandono cuando no se comunica a las autoridades fiscalizadoras la pérdida o extravío de alguna de las especies sujetas a control en el plazo de cinco días desde que se tuvo conocimiento de tal circunstancia. En relación con las autoridades idóneas para recibir dicha comunicación, la nueva ley señala que en el caso de Carabineros o de la Policía de Investigaciones, estas instituciones deberán transmitirla, a su vez, a las que “menciona el art. 4°”, entre las cuales se encuentra también Carabineros, como ya dijimos en el apartado I. Esto revela, una vez más, la inconsecuencia de la ley en este punto. Otro aspecto digno de destacar es que la nueva ley incorpora para estos efectos a la Policía de Investigaciones, que no está comprendida en la definición que da la propia ley de las autoridades fiscalizadoras o contraloras.

8) *el tipo del art. 17*: Este es el último de los tipos comunes que prevé la ley, entendiéndose por tales, aquellos que pueden ser cometidos por cualquier persona no perteneciente a los cuerpos armados. La conducta punible consiste en ingresar sin autorización a polvorines o depósitos de armas de cualquier naturale-

za (militar, policial o civil), o a recintos militares o policiales, cuyo acceso esté prohibido al público. La pena es presidio o relegación menores en su grado mínimo.

9) *los tipos especiales de los arts. 16 y 17 A*: Son delitos especiales, pues sólo pueden ser cometidos por los funcionarios públicos que tengan las calidades exigidas por el respectivo tipo legal.

En el caso del art. 16, pueden ser sujetos activos las personas que pertenezcan a las instituciones encargadas de hacer cumplir la ley, esto es, el personal de la Dirección General de Movilización Nacional, de las autoridades fiscalizadoras, ejecutoras o contraloras (comandancias de guarnición de las Fuerzas Armadas y autoridades de Carabineros), así como los organismos asesores señalados en el reglamento (el Instituto de Investigaciones y Control del Ejército, en cuanto Banco de Pruebas de Chile, y el Servicio Nacional de Geología y Minería).

La conducta punible consiste en revelar las informaciones reservadas de que el funcionario tome conocimiento en el cumplimiento de sus funciones, habiendo mencionado expresamente la ley las materias a que se extiende el secreto. En cuanto a la pena, la ley se remite a la prevista para el delito de violación de secretos en el art. 246, inc. 2°, del Código Penal, esto es, reclusión mayor en cualquiera de sus grados y multa de veintiuna a treinta UTM.

Respecto al delito creado por el nuevo art. 17 A, sólo pueden ser sujetos activos las personas que tengan acceso a la base de datos a que se refiere el inciso final del art. 16, incorporado por la nueva ley con una deplorable técnica legislativa¹⁷. En consecuencia, a los integrantes de las instituciones mencionadas en el art. 16, se añaden los de la Policía de Investigaciones, con la salvedad de que en todos los casos comprende sólo a la oficialidad superior y niveles equivalentes hasta el grado de prefecto.

Las conductas punibles que prevé el art. 17 son dos: revelación de la información contenida en la base de datos ya aludida y utilización de esa misma información en beneficio propio o ajeno y en perjuicio de algún particular, autoridad u organismo, o para ejercer presiones o amenazas. En el caso de la simple revelación de secretos la pena es reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo más inhabilitación absoluta para ejercer cargos públicos, la cual va desde inhabilitación temporal en su grado medio a perpetua. En el caso de aprovechamiento de la información la pena es más severa: reclusión mayor en sus grados mínimo a máximo e inhabilitación absoluta perpetua para ejercer cargos públicos.

Penas accesorias:

En todos los delitos previstos en la ley, se aplica la pena de *comiso* de las especies sujetas a control, la cual debe mencionarse expresamente en las sentencias condenatorias que se pronuncien respecto de estos delitos.

b) Circunstancias modificatorias y eximentes:

Aunque en esto la nueva ley no ha innovado, conviene tener presente que la Ley de Control de Armas contempla dos agravantes especiales, una que es común a todos los delitos que la misma establece, y otra que se aplica sólo a algunos de ellos.

La primera está establecida en el art. 14 B y consiste en dotar a las armas o municiones de dispositivos o características cuya finalidad sea hacerlas más eficaces, ocasionar más daño o facilitar la impunidad (mediante un silenciador, por ejemplo).

¹⁷ El tenor del referido inciso es el siguiente:

“Sin perjuicio de lo anterior y de las facultades de supervigilancia y control de las armas que corresponden al Ministerio encargado de la Defensa Nacional o a organismos de su dependencia, Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones de Chile estarán interconectados con la base de datos sobre inscripciones y registro de armas que debe mantener la Dirección General de Movilización Nacional. Sólo tendrán acceso a ella los funcionarios de las instituciones indicadas hasta los niveles de Oficiales Superiores y Prefectos. El reglamento fijará las normas con arreglo a las cuales se consultará dicha base de datos debiendo, en todo caso, registrarse dicha consulta y resguardarse la reserva de los antecedentes contenidos en aquélla.”

La segunda está referida a los delitos de los arts. 9°, 10 y 11, y consiste en cometer esos delitos con más de dos armas de fuego, en cuyo caso la pena puede aumentarse hasta en dos grados. Al respecto debe recordarse que el art. 7° limita a dos armas por persona la posibilidad de inscribirlas y obtener los permisos de porte y de transporte en relación con ellas. Pero esta limitación no es absoluta, puesto que la Dirección General de Movilización Nacional, mediante resolución *fundada* (este adjetivo lo agrega la nueva ley) puede autorizar a personas jurídicas o naturales calificadas para inscribir y obtener los referidos permisos, y también quedan exceptuados de esa limitación los que estén inscritos como coleccionistas, cazadores, deportistas, comerciantes autorizados para vender armas y las empresas que contraten vigilancia privada. En consecuencia, la agravante sólo tendrá aplicación cuando no se trata de ninguna de las personas exceptuadas.

Finalmente, con el fin de incentivar el desarme en la población, la nueva ley amplía la eximente específica que contempla el art. 14 C, en el sentido de que ahora se aplica a los delitos de los arts. 9° y 13 (posesión y tenencia ilegal de armas permitidas y prohibidas), mientras que en la antigua ley se aplicaba sólo a la posesión o tenencia de armas prohibidas. Esta eximente, cuya naturaleza es la de una *excusa absolutoria* o perdón legal, favorece a todos los que entreguen a las autoridades señaladas en el art. 1° las armas o elementos que se encuentren en su poder, a condición de que esta entrega sea *voluntaria* y que se efectúe **antes de que haya habido cualquier clase de intervención policial, judicial o del Ministerio Público**. Por las mismas razones que ya dimos en el apartado I, esta entrega se hará fundamentalmente en las comisarías de Carabineros, pero ya se han presentado casos en que las armas se han entregado en iglesias. En tal situación lo lógico será que el párroco o la autoridad eclesiástica que corresponda las haga llegar, a su vez, a las autoridades pertinentes, aunque no está obligado a hacerlo, salvo el riesgo de incurrir él mismo, si así no lo hiciera, en el respectivo delito de tenencia ilegal de armas.

Debe recalarse que la exención no puede amparar en ningún caso el *porte ilegal de armas*, sean ellas permitidas o prohibidas, sino única y exclusivamente la posesión o tenencia.

Una duda que puede presentarse en la interpretación de esta norma es si la entrega puede hacerse en forma *anónima*, dado que el nuevo texto eliminó la referencia a que la entrega se haga *por su poseedor o tenedor*. Entendemos, sin embargo, que ello no es así, puesto que, tal como ocurre con todas las demás eximentes, será preciso que el tribunal llamado a conocer del delito verifique la concurrencia de los requisitos para que opere esta excusa absolutoria. De ahí que la autoridad que reciba el arma deberá levantar un acta donde conste el nombre de la persona que la entregue y las características del arma, acta que deberá ser remitida al Ministerio Público para que éste, si procede, solicite el sobreseimiento definitivo al juez de garantía. Una segunda razón que avala esta interpretación es que el arma, según dispone el art. 15, caerá en comiso¹⁸, que es una pena, y como tal, sólo puede ser aplicada por resolución judicial.

III. Modificaciones de carácter procesal:

La Ley de control de armas trata las cuestiones procesales en el título III (arts. 18 y ss), el que ha sido modificado por la nueva ley en lo que respecta a la competencia, a la forma de iniciar el procedimiento, y a la tramitación de los procesos que se siguen ante los tribunales militares.

En cuanto a la competencia, la tónica de las modificaciones introducidas es dar mayor competencia a los tribunales ordinarios, los cuales, *a lo menos en la fase de investigación*, resultan competentes para conocer de *todos* los delitos previstos en la ley, según veremos a continuación:

1) Los tribunales ordinarios son competentes, en primer lugar, para conocer de los delitos tipificados en los arts. 9°, 11 y 14 A, esto es, la posesión o tenencia y el porte ilegal de armas permitidas (salvo las bombas incendiarias, que son prohibidas) y el abandono de armas y demás elementos sujetos a control (art. 18, inc. 1°, primera parte).

¹⁸ La exención de pena sólo afecta a la pena principal, precisamente por tratarse de un mero perdón legal en aras de fines pragmáticos, y no de causas de justificación o de exculpación, que hacen que el hecho deje de ser delito.

2) Conocen también de los delitos previstos en los arts. 13 y 14 (posesión o tenencia y porte de armas prohibidas) cuando se cometan con armas hechizas o transformadas o que tengan sus números de serie adulterados o borrados (art. 18, inc. 1°, segunda parte).

3) Son competentes, asimismo, para intervenir en las actuaciones inherentes a la etapa de investigación respecto de todos los demás delitos previstos en la ley, puesto que el Ministerio Público *está obligado* a realizar las primeras diligencias, sin perjuicio de dar aviso inmediato a los tribunales militares, que son los competentes para conocer de ellos en definitiva (letra a) del art. 18).

4) También conocen de los delitos previstos en esta ley cuando, durante un procedimiento incoado por un tribunal ordinario¹⁹ para la persecución de un delito común contra las personas o la propiedad, se determine que el instrumento utilizado para cometerlos es uno de los elementos sujetos a su control (letra d) del art. 18).

Cabe hacer presente que, tratándose de los delitos previstos en el art. 8°²⁰, el Ministerio Público está obligado a dar cuenta inmediata a la Comandancia de Guarnición de su territorio jurisdiccional para que siga el proceso correspondiente (letra e) del art. 18), pero dado el carácter absoluto del encabezamiento del inciso 2°, que habla de los “demás delitos” sin establecer ninguna limitación, entendemos que aún en este caso se aplica lo que dispone la letra a), esto es, que el Ministerio Público no sólo es competente, sino que está obligado a realizar las primeras diligencias.

En cuanto a la forma de iniciar el procedimiento, la referida letra a) del art. 18 faculta al Ministerio Público para recibir las denuncias por los delitos que son de competencia de los tribunales militares a efectos de iniciar las primeras investigaciones y dar aviso al tribunal competente. Asimismo, la nueva ley ha eliminado el requerimiento previo de ciertas autoridades para que pueda iniciarse la persecución penal por los delitos a que se refiere la ley.

A este respecto debe tenerse en cuenta que en el inc. 7° del art. 5 (agregado por la nueva ley) se contempla la obligación de denunciar que pesa sobre los funcionarios fiscalizadores cuando, al verificar el cumplimiento de la afección de un arma inscrita a un lugar determinado, ésta no les sea exhibida.

Entrada en vigencia de la ley:

Conforme al art. 5° transitorio, la ley entra en vigencia el día de su publicación, excepto en lo que atañe a la regla de competencia del art. 18, letra a), la que por mencionar al Ministerio Público, entra en vigencia en la Región Metropolitana el 16 de junio del año en curso, cuando dicha región se incorpore al nuevo sistema de justicia penal.

Se difiere igualmente la entrada en vigencia en esa región de la derogación de las letras d) y e) del art. 20, que se refieren a normas de procedimiento aplicables a los tribunales militares, por lo que no tienen mayor interés para el Ministerio Público²¹.

Referencia a la nueva agravante del art. 12, N° 2, del Código Penal, introducida por la ley 19.975 del 5 de octubre del 2004.

Si bien se trata de una modificación que no afecta a la Ley de Control de Armas, sino al Código Penal, nos referiremos a ella por la mención expresa que allí se hace de las armas de fuego como circunstancia agravante en la comisión de un delito, con el fin de analizar las posibles implicancias que pudiera tener para la materia que nos ocupa.

¹⁹ Si se da la situación inversa, el tribunal militar será competente para conocer de ambos delitos.

²⁰ La ley erróneamente habla de los “delitos señalados en los artículos 3° y 8°”, no obstante que el art. 3° no contiene ningún delito, error que, inadvertidamente repite el instructivo 47 de 2001.

²¹ En términos generales, se refieren a la improcedencia de acumular los procesos seguidos en contra de un mismo inculpado, y a la definición de los delitos conexos, respectivamente.

Como toda circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal, la agravante en cuestión —que consiste en el hecho de portar un arma de fuego al momento de cometer un delito²²—, no puede existir en forma aislada, sino sólo como accidente o hecho accesorio de la comisión de un delito, lo que marca una diferencia fundamental con los delitos de porte de armas tipificados en los arts. 11 y 14 de la Ley de Control de Armas, los cuales constituyen delitos autónomos que sancionan el simple hecho de portar un arma de fuego sin autorización de la autoridad competente. Por lo demás, ambas normas responden a finalidades completamente distintas, pues la agravante se inserta en un hecho delictual *per se*, entendiéndose por tal la efectiva lesión de un bien jurídico, mientras que en el caso del porte ilegal de armas (especialmente cuando se trata de un arma permitida y debidamente inscrita) hay más bien una infracción a una disposición administrativa, conducta que podría tener una pura finalidad defensiva. Refuerza esta interpretación la sustitución de pena corporal por multa que admite la ley en el caso del art. 11 (no así en el del art. 14, que se refiere a las armas prohibidas), en el caso de que las circunstancias en que se produjo la infracción hagan presumir que con ella no se perseguía atentar contra el orden público ni otros intereses del Estado o de particulares.

En consecuencia, si sólo hay porte ilegal de armas, se aplicarán las penas de los arts. 11 ó 14 de la Ley de Control de armas, graduadas en la forma que allí se señala. En cambio, si las armas de fuego se portan durante la comisión de un delito, se aplica la agravante del art. 12, N° 20, en los casos en que ello sea precedente. Tratándose de delitos que no guardan ninguna relación con el hecho de portar armas (verbigracia, alzamiento de bienes, falso testimonio, cohecho, etc.) habrá lugar a una *pluralidad de delitos* (concurso material), en que cada delito se castiga conforme a las reglas del art. 74 del Código Penal. Tampoco hay, por lo tanto, interferencia alguna entre las dos normas.

Derogación del numeral 3° del artículo 494 del Código Penal.

La ley N° 20.014, en su artículo 2°, deroga expresamente la falta penal contemplada en el artículo 494 N° 3 del Código Penal que castigaba “el que sin licencia de la autoridad competente cargare armas prohibidas por la ley o por los reglamentos generales”.

El presente oficio deberá ser distribuido a los Fiscales Regionales, Fiscales Adjuntos, asesores jurídicos y unidades especializadas para su estudio y aplicación, sin perjuicio de las observaciones que pueden enviarse por intermedio de los Fiscales Regionales.

Para una mejor ilustración acompaño cuadro comparativo de las modificaciones introducidas a la Ley 17.798 por la ley N° 20.014.

Saluda atentamente a UDS.,

GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

GPR/crz

²² Lo que nos parece criticable, pues si admitimos con la mejor doctrina que el fundamento de toda agravante es un aumento de alguno de los dos elementos graduables del delito, esto es, de la antijuricidad o de la culpabilidad, no se divisa en qué medida pudieran afectarse éstas por el simple hecho de que el autor del delito tenga un arma en el bolsillo al momento de cometerlo.

OFICIO FN N° 325 /

ANT.:

MAT.: La Cooperación Internacional en la nueva ley 20.000

Instructivo N° 18 de la ley N° 20.000.

SANTIAGO, Junio 1 de 2005

DE : SR. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

**A : SRES. FISCALES REGIONALES, FISCALES ADJUNTOS,
DIRECTORES UNIDADES ESPECIALIZADAS Y ASESORES JURÍDICOS.**

El presente oficio tiene por objeto analizar las normas sobre cooperación internacional establecidas en la ley N° 20.000, como asimismo, consignar las diferencias que se observan en este ámbito en la actual regulación, respecto de lo establecido en la ley N° 19.366, abordando con mayor extensión la materia a la que ya se hizo referencia en el Oficio FN N° 054, de fecha 27 de enero del 2005.

La normativa de la ley N° 20.000 innova en materia de cooperación internacional, regulándola en forma sistemática en el Título III que trata “sobre la Competencia del Ministerio Público”, al dedicarle el párrafo 4° denominado precisamente “De la Cooperación Internacional”, sin perjuicio de lo cual contiene, además, varias normas dispersas que atañen al mismo tema.

La especial preocupación del legislador sobre esta materia, hasta ahora abandonada, se justifica plenamente, ya que el tráfico de drogas y el lavado de dinero son delitos que suelen estar vinculados al crimen organizado transnacional, razón por la cual su investigación y persecución requiere con frecuencia de la cooperación de otros Estados en cuyos territorios se haya cometido parte del delito o en los cuales existen evidencias, testigos, copartícipes, u otros antecedentes o vinculaciones.

La experiencia de investigación de delitos transnacionales indica que la eficacia de su persecución depende de la eficiencia de las normas sobre cooperación internacional. De modo que la carencia en nuestro ordenamiento jurídico de una regulación general sobre asistencia internacional capaz de responder adecuadamente a la creciente globalización de los fenómenos delictivos y a las exigencias de plazos acotados para las investigaciones en el contexto de la reforma procesal, hace indispensable ocuparse especialmente de este tema respecto de la persecución de este tipo de delitos.

Dada la creciente relevancia de la materia, más adelante se impartirán instrucciones sobre las solicitudes de cooperación internacional de los delitos sujetos al régimen general, analizando el sistema normativo actual y regulando el procedimiento interno.

A continuación analizaremos las principales normas sobre cooperación internacional contenidas en la ley N° 20.000 y las diferencias con la regulación anterior, que también contenía normas especiales sobre el tema, señalando instrucciones sobre el modo de operar internamente en los procedimientos de cooperación internacional en investigaciones reguladas por la referida ley.

1. Materias de Cooperación Internacional reguladas por la ley N° 20.000.

En primer término, cabe señalar que todas las disposiciones sobre cooperación internacional contenidas en la ley N° 20.000, que reseñaremos a continuación, son aplicables al delito de lavado de activos y asociación ilícita para lavar activos tipificados en los artículos 19 y 20 de la ley N° 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, en virtud del artículo 25 letras a) y b) de esta última ley.¹

El párrafo 4° del Título III de la Ley N° 20.000 regula la competencia del Ministerio Público para requerir y otorgar cooperación internacional en materia de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, párrafo que consta de tres artículos referidos principalmente a los siguientes temas:

- a) Supuestos y procedimiento para requerir y otorgar asistencia internacional en investigaciones sobre delitos de droga y lavado de dinero (artículo 47).
- b) Procedencia de la extradición en ausencia de reciprocidad y tratado internacional (artículo 48).
- c) Cumplimiento de condena en el país de nacionalidad del condenado fundado en la reciprocidad (artículo 49).

Además, la ley N° 20.000 contiene las siguientes normas dispersas relacionadas o que inciden en la cooperación internacional:

- a) Artículo 21, que hace aplicable una regla especial para la determinación de la reincidencia en los delitos castigados por la ley 20.000, señalando expresamente que se considerarán para tal efecto las sentencias firmes dictadas en el extranjero.
- b) Artículo 23, incisos 1, 2, 5 y 6, que contienen normas relativas a la cooperación internacional en materia de entregas vigiladas que involucren el territorio de otros Estados.
- c) Artículo 26, que contiene normas relativas a las indagaciones y actuaciones del Ministerio Público en el extranjero, dirigidas a la obtención de antecedentes acerca de hechos constitutivos de los delitos que contempla la ley de drogas.

¹ Artículo 25 Ley 19.913.- "Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente ley, serán aplicables respecto de los delitos establecidos en los artículos 19 y 20, todas las normas de la ley N° 19.366, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y las que contenga cualquier otra ley que la sustituya o modifique, que se refieran a las siguientes materias:

- a) Investigación: se comprenden, especialmente, la colaboración de organismos del Estado, la facultad del Ministerio Público para efectuar actuaciones fuera del territorio nacional o sin previo conocimiento del afectado y la cooperación internacional en general; levantamiento del secreto bancario; gratuidad de los antecedentes requeridos durante la investigación; técnicas especiales de investigación, como la entrega u operación vigilada, la utilización de agentes encubiertos o informantes, la interceptación de comunicaciones y demás medios técnicos; protección de las personas que hayan colaborado con la investigación, incluyendo el resguardo de su identidad e imagen, cambio de identidad, secreto de determinadas actuaciones o documentos como medida de protección cuando exista riesgo para su seguridad, sanciones en caso de infracción, y posibilidad de prestar testimonio de manera anticipada.
- b) Inhabilidades de abogados.
- c) Medidas cautelares e incautaciones: posibilidad de disponer medidas cautelares sin comunicación previa al afectado, objetos susceptibles de incautación y comiso y destino de los bienes incautados o del producto de los mismos, y
- d) Juzgamiento y cumplimiento de la sentencia: circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, como agravantes especiales, improcedencia de la atenuante del artículo 11, N° 7, del Código Penal, procedencia de la cooperación eficaz como atenuante; reglas sobre consumación del delito y punibilidad de la conspiración; improcedencia de la reclusión nocturna y libertad vigilada; sustitución de la pena de multa por una privativa de libertad; determinación de la reincidencia; procedencia del comiso, alcance de éste y destino de los bienes decomisados; extradición en ausencia de reciprocidad o tratado y cumplimiento de condena en el país de nacionalidad del condenado".

2. Análisis de las normas del Título III, párrafo 4° “De la cooperación internacional” de la ley N° 20.000.

2.1. Artículo 47 de la ley N°20.000.

“El Ministerio Público, directamente y sin sujeción a lo dispuesto en los incisos primero y segundo del artículo 76 del Código de Procedimiento Civil, podrá requerir y otorgar cooperación y asistencia internacional destinada al éxito de las investigaciones sobre los delitos materia de esta ley, de acuerdo con lo pactado en convenciones o tratados internacionales, pudiendo proporcionar antecedentes específicos, aun cuando ellos se encontraren en la situación prevista en el inciso tercero del artículo 182 del Código Procesal Penal.

Igualmente, a solicitud de las entidades de países extranjeros que correspondan, podrá proporcionar información sobre operaciones sujetas a secreto o reserva legal a las que haya tenido acceso en conformidad con la legislación nacional aplicable, con el fin de ser utilizada en la investigación de aquellos delitos, háyanse cometido en Chile o en el extranjero. La entrega de la información solicitada deberá condicionarse a que ésta no será utilizada con fines diferentes a los señalados anteriormente y a que ella mantendrá su carácter confidencial.

Los antecedentes, documentos y demás medios de prueba obtenidos según este artículo y lo pactado en convenciones o tratados internacionales se entenderán producidos conforme a la ley, independientemente de lo que se resuelva, con posterioridad, sobre su incorporación al juicio, o el mérito probatorio que el tribunal le asigne”.

El artículo mencionado trata tres temas diferentes:

- a) Procedimiento para solicitar y brindar asistencia en materia de drogas.
- b) Reserva o secreto legal.
- c) Valor de la prueba obtenida mediante cooperación.

a) Procedimiento para solicitar y brindar asistencia internacional en materia de drogas. Artículo 47, incisos 1 y 2 de la ley N° 20.000.

El Ministerio Público puede **requerir** y **otorgar** cooperación y asistencia internacional destinada al éxito de las investigaciones de los delitos establecidos en la ley N°20.000 y, por aplicación del artículo 25 de la ley N°19.913, también de los delitos de lavado de dinero y asociación ilícita para lavar dinero, de acuerdo a lo pactado en convenciones o tratados internacionales.²

Es necesario puntualizar que la cita que hace el artículo 47 a las convenciones o tratados internacionales al referirse a las facultades del Ministerio Público en la materia no debe entenderse de modo restrictivo, ya que puede requerir información a cualquier Estado, exista o no convención internacional, fundado en los principios internacionales de reciprocidad y de cooperación internacional, ampliamente reconocidos en estas materias. Obviamente, cuando exista un tratado o convención vinculante para Chile en la materia, será dicho instrumento jurídico el que regule las condiciones y formas de la cooperación. A falta de tratado, la cooperación se solicita y se otorga a través de los conductos diplomáticos o directamente a las autoridades

² En el ámbito multilateral deben tenerse presente las siguientes convenciones que versan sobre asistencia jurídica internacional o bien contienen normas sobre dicha materia y que resultan jurídicamente vinculantes para Chile: la Convención de Viena, de 1988, de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, utilizable para las investigaciones de narcotráfico, desvío de precursores químicos y lavado de dinero proveniente de ellos; la Convención de Palermo, del año 2000, de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aplicable a investigaciones de crimen organizado y delincuencia transnacional, incluyendo lavado de activos de diverso origen, corrupción, obstrucción a la justicia y asociación ilícita y, por último, la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, también denominada Convención de Nassau, de 1992, del ámbito de la OEA aplicable a cualquier tipo de investigación criminal.

encargadas, según corresponda en cada caso, con fundamento en los principios internacionales antes referidos y de acuerdo a las normativas internas existentes sobre cooperación internacional.

La norma en comento no hace más que reproducir el antiguo artículo 30 de la ley N°19.366 y su único aporte es agregar expresamente que el Ministerio Público puede brindar y requerir cooperación sin atenerse al procedimiento del artículo 76 del Código de Procedimiento Civil que regula el procedimiento para los exhortos judiciales internacionales.

La verdad es que si bien la disposición ayuda a esclarecer cualquier duda que pudiera surgir sobre el tema del procedimiento para solicitar o brindar asistencia internacional por parte del Ministerio Público, que no esté regulado expresamente por las normas que establecieron el nuevo proceso penal, ella realmente no constituye innovación en la situación vigente para los delitos que nos ocupan ni tampoco respecto del resto.

En efecto, el artículo 76 del Código de Procedimiento Civil no resulta aplicable supletoriamente al nuevo proceso en virtud del artículo 52 del Código Procesal Penal, puesto que la aplicación de dicha norma, que establece el procedimiento para los exhortos judiciales obligando a solicitar la cooperación internacional a través de la Corte Suprema, está en abierta contradicción con las normas y principios fundamentales que regulan la actuación del Ministerio Público en el contexto de la reforma. Siendo el Ministerio Público un órgano autónomo cuya misión es dirigir en forma exclusiva y excluyente la investigación de los hechos que revisten caracteres de delito, mal podría someterse la solicitud de cooperación internacional relativa a dicha investigación a la autorización de la Corte Suprema o dirigirse a través de dicho conducto. Una conclusión distinta atentaría contra la autonomía del Ministerio Público y contra la función exclusiva de dirigir las investigaciones criminales que le encomienda la Constitución y las leyes, sin perjuicio de ser un medio poco adecuado a la realidad y a los plazos del nuevo proceso penal.

Así lo ha confirmado la práctica del Ministerio Público, últimamente de la Cancillería y de la propia Excma. Corte Suprema respecto de las solicitudes de asistencia mutua en materia penal, tanto activas como pasivas, relativas a todo tipo de delitos y no sólo a los delitos contemplados en la ley N° 20.000 y la ley N° 19.913.

Por lo tanto, lo dispuesto en el artículo 47 no debe llevarnos a pensar que para el resto de los delitos en que no existe una regulación expresa como la contemplada en la ley N° 20.000, deba utilizarse el procedimiento del artículo 76 del Código de Procedimiento Civil. Este artículo, que se encuentra ubicado bajo el título VII, "De las Actuaciones Judiciales", lógicamente regula un sistema de cooperación a través de exhortos judiciales puesto que en el sistema procesal antiguo las funciones de investigación estaban radicadas en el Poder Judicial, esquema que no resulta aplicable a las resoluciones administrativas como las adoptadas por el Ministerio Público en el marco de una investigación.

b) Secreto o reserva legal. Artículo 47, inciso 2 de la ley N° 20.000.

El Ministerio Público, a solicitud de las entidades de países extranjeros que correspondan, podrá proporcionar información sobre operaciones sujetas a secreto o reserva legal a las que haya tenido acceso en conformidad con la legislación nacional aplicable, con la finalidad de ser utilizada en la investigación de los delitos de la ley de drogas e investigaciones de los delitos de lavado de dinero y asociación ilícita para lavar dinero, con la sola limitación de que la entrega de información debe condicionarse a que ella no será utilizada con fines diferentes a los señalados y que mantendrá su carácter de confidencial.

La norma es similar a la contenida en el artículo 20 de la ley antigua, no obstante tiene importantes diferencias, que se anotan a continuación:

La nueva norma permite la **entrega de información a los órganos extranjeros que correspondan**, es decir, a cualquiera que esté facultado para investigar y/o perseguir este tipo de delitos de acuerdo a la legislación del Estado requirente o bien para solicitar cooperación internacional, como sería el caso de la

Autoridad Central³ designada en un tratado o el órgano encargado de ello en forma general.

Las autoridades facultadas para requerir cooperación internacional pueden variar de país en país, pudiendo incluso ser varios los órganos facultados para ello.

Lo anterior implica una ampliación de las autoridades extranjeras a las que se puede entregar la información, ya que la norma anterior restringía la entrega a aquellas autoridades extranjeras designadas expresamente en un tratado internacional, aludiendo a las Autoridades Centrales, que no siempre son conocidas y a veces no están designadas, lo cual dificultaba la aplicación de la norma, mermando eventualmente su efectividad. Además, esta restricción de entrega de información a autoridades designadas en un tratado internacional parecía excluir a Estados con los cuales no exista un tratado vinculante.

La norma en comento amplía también **los delitos respecto de los cuales se puede otorgar esta información**, ya que incluye todos los delitos materia de la nueva ley, mientras que anteriormente la norma se refería solo al delito de tráfico de drogas y lavado de activos provenientes de tráfico de drogas, sin perjuicio de que, tanto antes como ahora, en virtud del artículo 25 de la ley N° 19.913, resultaba también aplicable a los delitos sobre blanqueo de activos tipificados en dicha ley.

La nueva norma habilita para **entregar la información respecto de delitos cometidos en Chile o en el extranjero**, mientras que la norma reemplazada únicamente se refería a los delitos cometidos en el extranjero. Con ello se facilita la entrega de información, ya que la determinación del lugar de comisión del delito puede ser compleja y difusa, dada las características transnacionales de comisión de los mismos, permitiendo proporcionar información a otros Estados aun cuando el ilícito se haya cometido íntegra o parcialmente en Chile, y sin perjuicio del asunto posterior de la jurisdicción para investigarlo y perseguirlo.

La norma nueva exige que la **entrega de información requerida por órganos de otros Estados se condicione a su utilización exclusiva para los fines de investigación referidos y a la conservación de su confidencialidad**. La norma anterior exigía al Ministerio Público cerciorarse de que la información no fuera usada en otros fines, imponiéndole un deber cuyo cumplimiento ningún órgano doméstico podría asegurar, dado que su ámbito de control no alcanza el quehacer de órganos extranjeros.

En estos casos, en cumplimiento de la disposición que analizamos, la respuesta del Ministerio Público a requerimientos internacionales debe contener una cláusula que exprese las condiciones bajo las cuales se entrega la información.

La actual norma no contempla la disposición del inciso final del antiguo artículo 20 de la ley 19.366 que establecía el deber de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de entregar los antecedentes sujetos a secreto o reserva que le requiriera el Ministerio Público a efectos de proporcionar información a otro Estado. En cambio, la nueva normativa establece que el Ministerio Público podrá entregar la información **en la medida que haya tenido acceso a ella de acuerdo a la legislación nacional**.

De modo que en caso de requerimiento de información de un Estado sobre los delitos de droga y lavado de dinero que recaiga sobre operaciones sujetas a reserva o secreto, el Ministerio Público podrá entregarlas en la medida que obren en su poder por haberlas obtenido según la legislación nacional en una investigación seguida en Chile.

Por otra parte, si se trata de información que actualmente no se encuentra en poder del Ministerio Público, se deberán realizar las gestiones para obtenerla de acuerdo a lo establecido en la legislación chilena a efectos de entregarla al Estado requirente, en el contexto de la tramitación de una solicitud formal de asistencia internacional.

Los compromisos internacionales del Estado de Chile en materia de asistencia penal internacional se

³ Frecuentemente, los tratados sobre Asistencia Mutua Penal y aquellos que contienen normas sobre cooperación internacional en materia penal incluyen cláusulas que establecen el deber de designar una Autoridad Central, que es el órgano encargado de recibir y despachar las solicitudes internacionales, gestionar su pronta respuesta, tomar contacto directo con su contraparte velando en general por la eficacia de la gestión.

extienden a información sujeta a secreto que no se vincula a investigaciones realizadas en Chile y en esas hipótesis el Ministerio Público es la institución más idónea, por su mandato constitucional, para cumplir esos requerimientos por la vía análoga que corresponda, como es precisamente el requerimiento de autorización al juez de garantía efectuado por el fiscal con el mérito de la solicitud de asistencia internacional, sea que se abra o no investigación en Chile.

Tales diligencias de investigación o información que recabe el Ministerio Público para dar respuesta a una solicitud internacional de asistencia, se rigen por la ley chilena, por lo que, si se trata de información sobre operaciones sujetas a secreto o reserva legal que no obran en poder del Ministerio Público, será necesario obtener el levantamiento del secreto de acuerdo a las normas procesales y sustantivas que rigen en Chile.

Cabe señalar que el espíritu de esta legislación especial en materia de drogas y lavado es precisamente facilitar la cooperación internacional, y que el Estado de Chile ha adquirido compromisos internacionales en ese sentido en materia de droga y lavado de activos y crimen organizado, dentro de los cuales se compromete específicamente a no invocar el secreto bancario para negarse a prestar asistencia penal recíproca. Así lo consigna la Convención de Viena, de 1988, contra el Tráfico Ilícito de estupefacientes, en su artículo 7, punto 5 y la Convención de Palermo contra la Delincuencia Transnacional Organizada, en su artículo 18, punto 8.

En cuanto al procedimiento a seguir dentro del Ministerio Público para responder solicitudes de asistencia mutua internacional, cualquiera sea el organismo que las remite (Corte Suprema, Autoridad Central, Cancillería, etc.), debe ser dirigida, en primer término, a la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones de la Fiscalía Nacional (UCIEX) para que el Fiscal Nacional, previo estudio de la solicitud por la Unidad Especializada referida, en conjunto con la Unidad Especializada que de acuerdo a la materia corresponda, decida sobre su procedencia y derive la gestión a la o las Fiscalías Regionales o Locales que resulten pertinentes, lo que hará con copia a las unidades Especializadas involucradas. La UCIEX asesorará al fiscal encargado en la ejecución de la solicitud de asistencia en lo que sea necesario. Una vez practicadas las diligencias encomendadas se remitirá a la UCIEX, quien será la encargada de despachar la respuesta al Estado requirente.

c) Valor de la prueba obtenida mediante cooperación Internacional. Artículo 47, inciso 3 de la ley Nº 20.000.

A este respecto, el artículo establece que los antecedentes, documentos y demás medios de prueba obtenidos según sus disposiciones previas y lo pactado en convenciones o tratados internacionales, se entenderán producidos conforme a la ley, independientemente de lo que se resuelva con posterioridad sobre su incorporación a juicio, o el mérito probatorio que el tribunal le asigne.

Este inciso tercero del artículo 47 tiene por objeto precaver la impugnación de la prueba obtenida por el Ministerio Público en el extranjero, salvando cualquier discusión respecto del procedimiento aplicado, habida consideración de que las diligencias de investigación, pruebas e informaciones provenientes del extranjero han sido ejecutadas, requeridas y obtenidas por autoridades extranjeras de acuerdo a las regulaciones de sus propias leyes, pudiendo recabarlas directamente, sin sujeción al procedimiento del artículo 76 del Código de Procedimiento Civil e incluso a otros procedimientos establecidos por convenios internacionales.

Lo anterior es sin perjuicio de lo que en definitiva resuelva el tribunal sobre la incorporación de la prueba y el mérito probatorio que le asigne. De manera que la prueba obtenida en el extranjero se rige en estos aspectos por las normas generales del Código Procesal Penal, conforme al sistema de libre admisión de la prueba si en su obtención no se han vulnerado garantías que fundamenten su exclusión, de tal forma que no se encuentran otras limitaciones en su incorporación que las derivadas del resguardo del principio de contradicción. Por su parte, en su valoración rigen las reglas del 297 del Código Procesal Penal.

2.2. Normas especiales sobre extradición. Artículo 48 ley N° 20.000.

El artículo 48 establece que los delitos contemplados en la ley 20.000 serán susceptibles de extradición activa y pasiva, aún en ausencia de reciprocidad o tratado internacional sobre vigente sobre la materia, reiterando con ello el artículo 35 de la ley N° 19.366.

La misma disposición rige para los delitos de la ley N° 19.913, por efecto de la remisión expresa que hace su artículo 25, letra d) a la ley de droga en materia de extradición en ausencia de reciprocidad o tratado internacional.

Cabe señalar que en Chile la extradición pasiva puede concederse, aunque no exista tratado que regule la materia entre las partes, de acuerdo a los Principios de Derecho Internacional, según dispone expresamente el artículo 449 letra b) del Código Procesal Penal. Históricamente la Corte Suprema se ha pronunciado sobre la procedencia de la extradición pasiva con fundamento en el principio de Reciprocidad. Así, ha concedido y rechazado la extradición en base a la existencia o ausencia de reciprocidad con el Estado en cuestión. Al respecto ha dicho que por reciprocidad se entiende no sólo la promesa formal de la misma, sino además la ausencia de información de que el requirente haya dejado en el pasado de cumplir un fallo de algún tribunal chileno.⁴

La jurisprudencia analizada sobre la materia por los autores da cuenta que la Corte Suprema ha concedido la extradición que se solicita bajo promesa de reciprocidad, presumiendo la seriedad de la misma, siempre que no haya pruebas de que el país solicitante ha rechazado alguna solicitud chilena en caso similar. Incluso se registra jurisprudencia en que se ha concedido la extradición sin una oferta de reciprocidad, o procediendo ella de autoridad que no resulta competente para formularla, cuando existe evidencia de que el Estado requirente no rechaza o desconoce las resoluciones de tribunales chilenos.⁵

Lo interesante de la norma que comentamos no estriba, entonces, en la posibilidad de conceder la extradición en ausencia de tratados, sino en la concesión de la extradición a falta de tratados y de reciprocidad. Ella impide negar una extradición con exclusivo fundamento en la falta de reciprocidad del Estado requirente, haciendo primar respecto de estos delitos el principio de cooperación internacional y de la mejor justicia, según el cual debe juzgarse el delito por el juez natural, esto es, el del lugar de comisión del mismo, ya que se encuentra en mejores condiciones para juzgar.

Lo anterior no impide el rechazo de la extradición pasiva por incumplimiento de otros Principios de Derecho Internacional que rigen la materia y que continúan plenamente vigentes de acuerdo a las disposiciones del Código Procesal Penal.

Respecto de la extradición activa, la norma no tiene tanta relevancia puesto que, respecto de cualquier delito, Chile puede solicitar la extradición de un imputado o condenado, a Estados con los cuales no esté vinculado por un tratado, con el solo cumplimiento de las normas internas que lo autorizan. La existencia o falta de reciprocidad no es un tema que sea analizado previamente para cursar la solicitud de extradición activa, puesto que la procedencia de la extradición la decide el Estado requerido, de acuerdo a su propio ordenamiento jurídico.

2.3. Cumplimiento de condena en el país de nacionalidad del condenado. Artículo 49 de la ley N° 20.000.

Por último, el artículo 49 establece la facultad del Ministerio de Justicia de disponer, de acuerdo con los tratados internacionales vigentes sobre la materia o sobre la base del principio de reciprocidad, que los

⁴ Sentencia de la Excm. C.S. de 18 de octubre de 1994, citada en Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia, "Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pág. 148.

⁵ Etcheberry, Alfredo, "El Derecho Penal en la Jurisprudencia", tomo I, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987, págs. 54 y 55.

extranjeros condenados por alguno de los delitos de la ley N° 20.000 cumplan en el país de su nacionalidad las penas corporales que le hubieren sido impuestas.

Igual disposición rige para los delitos de la ley N° 19.913, por efecto de la remisión expresa que hace su artículo 25 letra d) a la ley de droga en materia de cumplimiento de condena en el país de nacionalidad del condenado.

Nuestro país mantiene convenios de traslado de personas condenadas con varios países: el Convenio Multilateral del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas, denominado Convenio de Estrasburgo, y los convenios bilaterales con Brasil y Bolivia. Próximamente se espera también la ratificación de un tratado sobre la materia con Argentina. Dichos convenios, en general, radican en el Ministerio de Justicia la facultad de ejecutar el traslado de condenados a su país de origen, puesto que de él depende el Servicio de Gendarmería de Chile.

La novedad de esta norma radica entonces, en la facultad que otorga al Ministerio de Justicia para disponer el traslado de condenados sin la existencia de un convenio o tratado con el país de origen del rematado con el solo fundamento de la reciprocidad por parte de dicho Estado.

3. Análisis de las otras normas sobre cooperación internacional de la ley 20.000.

En relación a las restantes materias de cooperación internacional reguladas en la ley N° 20.000 o que tienen alguna incidencia en ella, señalamos las siguientes:

3.1. Reincidencia. Artículo 21.

El artículo 21 de la ley N° 20.000 establece que, para determinar si existe reincidencia en los delitos castigados en la referida ley, se considerarán las sentencias firmes dictadas en un Estado extranjero, aun cuando la pena impuesta no haya sido cumplida.

Esta norma resulta aplicable a los delitos de la ley N° 19.913, en virtud del artículo 25 letra d) de la misma, que se remite expresamente a las normas de aplicación de la reincidencia de la ley de drogas.

Cabe tener presente que, para efectos probatorios de la condena en país extranjero a fin de configurar la reincidencia en nuestro país, lo que resulta generalmente más expedito es solicitar directamente a la Oficina Nacional de INTERPOL que obtenga con su par en el Estado requerido, informe sobre antecedentes penales del imputado. Lo anterior requiere la mayor cantidad de datos posible respecto de la persona cuyos antecedentes se investiga, nombres, lugar y fecha de nacimiento, nombres de los padres, número de pasaporte o documento de identidad y, siempre, el envío de las huellas digitales. Igualmente es necesario tomar la precaución de comparar las huellas del imputado con las estampadas en los documentos que porta, para conocer si se trata de documentos falsos. INTERPOL emite un informe con los antecedentes que envíe su par.

En casos en que se haga necesario acompañar certificados de antecedentes o copia de sentencias, debe realizarse una solicitud de asistencia formal, cuyo conducto y destinatario dependerá del país al que se dirija, los tratados que nos vinculen con dicho país y otras circunstancias, por lo cual se sugiere solicitar asesoría a la Unidad Especializada en Cooperación Internacional o bien a la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas.

3.2. Entregas vigiladas o controladas. Artículo 23.

El artículo 23 contiene en sus incisos 1, 2, 5 y 6 normas relativas a la cooperación internacional en materia de entrega vigilada como técnica de investigación, al señalar que el Ministerio Público podrá autorizar que los envíos ilícitos o sospechosos de las sustancias a que se refieren los artículos 1 y 2 o las sustancias por las que se hayan sustituido, total o parcialmente, las anteriormente mencionadas, los instrumentos

que hubieren servido o pudieren servir para la comisión de alguno de los delitos sancionados en esta ley, se trasladen, guarden, intercepten o circulen, dentro del territorio nacional, salgan de él o entren en él, bajo la vigilancia o el control de la autoridad correspondiente, con el propósito de individualizar a las personas que participen en la ejecución de tales hechos, conocer sus planes, evitar el uso de las especies referidas o prevenir y comprobar cualquiera de tales delitos.⁶

Luego, en su inciso segundo señala que se utilizará esta técnica de investigación cuando se presuma fundadamente que ella facilitará la individualización de otros partícipes, sea en el país o en el extranjero, como asimismo, el cumplimiento de alguno de los fines antes descritos.

La ley prevé, claramente, la posibilidad de implementar entregas vigiladas o controladas internacionales, involucrando el territorio de otro u otros Estados.

En su inciso 5 la ley establece que en el plano internacional estas técnicas de investigación se adecuarán a lo dispuesto en los tratados internacionales. Lo cierto es que los tratados que abordan esta materia no regulan aspectos operativos de las entregas internacionales, instando a las partes a utilizar adecuadamente esta técnica a nivel internacional según los acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, así lo dispone por ejemplo la Convención de Viena en su artículo 11.⁷

Continúa en su inciso 6 reiterando para este caso, las facultades que confiere al Ministerio Público el artículo 47, cuando expresa que podrá solicitar a las autoridades policiales y judiciales extranjeras, directamente y sin sujeción a lo dispuesto en los incisos primero y segundo del Código de Procedimiento Civil, la remisión de los elementos de convicción necesarios para acreditar el hecho delictuoso y las responsabilidades penales investigadas, de conformidad a los convenios y tratados internacionales vigentes, como asimismo, otorgar a dichas autoridades extranjeras tales antecedentes.

A este respecto sólo cabe tener presente todo lo dicho respecto del artículo 47.

Esta norma también resulta aplicable a los delitos de la ley N° 19.913, en virtud del artículo 25 letra a) de la misma, que se remite expresamente a las técnicas especiales de investigación, como la entrega u operación vigilada, entre otras, regulada por la ley de drogas.

3.3. Indagaciones y actuaciones en el extranjero. Artículo 26.

El artículo 26, situado en el párrafo 1 del título III de la ley N° 20.000, contiene una disposición similar a la contenida en el artículo 16 inciso 2° de la antigua ley N° 19.366, que faculta al Ministerio Público a efectuar indagaciones y actuaciones en el extranjero, dirigidas a recoger antecedentes acerca de hechos constitutivos de los delitos que ella contempla, pudiendo solicitar directamente asesorías a las representaciones diplomáticas y consulares chilenas. También es aplicable a los delitos contemplados en la ley N° 19.913, en virtud de su artículo 25 letra a) que menciona expresamente la facultad del Ministerio Público para efectuar actuaciones fuera del territorio nacional.

⁶ Ver Oficio FN. N 065, de 2 de febrero del 2005. Sobre técnicas de investigación y medidas investigativas del Ministerio Público específicas de la ley N° 20.000.

⁷ Artículo 11. ENTREGA VIGILADA

1. Si lo permiten los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, las Partes adoptarán las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades, para que se pueda utilizar de forma adecuada, en el plano internacional, la técnica de entrega vigilada, de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 y de entablar acciones legales contra ellas.
2. Las decisiones de recurrir a la entrega vigilada se adoptarán caso por caso y podrán, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los relativos al ejercicio de su competencia por las Partes interesadas.
3. Las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya acordado podrán, con el consentimiento de las Partes interesadas, ser interceptadas y autorizadas a proseguir intactas o habiéndose retirado o sustituido total o parcialmente los estupefacientes o sustancias sicotrópicas que contengan.

Esta norma viene a ampliar la disposición reemplazada, que sólo refería dicha facultad a la investigación de la procedencia u origen de los bienes, valores o dineros, utilidad o provecho proveniente del lavado de dinero o producto del tráfico de drogas, mientras la norma actual se refiere a todo delito que la propia ley establece.

Esta disposición, según plantea el profesor Matus respecto de similar norma contenida en la ley 19.366, “..no hace más que dar un paso adelante en la idea ya esbozada en la discusión de dicha ley en la Cámara de Diputados, de ofrecer y obtener, en estas materias, la más amplia colaboración internacional, principal supuesto en que la norma tendrá sentido”. Agrega que la disposición que comentamos no establece reglas que alteren las normas generales del Código Procesal Penal sobre incorporación de antecedentes a la investigación y a juicio y tampoco sobre la valoración de las pruebas obtenidas por el Ministerio Público en el extranjero. En razón de lo anterior plantea que “.. la incorporación a la investigación, y la valoración de antecedentes y evidencia recogidas por el Ministerio Público en el extranjero en virtud de dicha norma se siguen rigiendo por las normas generales relativas a la forma de generar y registrar la investigación y la presentación de la prueba en el juicio oral, puesto que, una vez más, cabe repetir que conforme al sistema de libre admisión de prueba que nos rige, si en su obtención no se han violado garantías o derechos procesales que fundamenten su exclusión en la etapa procesal correspondiente, no existen en su presentación y valoración otras limitaciones que las derivadas del resguardo del principio de contradicción (básicamente, la prohibición de lecturas de registros de la investigación del art. 334, con las excepciones de los arts. 331 y 332).⁸

Cabe puntualizar que si bien la disposición en comento sólo establece como facultativa la asesoría de las embajadas y consulados chilenos en el extranjero para llevar a cabo diligencias de investigación en territorio de otros Estados, la prudencia aconseja realizar previamente las coordinaciones necesarias con la Cancillería chilena y las delegaciones chilenas en el extranjero, cada vez que se trate de ejercer esta facultad, como asimismo informar, por su intermedio o directamente, a los órganos del Estado en que dichas diligencias se realizarán, coordinando las diligencias con ellos y solicitando su cooperación, si fuera del caso. Es imprescindible subrayar que esta norma que faculta a nuestros fiscales a recabar información en territorio extranjero no implica que los faculte para desplegar medidas coercitivas de ningún tipo aunque sean conducentes a obtener la información o a realizar las diligencias, lo que sólo compete a las autoridades del Estado en cuyo territorio se efectúan.

Tal como se señaló respecto al procedimiento a seguir cuando se trata de atender solicitudes de asistencia mutua internacional, cualquiera sea el organismo que las remite, cuando se trate de realizar indagaciones o diligencias en el extranjero, el fiscal correspondiente debe dirigirse a la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones de la Fiscalía Nacional (UCIEX) para las coordinaciones correspondientes.

Por otra parte los fiscales deberán ponderar, con la asesoría de UCIEX, según las circunstancias y características de la investigación específica, la pertinencia de recurrir a alguna coordinación tanto con la Cancillería como con sus representantes fuera de Chile.

Sin embargo, la prescindencia de la coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores y/o sus representaciones en el exterior, debe ser excepcional, sólo en los casos que ello resulte indispensable por la naturaleza de las diligencias que deban realizarse en el extranjero.

⁸ Jean Pierre Matus Acuña. “Informe sobre Algunos Aspectos Sustantivos y Procesales del Delito de Lavado de Dinero del Artículo 12 de la ley 19.366”, en Ministerio Público. Informes en Derecho, Santiago, 2005, pág. 318.

Agradeceré a los Sres. Fiscales Regionales distribuir este oficio a todos los fiscales adjuntos y adoptar las medidas que procedan a fin que quienes deban intervenir en investigaciones y procesos por infracciones a la Ley N° 20.000 estén debidamente informados de las modificaciones legales y de los criterios generales de actuación adoptados por este Fiscal Nacional, sin perjuicio de las instrucciones específicas que les puedan ser impartidas por Uds. en sus correspondientes territorios, en los casos concretos que se les consulten.

Se deberá tener presente que no corresponde a este Fiscal Nacional instruir sobre la actuación procedente en las situaciones particulares en que deban intervenir, debiendo por tanto estar debidamente preparadas las Fiscalías Regionales para adoptar las decisiones pertinentes.

Saluda atentamente a UDS.,

GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

SMG/LMF/SOH/MFM/cz

Impreso en los talleres de
LOM ediciones



MINISTERIO
PUBLICO
FISCALIA NACIONAL

GENERAL MACKENNA 1369 - 2° PISO - SANTIAGO CHILE
FONO-FAX: (2) 690 91 00
E-mail: fnacional@minpublico.cl