

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 al acusado por hurto de especie de valor inferior a media U.T.M., cometido al interior de un supermercado, como autor de delito consumado, pese a no haber traspuesto las cajas registradoras. Tribunal de Garantía de Punta Arenas , veintiuno de enero del dos mil cinco.	11
--	----

Condena al acusado como autor de los delitos de lesiones graves y violación de morada, en procedimiento abreviado, en virtud de la aceptación de los hechos que el Tribunal estima como suficiente acreditación de la participación. Tribunal de Garantía de Castro , veintiuno de enero de dos mil cuatro.	15
--	----

Tribunales de Juicio Oral en lo Penal

Condena a cuatro de los acusados como autores del delito de homicidio simple en grado de frustrado, por no haberse acreditado la concurrencia de la circunstancia calificante invocada por la Fiscalía y rechazando la calificación jurídica formulada por el querellante particular. Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas , veintiuno de noviembre de dos mil cuatro.	21
---	----

En votación dividida se absuelve al acusado del delito de abuso sexual en perjuicio de una menor de 17 años, afectada de retardo mental moderado, por estimar que la menor actuó con voluntad suficiente para consentir. Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas , doce de enero de dos mil cinco.	44
--	----

Condena a los acusados como coautores de un delito de robo con violación por estimar la apropiación como un solo acto independiente del número de las víctimas del robo y de la violación. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena , trece de enero de dos mil cinco.	60
---	----

Condena al acusado como autor de abusos sexuales reiterados, por estimar contrario a la lógica que siendo cinco las víctimas hayan podido ser abusadas a través de una única conducta. Además, a pesar de condenar a la pena de 3 años y un día, no se conceden medidas alternativas dado el carácter negativo del informe presentencial. Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta , siete de febrero del año dos mil cinco.	76
--	----

Condena al acusado como autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, en grado de consumado por aplicación del artículo 450 del Código Penal. Con ocasión de haberse invocado la agravante de reincidencia en delito de la misma especie, el fallo discute este factor entre los delitos de robo por sorpresa y robo en lugar habitado. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta , ocho de febrero del año dos mil cinco.	104
--	-----

Cortes de Apelaciones

- Acoge recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, indicando que para la configuración del delito de receptación la Ley contempla la tenencia de los bienes hurtados o robados a cualquier título, por lo que no es procedente exigir otros requisitos como los elementos de la posesión. **Corte de Apelaciones de Valdivia**, diez de diciembre de dos mil cuatro. 113
- Acoge recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público estableciendo que no es requisito del porte ilegal de armas el que éstas se encuentren inscritas a nombre de un tercero. Se señala, además, que el artículo 5 de la Ley 19.366 contiene una presunción de participación punible que altera el principio de presunción de inocencia contemplado en la ley procesal. **Corte de Apelaciones de Talca**, veintiocho de diciembre de dos mil cuatro. 115
- Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la Defensa en atención a que en este tipo de recursos a la Corte le está vedado alterar los hechos que se haya tenido por acreditados por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. **Corte de Apelaciones de La Serena**, siete de enero de dos mil cinco. 120
- Rechaza los recursos de nulidad interpuestos por las Defensas al estimar que el delito de robo en bienes nacionales de uso público se encuentra consumado cualquiera sea el tiempo que dure la apropiación de las especies sustraídas, lo que en este caso no se ve alterado por la aprehensión de los imputados en los momentos de su huida. **Corte de Apelaciones de La Serena**, siete de enero de dos mil cinco. 122
- Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la Defensa al estimar que un error en la fecha de comisión de los hechos no afecta el principio de congruencia si no se traduce en la conculcación del derecho a defensa ni incide en otras situaciones como las causales de extinción de la responsabilidad penal. **Corte de Apelaciones de La Serena**, once de enero de dos mil cinco. 125
- Rechaza el recurso de nulidad interpuesto por la Defensa estimando que procede aplicar la agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal dado que los delitos de robo con violencia y robo por sorpresa son delitos de la misma especie al afectar el mismo bien jurídico. **Corte de Apelaciones de La Serena**, trece de enero de dos mil cinco. 128
- Acoge el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público revocando el acuerdo reparatorio y el sobreseimiento definitivo de la causa, por estimar que existe un interés público prevalente en la persecución por haberse cometido el delito gozando de una suspensión condicional del procedimiento. **Corte de Apelaciones de Talca**, diecisiete de enero de dos mil cinco. 130
- Acoge el recurso de apelación del Ministerio Público, y revoca la resolución del Juez de Garantía, condenando al acusado como autor del delito de robo con fuerza en lugar no habitado, por estimar que, además del reconocimiento de los hechos, existen elementos probatorios adicionales. **Corte de Apelaciones de Talca**, diecisiete de enero de dos mil cinco. 133

Acoge el recurso de apelación interpuesto por la Defensa dejando sin efecto la resolución que había revocado la suspensión condicional del procedimiento basada en la presentación de un requerimiento en juicio simplificado y no en una nueva formalización de la investigación. **Corte de Apelaciones de La Serena**, dieciocho de enero de dos mil cinco. 142

Rechaza el recurso de hecho interpuesto por el Ministerio Público, por estimar que la resolución que declara ilegal una detención no es susceptible del recurso de apelación. **Corte de Apelaciones de Puerto Montt**, veintiocho de enero de dos mil cinco. 143

Corte Suprema

Acoge el recurso de queja interpuesto por el Ministerio Público en contra de los Ministros de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas que confirmaron la resolución del Juez de Garantía que sobreseyó definitivamente una causa en razón de la negativa del Fiscal a modificar la pena solicitada. La Corte Suprema señala que esto último es una facultad privativa del Ministerio Público y no corresponde exigir su modificación pretextando vicios formales. **Corte Suprema**, veinticinco de enero de dos mil cinco. 144

II. SENTENCIAS COMENTADAS

Extensión de la competencia de la Corte de Apelaciones que conoce del reclamo que establece el inciso 3º del artículo 19 del Código Procesal Penal
Mario Maturana Claro 149

III. ARTÍCULOS

La fecha de ocurrencia de los hechos como condicionante de la intervención del Ministerio Público en la extradición Pasiva
Raúl Tavolari Oliveros 155

IV. OFICIOS E INSTRUCCIONES

OFICIO FN N° 017 163
Orientaciones para la aplicación de la ley 19.970 que creó el Sistema Nacional de Registro de ADN
enero 07 de 2005

OFICIO FN N° 048 176
Principales modificaciones de la Ley N° 20.000, que sustituye la Ley N° 19.366, instructivo general N° 1.
enero 26 de 2005

OFICIO FN N° 061	187
Complementa instrucciones contenidas en Oficio N°035/2004, rectifica criterios de actuación con respecto a la investigación de delitos sexuales y señala orientaciones frente a problemas originados por la nueva regulación de la ley N° 19.927. enero 28 de 2005	
OFICIO FN N° 084	195
Tipos penales en particular de la Ley N° 20.000. Instructivo N° 10 de la Ley 20.000 febrero 16 de 2005	

PRÓLOGO

Al entregar a nuestros lectores el primer número del Boletín del Ministerio Público del año 2004, solicitamos disculpar el retraso con que sale a distribución. Ello obedeció a algunas circunstancias de carácter administrativo, vinculadas al interés por mejorar la calidad gráfica y material de su edición.

Como es costumbre, se incluye un número significativo de fallos de los tribunales del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, entre los cuales destaca una sentencia de la Excm. Corte Suprema que, fallando un recurso de queja interpuesto por el Ministerio Público, deja sin efecto un sobreseimiento definitivo decretado por un tribunal de garantía y confirmado por la Corte de Apelaciones competente, en razón de que un fiscal se negó a modificar la pena solicitada en su acusación como le había sido solicitado por el Juez de Garantía, por la vía de corrección de vicios formales, a fin de permitir la aplicación de un procedimiento distinto del determinado por el Ministerio Público. El máximo tribunal señala con claridad que no le corresponde al juez de la causa inmiscuirse en la pena solicitada ni en el procedimiento elegido por el fiscal.

En lo que toca a comentarios sobre fallos relevantes, se presenta un interesante análisis sobre el alcance de las facultades de que disponen las Cortes de Apelaciones, para conocer de las reclamaciones que se formulen a raíz de la negativa a proporcionar la información que el Ministerio Público requiriere en el marco del inciso tercero del artículo 19 del Código Procesal Penal.

En la sección de artículos, se incluye un informe en derecho que analiza la relevancia que tiene la fecha de ocurrencia de los hechos –anterior o posterior a la entrada en vigencia del nuevo sistema en la Región Metropolitana– que motivan una solicitud de extradición pasiva, para determinar si procede o no la intervención del Ministerio Público como representante del Estado requirente.

En fin, nuestro boletín pretende continuar su aporte a la difusión del debate jurídico sobre temas relevantes vinculados a la operación, desarrollo y consolidación de nuestro sistema persecutorio. Como siempre, quedamos a disposición de la comunidad jurídica y agradecemos una vez más sus valiosos comentarios.



I Fallos

JUZGADOS DE GARANTÍA

- **Condena al acusado por hurto de especie de valor inferior a media U.T.M., cometido al interior de un supermercado, como autor de delito consumado, pese a no haber traspuesto las cajas registradoras.**

Tribunal: Tribunal de Garantía de Punta Arenas.

Resumen:

La fiscalía acusó al imputado como autor del delito de infracción al artículo 494 bis del Código Penal. La Defensa rindió prueba señalando que al acusado se le encontró una especie entre las ropas al interior del supermercado y sin haber pasado por las cajas registradoras. El Tribunal estimó que con las probanzas presentadas se pudo acreditar la comisión del delito de hurto en grado de consumado, por cuanto el iter criminis se ve completado desde el momento en que la especie sale de la esfera de resguardo de una persona pasando a la de otra. Y si bien el acusado se encontraba dentro del supermercado, no se puede desconocer que todas las personas cuentan con una esfera de resguardo en su intimidad, la cual obviamente se encuentra en los bolsillos, ropa o carteras de quienes se desplazan por un local. Siendo así, al introducir el acusado la especie en su ropa, sacó a ésta de la esfera de resguardo de su legítimo dueño consumando el delito.

Texto completo:

Punta Arenas, veintiuno de enero del dos mil cinco.–

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que, ante el tribunal de Garantía de Punta Arenas, el fiscal adjunto del Ministerio Público, Eugenio Campos Lucero, ha presentado requerimiento en contra de ROLAND OSVALDO VELÁSQUEZ GARCÍA, R. U. N. N° 13.527.490–9, domiciliado en Isla Riesco N° 072, Punta Arenas; por estimarlo responsable, en calidad de autor, del delito de infracción al artículo 494 Bis del Código Penal.

Basa su requerimiento el fiscal adjunto, en que el día 06 de diciembre del 2004, alrededor de las 11:10 horas, en circunstancias que el requerido Roland Velásquez García se encontraba al interior del local comercial Supermercado "Abu-Gosch", ubicado en calle Borjes N° 467 de esta ciudad, éste procedió a sustraer contra la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, un paquete de costillar de cerdo por un valor de \$ 10.493.–, el cual ocultó entre sus pertenencias, para luego

ser sorprendido antes de sobrepasar las cajas registradoras de dicho local.

SEGUNDO: Que el imputado Roland Velásquez García, ha solicitado la realización del juicio, en conformidad a lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 395 del Código Procesal Penal.

TERCERO: Que tendiente a acreditar los hechos que se imputan, el ministerio público rindió la siguiente prueba:

- Guía de despacho N° 045121 de Comercial e Industrial "Abu Gosch Ltda.", que corresponde a un paquete de carne costillar ahumado por un valor de \$ 10.493.–
- Extracto de filiación y antecedentes del imputado Roland Velásquez García, quien registra condena por hurto el 30 de septiembre de 1997 del 2° Juzgado del Crimen de Punta Arenas, a 61 días de presidio menor en su grado mínimo, pena remitida y cumplida. Posteriormente, el 28 de enero del 2000, registra condena por el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, por el 4° Juzgado de Letras de esta ciudad, a la pena de 8 años de presidio mayor en su grado mínimo.

- Dichos de Juan Carlos Durán Riffo, quien señala ser jefe de turno de seguridad del Supermercado "Abu Gosch" y que el día de los hechos que se indican en el requerimiento fue avisado por otra funcionaria de seguridad que una persona se encontraba en las góndolas de las carnes hurtando un paquete de carne, el cual, una vez llevado a la sala de inspección, entrega voluntariamente un paquete de carne de costillar de cerdo, el que extrae oculto desde el interior de su pantalón, específicamente, debajo del cinturón y señala que no quiere tener problemas. Finalmente, reconoce al imputado presente en la audiencia como la persona que ese día sustrajo la especie en cuestión.
- Expresiones de María Alejandra Uribe Uribe, guardia de seguridad del Supermercado "Abu Gosch", quien señala que el día de los hechos contenidos en el requerimiento se encontraba en las cámaras o monitores, desde donde divisó un joven que vestía de negro, el cual se guardaba un trozo de carne avaluado en aproximadamente \$10.490.-, dentro de sus prendas de vestir, específicamente, en la parte del estómago, mientras una pareja intentaba taparlo.

Posteriormente, dio aviso al guardia móvil y se realizó el procedimiento donde este joven reconoció voluntariamente la situación e hizo entrega de la especie en cuestión. Finalmente, identifica al imputado presente en la audiencia como el joven que ese día sustrajo el trozo de carne.

CUARTO: Que tendiente a desvirtuar las imputaciones efectuadas, la defensa presentó prueba testimonial, correspondiente a las declaraciones de Marta Soledad Mancilla Cárdenas, quien señala haber trabajado para el Supermercado "Abu Gosch" hasta el 31 de diciembre del 2004 como ayudante de carnicería. Además, indica conocer al imputado y constarle que éste estuvo en el Supermercado en comento el día 06 de diciembre del 2004, ya que la pasó a saludar y mientras conversaba con él, pasó un guardia del Supermercado, quien se lo llevó, por cuanto después se enteró que lo habían pillado con un costillar de cerdo, en todo caso, sin pasar por las cajas registradoras.

QUINTO: Que con estas probanzas, rendidas en juicio, ha quedado suficientemente establecido que el día 06 de diciembre del 2004, aproximadamente a las 11:10 horas, el imputado Roland Velásquez García fue sorprendido al interior del Supermercado "Abu Gosch", ubicado en calle Borries N° 467 de esta ciudad, y sin pasar por las cajas registradoras, en circunstancias que ocultaba al interior de su pantalón, específicamente, entre su bajo vientre y la pretina o cinturón del pantalón, un trozo de carne costillar de cerdo de propiedad de dicho supermercado, avaluado en la suma de \$10.493.-, sin pagar por dicha especie.

SEXTO: Que en tal sentido, valoradas dichas pruebas en conformidad a los parámetros establecidos en el artículo 297 del Código Procesal Penal, se han acreditado todos los elementos del tipo penal de hurto, en grado de consumado, por cuanto:

- El tratarse de una especie mueble y ajena, ha quedado suficientemente establecido con la Guía de despacho N° 045121 del Supermercado Abu Gosch y las declaraciones de los testigos Juan Carlos Durán Riffo y María Alejandra Uribe Uribe.
- La apropiación, esto es, la sustracción de la cosa con ánimo de señor y dueño (*animus rem sibi habendi*), que en este caso corresponde a la simple aprehensión manual, se encuentra suficientemente acreditada con las declaraciones de Juan Carlos Durán Riffo y María Alejandra Uribe Uribe.
- Por otra parte, la ausencia de voluntad de su legítimo dueño, se desprende de los principios de la lógica y las máximas de la experiencia, los cuales indican indubitadamente que, quien coloca especies a la venta en recipientes o estantes de libre acceso, no autoriza con ello a que los eventuales clientes introduzcan tales especies entre sus ropas u otros lugares a los que éste no pueda acceder sin invadir la privacidad de aquélla.
- El ánimo de lucro, para el caso en comento, se configura por el solo hecho de la apropiación. En efecto, para el Prof. Politoff, la apropiación sería una especie de lucro, y éste, el género. Así podría darse la situación de un lucro sin apropiación, pero nunca la de apropiación sin lucro, por cuanto la apropiación

no necesariamente precisa el efectivo aprovechamiento, sino que puede ser incluso con fines de destrucción u ocultamiento, no desapareciendo por ello el ánimo de lucro.

Que el problema del iter criminis en la especie, conlleva a determinar cuál es el momento consumativo del hurto, existiendo al efecto diferentes teorías que no son del caso analizar, dado que nuestra doctrina y jurisprudencia, en forma casi unánime, adscribe a la teoría de la ablatio, esto es, que la cosa sea sacada de la esfera de protección o resguardo en que se encuentra, para tener por configurada la consumación de un delito de hurto o apropiación.

En tal sentido, inmediatamente surge la cuestión de precisar cuál es ese momento en que la especie mueble sale de la esfera de resguardo o protección que, sabemos, determina la consumación del tipo penal de hurto de especie en un Supermercado. Las posturas generalmente se han extendido a un cierto ámbito territorial. En efecto, así algunos sitúan el momento de la consumación al traspasar la especie mueble las cajas registradoras sin pagar por ella, otras que podríamos llamar más restrictivas, lo sitúan en la puerta de entrada del Supermercado donde se señala que el legítimo titular aún ejercería un ámbito de influencia o resguardo sobre la cosa o especie; y hay quienes incluso, manifiestan que mientras no salga la especie del área de estacionamiento, no existiría posibilidad de aprovechamiento material de la misma; y por tanto, el descubrimiento de la especie furtiva antes de dichos ámbitos territoriales, debiera sancionarse en calidad de frustrado.

Sin embargo, a juicio de este sentenciador, tales concepciones territoriales, no se ajustan a los principios de la lógica y al natural estado de las situaciones fácticas. En efecto, es así que el Prof. Jean Pierre Matus, manifiesta que una cosa o especie mueble, no puede estar bajo la esfera de resguardo de dos titulares legítimos y contrapuestos al mismo tiempo; por lo que al entrar una especie mueble en la esfera de resguardo de una persona, quiere decir que ha salido de la esfera de protección de otra.

En palabras simples, cabe precisar que todas las personas contamos con una esfera o

ámbito de resguardo de nuestra intimidad. Así, para ser más explícitos, si cualquiera de nosotros, por mucho que nos encontremos al interior de un Supermercado, nuestros bolsillos, ropa interior o cartera en el caso de las mujeres, son lugares respecto de los cuales no puede sostenerse que el dueño del Supermercado ejerza un real y efectivo resguardo o protección, sino por el contrario, al introducir una especie mueble del Supermercado entre nuestra piel y la pretina del pantalón, como es el caso que nos ocupa, el autor ha extraído la especie del resguardo del dueño del Supermercado para ingresarla a su propia esfera de resguardo o intimidad, lugar donde el titular anterior carece de posibilidad alguna de custodiar la especie en cuestión, consumando con ello el iter criminis del delito que subyace en la presente causa

SÉPTIMO: Que no existen circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal que se hayan hecho valer para los efectos de la imposición de la pena.

OCTAVO: Que, de esta manera, el imputado resulta ser responsable de un ilícito penal sancionado con la pena de prisión en su grado mínimo a medio y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales y atendida la ausencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal alegadas en la especie, el tribunal se encuentra facultado para recorrerla en toda su extensión al imponerla.

Por estas consideraciones, y visto además, lo dispuesto en los artículos 1°, 15, 18, 21, 25, 30, 50, 70, 432 y 494 bis del Código Penal; artículos 45, 46, 47, 297, 333, 340, 342, 388 y siguientes del Código Procesal Penal; se declara que:

SE CONDENA al imputado ROLAND OSVALDO VELÁSQUEZ GARCÍA, ya individualizado, a la pena de CINCO DÍAS DE PRISIÓN EN SU GRADO MINIMO Y MULTA de UNA UNIDAD TRIBUTARIA MENSUAL, y a las costas de la causa, como AUTOR del delito de hurto simple de especies que no superan la media unidad tributaria mensual en perjuicio de la empresa Supermercado Abu Gosch de esta ciudad, en grado de consumado; hecho ilícito ocurrido el día 06 de diciembre del 2004, en el territorio jurisdiccional de este tribunal.

Que por no reunir el sentenciado los requisitos de la Ley N° 18.216.-, no se le concede ninguno de los beneficios que dicha normativa legal contempla.

Que para el evento que el sentenciado no pague la multa precedentemente impuesta, sufrirá por vía de sustitución y apremio la pena de reclusión, regulándose en un día por cada quinto

de unidad tributaria mensual a que ha sido condenado, sin que pueda exceder de seis meses.

Regístrese, notifíquese y dése copia.

Rol único N° 0400445412-5-

DICTADA POR DON JAIME ÁLVAREZ
ASTETE, JUEZ DE GARANTÍA DE PUNTA ARENAS.-

- **Condena al acusado como autor de los delitos de lesiones graves y violación de morada, en procedimiento abreviado, en virtud de la aceptación de los hechos que el Tribunal estima como suficiente acreditación de la participación.**

Tribunal: Tribunal de Garantía de Castro.

Resumen:

La Fiscalía acusó en procedimiento abreviado al imputado como autor de los delitos de lesiones graves y violación de morada. La Defensa solicitó la absolución basándose principalmente en que la prueba de su participación se encontraba en la declaración de la víctima, la cual se encontraba en estado de ebriedad al momento de los hechos. En subsidio pidió se acogiera la atenuante de la irreprochable conducta anterior y se le concediera algún beneficio de la ley 18.216. El Juez rechazó los argumentos de la Defensa, señalando que en un procedimiento abreviado la participación queda acreditada con la aceptación de los hechos efectuada por el imputado en conformidad al artículo 406 del Código Procesal Penal, siendo posible absolver sólo si dicho reconocimiento no guarda concordancia con el mérito de los antecedentes acumulados en la carpeta fiscal; o éstos no dan cuenta de la comisión de un ilícito o de la participación; o no son constitutivos de delito. Respecto a la atenuante solicitada, la rechaza porque si bien el extracto de filiación no da cuenta de condenas anteriores, éstas sí existen y para demostrarlo la Fiscalía acompañó copias autorizadas de las sentencias ejecutoriadas. Finalmente, respecto de la petición de cumplir la condena con algún beneficio de la Ley 18.216, el Tribunal también la desestima porque, siendo una facultad del Juez su otorgamiento, y luego de apreciar valorativamente la personalidad del acusado no le pareció apropiado.

Texto completo:

CASTRO, veintiuno de enero de dos mil cuatro.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que ante el Juzgado de Garantía de Castro, se ha tramitado el presente juicio, RUC 0400238875-3, RIT: 664-2004, según las normas del procedimiento abreviado de los artículos 406 y siguientes del Código Procesal Penal.

Con fecha 17 de diciembre de dos mil cuatro del presente año, el Ministerio Público, representado en esta audiencia por el Fiscal señor Daniel Alvarado Tiquer, formuló acusación contra **VÍCTOR HUGO CAIPILLÁN OJEDA**, chileno, RUN 13.408.860-5, apodado "El Chino", sin oficio, domiciliado en Población Lautaro N°26, ciudad de Castro.

Desde las primeras diligencias realizadas en la causa el acusado, ya individualizado, fue asesorado y representado por el abogado de la Defensoría Penal Pública, y en esta audiencia

por doña María del Rosario Salamanca, con domicilio en Serrano 565, comuna de Castro.

SEGUNDO: Que la Fiscalía Local en su presentación y como fundamento de la acusación, señaló los siguientes hechos: "El día 4 de abril del 2004, alrededor de las 21:00 horas, el acusado, junto a otros sujetos, lanzaron piedras al inmueble de propiedad de don Ismael del Carmen Herrera Herrera, ubicado en calle Aníbal Pinto s/n, Villa Los Presidentes de la ciudad de Castro, para posteriormente ingresar a dicho domicilio sin la voluntad de su dueño y con un elemento cortopunzante a la víctima, don Ismael del Carmen Herrera Herrera, ocasionándole lesiones de carácter graves."

Señala que los hechos antes descritos son constitutivos del delito de lesiones graves, previsto y sancionado en el artículo 397 N°2 del Código Penal y violación de morada del artículo 144 del mismo cuerpo legal, en grado de consumado y participación de autor.

Previa modificación de la acusación, pide sea condenado a una pena de 541 días de presi-

dio menor en su grado medio, accesorias respectivas en calidad de autor del delito de lesiones graves y la pena de multa de 6 UTM como autor de delito de violación de morada y al pago de las costas de la causa, toda vez, que no concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad.

Por su parte, el acusado Caipillan Ojeda, asesorado por su abogado defensor, reconoció expresa y claramente cada uno de los hechos previamente enunciados y los antecedentes de la investigación en que se fundan, en audiencia celebrada ante este Tribunal con fecha de diecisiete de enero 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, la defensa controvertió la participación del acusado en el hecho punible, en subsidio solicitó atenuantes 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 4 de abril del 2004, alrededor de las 21:00 horas, el acusado, junto a otros sujetos, lanzaron piedras al inmueble de propiedad de don Ismael del Carmen Herrera Herrera, ubicado en calle Aníbal Pinto s/n, Villa Los Presidentes de la ciudad de Castro, para posteriormente ingresar a dicho domicilio sin la voluntad de su dueño y con un elemento cortopunzante a la víctima, don Ismael del Carmen Herrera Herrera, ocasionándole lesiones de carácter graves.

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

a) Parte denuncia de fecha 5 de abril de 2004 en que don Ismael Herrera Herrera pone en conocimiento ante Carabineros de la Segunda Comisaría de Castro, en circunstancias que se encontraba en su domicilio ubicado en Aníbal Pinto s/n de esta comuna, en forma sorpresiva ingresó un grupo de personas, sin su voluntad ni motivos justificados, resultando con lesiones consistentes en herida cortante dorso nasal, fractura nasal, contusión malar palpebral derecha con hematoma y contusión torácica. Cabe hacer presente que fueron reconocidos por los afectados solamente dos individuos causantes de lesiones y daños y serían un tal Diego Quinched y otro apodado El Chino, ignorándose mayores antecedentes.

Se adjunta informe de lesiones emitido por el médico de turno Santiago Navarro Vera.

b) Declaración de Anthony Marambio Sapianni, quien señala que el día 4 de abril del 2004 en circunstancias que se encontraba en el domicilio de Ismael Herrera alrededor de las 21:00 horas un grupo de sujetos ingresó al interior por la puerta de la cocina, portando en sus manos cuchillos, fierros y piedras, comenzando a golpear al dueño de casa, mientras un sujeto apodado el Chino decía que los iba a matar. Los sujetos entraron con prepotencia y el Chino fue quien más golpeó a don Ismael, le dio unos cortes en la espalda, pudiendo huir por unos momentos, sin embargo, luego de nuevo al ver que escapaba lo volvieron a golpear.

c) Declaración de Elba Herrera Gallardo, quien ante Fiscalía señala el día 4 de abril de 2004 aproximadamente a las 21.00 horas sintió un ruido de vidrios que se estaban quebrando en su casa, percatándose que aproximadamente 10 sujetos entraron a su domicilio, uno de ellos de nombre Quinched, y los demás eran parientes de este último y otros sujetos a los cuales no ubica. Agrega que no vio lo sucedido pues por temor se escondió, sin embargo, luego se percató que los muebles estaban destrozados y que su marido interpuso la denuncia siendo trasladado al hospital.

d) Declaración de Ismael Herrera Herrera quien señala que el día 4 de abril de 2004 alrededor de las 21:00 horas llegó un grupo de aproximadamente 10 personas, entre ellos un sujeto apodado "El Chino" a su domicilio, quienes agre-

dieron a su padre, quien concurrió a hacer la denuncia respectiva siendo diagnosticado con lesiones graves.

e) Declaración de Mario Rodas Contreras, quien señala que respecto de la investigación que le correspondió realizar, que constituido en el sitio del suceso se percató que existían daños en la propiedad como en los bienes del interior de éste. Sobre la base de diligencias policiales, declaraciones de la víctima, testigos y análisis del sitio del suceso, indagaciones posteriores y la dinámica de los hechos, se pudo establecer que el día 4 de abril de 2004, el ataque a la casa de don Ismael Herrera fue de responsabilidad de Caipillan Ojeda.

f) Declaración de la víctima Ismael Herrera Herrera quien señala que el día 4 de abril estando en el interior de su casa comenzó a sentir piedras que eran lanzadas en los vidrios de su domicilio, para luego ingresar alrededor de 10 sujetos, sin su autorización, y destrozan los muebles del interior y luego es agredido por un sujeto a quien identifica como Antilef mientras que el "Chino", quien tiene su domicilio en la población Lautaro, le golpeó con puños y pies en diferentes partes del cuerpo. Señala que fueron diagnosticadas sus lesiones como graves por el médico de turno, permaneciendo hospitalizado por 9 días, le operaron una fractura a la nariz y le recetaron reposo.

Tal declaración es ratificada en careo con un tercero ante la Fiscalía local.

g) Informe médico N°90 de fecha 30 de septiembre de 2004 el que señala que examinado el día 4 de mayo el señor Ismael del Carmen Herrera Herrera, presenta cicatriz de herida contuso cortante de 05.cm. craneana en zona parietal, herida contuso cortante nasal transversa de 05.cm irregular; fractura de huesos nasales desplazada con deformidad discreta (se realizó procedimiento de reducción); herida abrasiva malar derecha. Conclusiones: carácter de la lesión: grave; tiempo de incapacidad: 31 días; tiempo de curación: 31 días; tratamiento posterior: eventual reducción definitiva de fracturas; posible deformidad discreta nasal y cicatrices definitivas.

h) Orden de investigar diligenciada por la Policía de Investigaciones de Castro, la que concluye luego de realizar entrevistas a víctima, testigos e inspección del sitio del suceso se esta-

bleció fehacientemente el delito de lesiones graves y daños a la propiedad y dada la no presentación de los imputados no se descarta su participación en los hechos denunciados.

i) Fotografías del rostro de Ismael Herrera Herrera.

J) Declaraciones de los funcionarios aprehensores Manuel Evanan Vera Cárcamo y Ricardo Segundo Rain Gallardo, quien señala que al momento de proceder a la detención del Víctor Caipillan Ojeda les señaló si el motivo de la detención era por el problema con el gato o por lo del maestro Herrera, domicilio al cual había ingresado y luego pegado unos cortes y que estaba arrependido porque no tenía trampas con el maestro.

Conforme a los testimonios analizados, a juicio de esta sentenciadora resultan altamente creíbles, especialmente los atestados de la víctima y testigos que reconocen al imputado, a quien identifican como "Chino", como quien el día de los hechos ingresó al domicilio de la víctima para luego agredirlo y provocarle distintas lesiones, relatos que son concordantes con el resto de los antecedentes de la investigación, y en especial con la aceptación de los hechos y antecedentes de la investigación por parte del acusado en esta audiencia.

En este sentido, es la propia víctima, quien desde el inicio de la investigación identifica como uno de sus agresores al acusado, testimonio que se ve refrendado por las declaraciones de los otros testigos, Marambio Sapianni y Herrera Herrera, quienes además de situar al imputado en el lugar de los hechos, señala el primero que era uno de los que más pegaba, conforme lo anterior, y no existiendo motivo que haga dudar de tales declaraciones en cuanto su veracidad y credibilidad, y que son coincidentes y concordantes, se puede afirmar con certeza la efectividad que un sujeto con fecha 4 de abril de 2004 sin la voluntad de su dueño ingresó al inmueble de propiedad de Ismael Herrera Herrera para luego agredirlo con golpes de pies y puños en diferentes partes del cuerpo que en definitiva provocaron lesiones que tardaron a sanar más de 30 días.

QUINTO: Que de esta forma los hechos descritos constituyen el delito lesiones graves y violación de morada, ilícitos contemplados en los

artículos 397 N°2 y 144, ambos del Código Penal, y la participación que le corresponde al acusado es en calidad de autor de acuerdo al art. 15 N°1 del Código Penal, al haber participado en la ejecución de los hechos en forma directa.

SEXTO: Que no existen circunstancias que permitan exculpar legalmente al acusado de responsabilidad en los hechos analizados.

SÉPTIMO: Que la defensa del acusado en la audiencia de procedimiento abreviado solicitó se dicte sentencia, toda vez que los antecedentes de la investigación resultan insuficientes para lograr convicción más allá de toda duda razonable de la participación que le corresponde a su representado en los hechos que se le imputan. Argumenta que sólo existe la declaración de la víctima, sin embargo, ella no parece creíble pues, como se revela del careo que existe en la carpeta fiscal, se encontraba en estado de ebriedad al momento de la ocurrencia de los hechos, además que afirmó la participación de un tercer sujeto, sin embargo, luego se retractó de ello, lo que hace a lo menos dudar de tal versión. El otro testigo que reafirma su participación es Marambio Sapianni, sin embargo, las lesiones que atribuye a su representado son distintas a las que da cuenta el informe de lesiones, él señala que el imputado le dio a la víctima golpes en la espalda, sin embargo, no hay lesiones de tal característica. Asimismo, señala que todos los antecedentes fiscales, testigos, parte policial hablan de un sujeto apodado el Chino, y si bien, el señor Caipillan Ojeda tiene tal apodo, ello no significa que necesariamente él sea a quien se refieren dichos antecedentes, pues existen muchos individuos con tal apelativo. Conforme lo anterior, procede a solicitar se dicte sentencia absolutoria, toda vez, que la sola aceptación de los hechos por parte del acusado no es suficiente, para más allá de toda duda razonable, dar por acreditada participación de su representado.

En subsidio de lo anterior solicita se dé aplicación a la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal, pues consta en la carpeta fiscal que al momento de ocurrencia del ilícito no tenía antecedentes prontuarios anteriores, por lo que atendido el extracto de filiación ha de acogerse tal solicitud.

Además pide se conceda el beneficio de la remisión condicional de la pena sobre la base

de lo señalado recientemente y en el caso de estimar que no concurren los requisitos, se otorgue la reclusión nocturna. Al efecto, acompaña previa exhibición de la Fiscalía informe social emitido por la asistente social M. Lorena Llanos A. el que da cuenta del arraigo social y familiar del acusado ya que cuenta con un domicilio conocido en esta ciudad, que es una persona trabajadora, desarrollando actividades laborales constantemente.

OCTAVO: Que respecto de la solicitud de absolució n planteada por la defensa, cumple con señalar que efectivamente nuestro legislador estableció el procedimiento abreviado como una de las posibilidades de simplificación de éstos, cuando el imputado renuncia a su derecho al juicio oral y manifieste acuerdo en los hechos contenidos en la acusación y en los antecedentes de la investigación en que se fundan. En efecto, se faculta al juez para absolver en el caso que, a pesar del reconocimiento de los hechos realizados por el acusado, estos no son constitutivos de delito o el conjunto de los antecedentes de la investigación no den cuenta de la comisión de ilícito alguno o de participación y que lleven a adoptar una decisión distinta.

En la especie, el reconocimiento efectuado por el acusado en forma libre y con conocimiento de los derechos que le asisten se encuentra en concordancia con el mérito de los antecedentes acumulados en la carpeta fiscal, los que son concluyentes para dar por establecida la participación que le corresponde al acusado en los hechos investigados. Al efecto, las alegaciones planteadas por la defensa en cuanto no parece veraz la declaración de la víctima por existir ciertas disconformidades en sus dichos, no aparece relevante y no logra desvirtuar la convicción de culpabilidad que se ha formado esta sentenciadora con el reconocimiento de los hechos y demás antecedentes de investigación, pues ellas son enfáticas en señalar desde un primer momento que un sujeto apodado el Chino entró a la casa habitación de propiedad de la víctima sin el consentimiento de éste, y que luego le causó distintas lesiones, sujeto que resultó ser Caipillan Ojeda, razones todas para rechazar la solicitud de la defensa.

En este sentido, además existen otras declaraciones que lo sitúan en el sitio del suceso y

que incluso personal policial aprehensor declara que el imputado manifestó en su oportunidad, conocer los hechos que se le imputan en autos, las lesiones provocadas al maestro Herrera.

OCTAVO: Que respecto de la solicitud de la defensa en orden a aplicar la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal, este Tribunal rechazará tal solicitud toda vez, que si bien, aparece en el extracto de filiación que el imputado al cometer el delito no tenía antecedentes anteriores, dicho documento aparece en contradicción con las copias de sentencia que se encuentran agregadas a la carpeta fiscal, donde consta que Caipillan Ojeda ha sido condenado anteriormente por los delitos de incesto y lesiones graves, causas ambas del Juzgado de Letras de Castro, y ejecutoriadas al momento de cometerse los delitos, razones para descartar la hipótesis de irreprochable conducta anterior.

DÉCIMO: Que no se cumplen en la especie los requisitos del artículo 8 de la Ley 18.216, toda vez, que consta en la carpeta fiscal que el acusado ha sido previamente condenado por los delitos de lesiones graves e incesto, y si bien ambas, suman menos de 2 años, a juicio de esta sentenciadora no se cumple el requisito establecido en la letra c) del mencionado numeral, toda vez, que de los antecedentes personales del reo, en especial del hecho de registrar una condena pendiente por un delito de lesiones graves, ilícito de igual naturaleza y entidad del materia de este juicio, a juicio de este tribunal no permiten presumir fundadamente y con criterios ciertos que la reclusión nocturna cumplirá su objetivo de prevención especial de la pena y que el acusado no volverá a delinquir; en este sentido y apreciando valorativamente la personalidad del agente, resulta improcedente el beneficio alternativo solicitado, no bastando la sola existencia de un arraigo en esta comuna, toda vez, que como se desprende del informe social acompañado, siempre vivió en un hogar de protección, no siendo visitado por sus padres, y que al momento de comisión del ilícito "realizaba conducta de consumo de alcohol en forma creciente y por su afán de liderazgo y la necesidad de sentirse respetado por sus pares y defender a sus amigos, comenzaron sus primeras detenciones por riñas callejeras y consumo de alcohol en la vía pública". Por lo demás

las conclusiones de dicho informe social se encuentran en contradicción con lo informado en el mismo, en cuanto señala que Caipillan Ojeda es una persona responsable con la sociedad, pues dos condenas anteriores dan cuenta de lo contrario.

Sobre la base de lo argumentado y siendo siempre una facultad del juez sentenciador apreciar si se cumplen los requisitos para otorgar algún beneficio de la Ley 18.216, el sentenciado deberá cumplir la pena efectivamente impuesta.

Para el cómputo de la pena y teniendo presente que Caipillan Ojeda ha permanecido privado de libertad ante este mismo Tribunal por un supuesto delito de homicidio frustrado desde el 20 de julio de 2004, causa a la que se acumuló la presente y que en la primera el Ministerio Público en la audiencia de preparación de juicio oral decidió no perseverar de acuerdo al artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, dicho tiempo servirá de abono a la presente sentencia, por resultar beneficioso para el imputado.

UNDÉCIMO: Que para graduar el monto de la multa que ha de ser impuesta en el delito de violación de morada, se tendrá presente lo dispuesto en el artículo 70 del Código Penal, en especial el hecho de permanecer el condenado sujeto a prisión preventiva desde hace más de cinco meses, hace pensar a este tribunal que el caudal económico del imputado es escaso, por lo que graduará en el mínimo.

Y teniendo presente lo dispuesto por los artículos N° 1, 5, 14, 15 Nro. 1, 18, 25, 49, 30, 50, 68, 70, 144 y 397 N°2 del Código Penal; 45, 47, 343, 344, 351, 406, 412, 413 y 415 del Código Procesal Penal, se declara:

- i.- Que se condena a **VÍCTOR HUGO CAIPILLAN OJEDA**, en calidad de autor del delito de lesiones graves en perjuicio de Ismael Herrera Herrera, hecho ocurrido el 4 de abril de 2004, a cumplir una pena de 541 (quinientos cuarenta y un días) de presidio menor en su grado medio, accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.
- ii.- Que asimismo, se condena a Caipillan Ojeda, como autor del delito de violación de morada, conforme al artículo 144 del Código Penal, hecho también ocurrido el día 4 de abril de 2004, al pago de una multa de una unidad tributaria mensual.

En el evento que el sentenciado no tuviere bienes para satisfacer el monto de la multa deberá cumplir la pena sustitutiva, equivalente a un día por cada un quinto de unidad tributaria mensuales, sin que pueda exceder de 6 meses.

II.- Que el sentenciado deberá cumplir la pena efectivamente impuesta, sirviéndole de abono los días que permaneció privado de libertad por motivo de esta causa esto, del 20 de julio del 2004, según se expuso en los considerandos anteriores.

III.- Que no se condena en costas al sentenciado por haber renunciado al juicio oral.

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, debiendo remitirse copias de la presente sentencia al Juzgado de letras de Castro, para los fines que estime pertinentes y archívese los antecedentes.

RUC: 0400238875-3, RIT: 664-2004

Dictada por Doña Verónica Herrera Ocares, Juez Titular del Juzgado de Garantía de Castro.

TRIBUNALES DE JUICIO ORAL EN LO PENAL

- **Condena a cuatro de los acusados como autores del delito de homicidio simple en grado de frustrado, por no haberse acreditado la concurrencia de la circunstancia calificante invocada por la Fiscalía y rechazando la calificación jurídica formulada por el querellante particular.**

Tribunal: Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas.

Resumen:

La Fiscalía acusó a los imputados como autores del delito de homicidio calificado por la calificante de la alevosía. El querellante acusó por el delito de lesiones graves gravísimas, alegando, además, la concurrencia de las agravantes del artículo 12 N° 1 y 6 del Código Penal. La Defensa sostuvo que los hechos configuraron el delito de homicidio simple frustrado respecto de dos de las víctimas y de lesiones graves respecto de la tercera. Alegó, también, la concurrencia de las atenuantes del artículo 11 N° 6 y 9 del Código Penal, porque no habiendo testigos sólo estaban las declaraciones de sus representados ante Carabineros. El Tribunal estimó acreditados los hechos contenidos en la acusación, pero los calificó como homicidio simple frustrado en contra de las tres víctimas. Ello, porque se pudo probar que las tres víctimas estuvieron en riesgo vital y no murieron gracias a la intervención médica oportuna. Los Jueces estimaron que los acusados actuaron con la voluntad de matar porque golpearon en la cabeza con medios idóneos, hasta el cansancio, a las víctimas. La calificante de la alevosía fue rechazada porque por una parte no se probó que los hechos hubieran buscado circunstancias especiales de indefensión para actuar, así como tampoco que de no haber existido éstas ellos se hubieran desistido de hacerlo, mismas razones por las que se rechazó la agravante sostenida por el querellante, además de tratarse de una agravante cuestionada en sus fundamentos por la doctrina. La otra agravante fue rechazada porque no fue acreditada. En cuanto a las atenuantes alegadas por la Defensa, sólo se acogió la irreprochable conducta anterior de los acusados. La colaboración sustancial no fue acogida por cuanto no prestaron colaboración a la investigación de forma inmediata, pronta y no producto de otras circunstancias. Ello, porque sólo declararon una vez que Carabineros llegó a ellos por una información telefónica anónima recibida. Finalmente, el Tribunal estimó que no concurrían los requisitos para que los condenados recibieran alguno de los beneficios de la ley 18.216, y acogió la demanda civil incorporando el monto de los gastos médicos incurridos, así como un monto por el daño moral sufrido.

Texto completo:

Punta Arenas, veintiuno de noviembre de dos mil cuatro.

VISTOS, OÍDOS, Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Individualización. El quince y dieciséis de noviembre de dos mil cuatro, ante la Segunda Sala, Jueces Señores, José Octavio Flores Vásquez, Presidente, Luis Enrique Álvarez Valdés y Álvaro Mesa Latorre se llevó a efecto la audiencia de juicio oral relativa a la causa

RUC N° 0400126356-6-, Rol Interno del Tribunal N° 63-2004, por los delitos de Homicidios calificados en grado de frustrados y acusación particular por el delito de lesiones graves gravísimas; seguida en contra de los acusados, actualmente sujetos a la medida cautelar de prisión preventiva; todos trabajadores jornales y con residencia en Punta Arenas. **Juan Alberto Figueroa Gutiérrez**, Cédula de Identidad N° 14.226.687-3, 23 años, domiciliado en Pasaje Monte Burney N° 01382 Población Almirantazgo; **Álvaro Andrés Guerrero Zúñiga**, Cédula de Identidad N°

16.065.835-5, 19 años, domiciliado en Isla Clarence N° 063 Población Alfredo Lorca; **José Humberto Sánchez Trujillo**, Cédula de Identidad N° 15.582.865-k, 20 años, domiciliado en Galvarino Riveros N°130 Población General del Canto; **Jimmy Eduardo Rdelich Igor**, Cédula de Identidad N° 14.229.127-4, 24 años, domiciliado en Isla Clarence N° 052 Población Almirantazgo; **Sebastián Antonio Maturana Yagode**, Cédula de Identidad N° 16.722.725-2, 17 años, domiciliado en Punta Stouques N° 129 Población Almirantazgo.

Fue parte acusadora el Ministerio Público, representado por el Fiscal Guillermo Adasme Corvalán, domiciliado en calle José Menéndez N° 900, de esta ciudad. El abogado querellante Fernando Dobson Soto en representación de José Aniceto Arismendi Cheuquepil, ambos con domicilio en Magallanes N° 809 Punta Arenas, presentó acusación particular

La defensa de los acusados estuvo a cargo de la Defensores Penales Públicos Gustavo Aguilar Moraga, y Ramón Bórquez Díaz domiciliados en Avda. Colón N° 1106 de Punta Arenas.

SEGUNDO: Acusación. El día 8 de abril del 2004, en horas de la madrugada, los acusados Juan Alberto Figueroa Gutiérrez, Sebastián Antonio Maturana Yagode, Álvaro Andrés Guerrero Zúñiga, José Humberto Sánchez Trujillo y Jimmy Eduardo Rdelich Igor, junto a otros sujetos, encontraron a lo señores José Aniceto Arismendi Cheuquepil, Rubén Ariel Santana Caileo y Luis Alfonso Rozas Alvarado, caminando por el sector de las calles José Velásquez con General del Canto, de la ciudad de Punta Arenas. Sin mediar mayor provocación o amenaza de parte de las víctimas, procedieron a golpear a los antes citados, valiéndose de su superioridad numérica, con pies y puño, sin perjuicio de un palo que utilizó el acusado Rdelich, en diferentes partes de sus cuerpos, especialmente cráneos, hasta derribarlos y continuar su accionar, sin importarle la muerte que les podría ocasionar a raíz de las lesiones. Una vez que se cansaron, los abandonaron en la vía pública, sin auxilio y respeto por la integridad física de las víctimas, provocándoles lesiones de severa gravedad y que sin mediar atención oportuna y eficaz, les hubiere acarreado la muerte.

A juicio del Ministerio Público los hechos descritos configuran los delitos de homicidios

calificados en grado de frustrados, previstos y sancionados en el artículo 391 N°1, en relación con el artículo 7°, ambos del Código Penal. Correspondiéndole a los imputados la calidad de autores en los hechos descritos. Precisó que no concurren respecto de los denunciados circunstancias eximentes, ni modificatorias de responsabilidad penal. Pidiendo finalmente que el Tribunal aplique la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio más las accesorias legales y costas de la causa, por los delitos de homicidio calificado en grado de frustrados en contra de los acusados Juan Alberto Figueroa Gutiérrez, Álvaro Andrés Guerrero Zúñiga, José Humberto Sánchez Trujillo y Jimmy Eduardo Rdelich Igor. Y la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales y costas de la causa por los delitos de homicidios calificados en grado de frustrados en contra de Sebastián Antonio Maturana Yagode.

Por otro lado el abogado querellante Fernando Dobson en representación de José Aniceto Arismendi Cheuquepil presentó acusación particular en contra de los imputados antes citados por estimarlos autores del delito de lesiones graves gravísimas en la persona de José Aniceto Arismendi Cheuquepil. Funda su acusación en que el día 8 de abril del 2004, en horas de la madrugada, los acusados Juan Alberto Figueroa Gutiérrez, Sebastián Antonio Maturana Yagode, Álvaro Andrés Guerrero Zúñiga, José Humberto Sánchez Trujillo y Jimmy Eduardo Rdelich Igor, junto a otros sujetos, encontraron a lo señores Luis Alfonso Rozas Alvarado, Rubén Ariel Santana Caileo y a su patrocinado José Aniceto Arismendi Cheuquepil, caminando por el sector de las calles José Velásquez con General del Canto, de la ciudad de Punta Arenas. Sin mediar provocación o amenaza de parte de las víctimas, los acusados procedieron a golpear salvajemente a los antes citados, con golpes de pie y puño y elemento contundente que utilizó el acusado Rdelich, los golpes fueron en diferentes partes de sus cuerpos, especialmente en sus cráneos. Provocándoles lesiones de severa y diversa gravedad. Señala que José Aniceto Arismendi Cheuquepil, fue ciertamente el más afectado, según el parte denuncia de Carabineros, al describir la lesión señalada: "Fractura de cráneo con peligro de muerte", más adelante agrega que se encuen-

tra "policontuso". En el Hospital Regional se le ingresó el 8 de abril del 2004 a la unidad de cuidados intensivos con "Tec abierto, contusión cerebral severa". Durante su permanencia en el nosocomio estuvo en permanente riesgo vital, se le practicó craneotomía ya que presentaba fractura conminuta, es decir el cráneo se rompió en varios trozos, por lo cual habrá que implantarle una malla de titanio. Actualmente José, se encuentra postrado en su casa, sin ninguna posibilidad de trabajar y notablemente deforme, según los médicos se encuentra hemipléjico y presenta una gran hendidura en su cabeza con secuelas múltiples.

Por lo que solicita al Tribunal aplique la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio a los acusados Juan Alberto Figueroa Gutiérrez, Alvaro Andrés Guerrero Zúñiga, José Humberto Sánchez Trujillo y Jimmy Eduardo Rdelich Igor. Y la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, al imputado de Sebastián Antonio Maturana Yagode, por ser menor de 18 años a la época de los hechos. Finalmente señala, que perjudican a los acusados dos agravantes. Cometer el delito contra las personas con alevosía y abusar de la superioridad de sus fuerzas, empleando como arma un elemento contundente, en términos que los ofendidos por el delito no pudieron defenderse con probabilidades de repeler la ofensa.

TERCERO: Defensa. Señaló que es manifiesto como se puede construir un caso alterando la forma de ocurrencia de los hechos, con el objeto de pretender imponer una pena que no corresponde. Pues los hechos ocurrieron no en la forma como se presenta en la acusación. Ello porque en la formalización se expresó que existía homicidio simple en grado de frustrado respecto a Arismendi y Santana Caileo y lesiones graves en la persona de Luis Rozas. Añadió que ese 8 de abril y luego de 5 meses de una supuesta investigación –pues en la carpeta investigativa no hay orden de investigar se reformatiza, no se habla de 5 personas que se encontraban en la intersección de las calle José Velásquez con calle General del Canto con los tres lesionados, respecto de los cuales existían rencillas anteriores con los imputados– lo dijo el propio Fiscal en la audiencia de formalización; sino que además agregó que existían otros sujetos –más de 10 sujetos– pero

nadie sabe quiénes son. Por otro lado sus representados renunciando a su derecho a guardar silencio reconocieron aún antes de ser detenidos en un domicilio particular, la participación en esta gresca–riña, la que se habría producido en realidad por hostigamientos y amenazas recíprocas con las 3 víctimas. Se intenta incorporar la calificante de alevosía contradiciendo los principios de la congruencia. Precisó que es contrario al principio de culpabilidad realizar en forma simplista una calificación jurídica de los hechos y luego atribuir participación. Así en la acusación se le atribuye la calidad de autores a sus representados basados en el artículo 15 N° 1 y 3. El Fiscal en la audiencia de preparación de juicio oral indicó que todos tenían esa calidad. Cómo se explica la participación de los representados. Así todos pegaron en el cráneo, todos pegaron en el cuerpo. Además sólo uno ellos uso un palo. Por otro lado solamente en 2 pares de calzados se encuentran manchas de sangre coincidente genéticamente con de las víctimas. Por ello reitera que de ninguna manera se puede estar en presencia de un homicidio calificado en grado de frustrado y corresponde al Tribunal determinar la calificación jurídica de los hechos. Además no hay testigos presenciales. Lo cierto es que se debe rechazar la acusación en la forma planteada por el Fiscal y Querellante acota, que lo que objetivamente se acerca más a la forma como ocurrieron los hechos es en los términos de la formalización esto es lesiones –que habrá que determinar qué tipo– respecto de uno de los lesionados y homicidio simple en grado de frustrado en relación a los otras víctimas. Por otro lado el querellante debe acreditar dolo de lesionar pues no se puede distinguir este dolo del dolo eventual del homicidio. Se remite en lo demás a sus argumentos anteriores. Puntualizó que a los intervinientes no corresponden interpretar acomodaticamente lo que han declarado las personas. Se debe estar a la prueba que se rindió. Así de lo expuesto por los funcionarios policiales Muñoz, Correa Sepúlveda, se desprende que no se actuó sobre seguro porque lo que no hubo alevosía. Es decir hubo un problema entre dos grupos y que se produjeron las lesiones a las víctimas y su recuperación expuestas detalladamente por los peritos. Por otro lado concurren las atenuantes del artículo 11 N° 6 del Código Penal a excepción de Jimmy

Rdelich y Juan Figueroa Gutiérrez y la del artículo 11 N° 9 de texto citado, a excepción de Figueroa Gutiérrez. Aquí no existen antecedentes ni antes ni después, pues no hay testigos presentes, están sólo las declaraciones de sus representantes expuestas por los funcionarios de Carabineros.

CUARTO: Recalificación de acusación. Que siguiendo en esta línea, el Tribunal llamó a los intervinientes a debatir sobre la eventual configuración de los delitos de homicidio simple en grado de frustrado en las personas de José Arismendi y Rubén Santana previstos en el artículo 391 N° 2 del Código Penal y del delito de lesiones graves a Luis Rozas previsto en el artículo 397 N° 2 del texto citado. El Fiscal señaló que en su momento en la formalización realizó la calificación aludida a debatir pero luego en la reformalización y del mérito de las declaraciones de las víctimas y dichos de los imputados, no hubo gresca, sino que alevosía, pues hubo superioridad numérica, esto es, un actuar sobre seguro sobre las víctimas. Por ello mantiene en todas sus partes la acusación por homicidio calificado en grado de frustrado.

El querellante manifestó que es difícil pronunciarse pues representa sólo a una de las víctimas. En todo caso comparte con el Fiscal el hecho que concurre en el homicidio una calificante y en el caso del delito de lesiones la agravante de alevosía. Esto es, los acusados actuaron sobre seguro, pues cada uno con la plena seguridad que tras su agresión había 4 sujetos que están respaldando y previendo cualquier riesgo a su seguridad.

Por su lado la defensa, estima que no concurre la circunstancia calificante o agravante de alevosía para que exista homicidio agravado. Los hechos no ocurrieron como se señala en la acusación, sino que como lo señaló el Fiscal en su formalización. No se actuó sobre seguro, sus representantes no prepararon las circunstancias, ellos circulaban por la calle y se encuentran con las víctimas, en esas circunstancias y por rencillas anteriores y por amenazas; tal como señalaron los funcionarios policiales, y debido a las amenazas respecto de Maturana Yagode, se produjeron los hechos. Finalmente señala que no existe ningún antecedente que haga suponer que hubo 10 a 15 personas.

EN CUANTO A LA ACCIÓN PENAL

QUINTO: Prueba considerada y su valoración. Que tanto el Ministerio Público, Querellante y Defensa rindieron prueba, los dos primeros para acreditar los fundamentos de sus acusaciones y la participación de los acusados y la última para desacreditar la prueba rendida por aquellos y probar además sus argumentaciones, lo que se analiza y valora conjuntamente, desechándose la prueba que corresponda.

En cuanto a la ocurrencia del hecho y sus circunstancias.

Sobre este punto están las declaraciones convincentes de las víctimas. Así **José Aniceto Arismendi Cheuquepil**. Entró a declarar en silla de ruedas. 29 años. Afirmó que trabajaba en frutería, cumplía labores de carga y descarga desde hace 5 años. Semanalmente sacaba \$40.000.- Añadió que su mamá es asesora del hogar y ella mantiene la casa. Actualmente no desarrolla actividad laboral y sus amigos son Santana y Rozas. Ellos llegaron a su casa el 8 de abril del 2004 en la noche y se tomaron una caja de vino. Antes siempre tomaba 2 a 3 veces a la semana. Luego de eso, salieron a la casa de Santana a escuchar música. Estando en la calle, en la esquina había un grupo de puros jóvenes, 5 a 6 personas y les pidieron cigarros y plata. No tenían que darles. Luego siguieron avanzando. Acotó que alguien se dio vuelta para ver, y se dio cuenta que sobre 10 personas venían persiguiéndolos por lo que empezaron a correr. No recuerda nada más. Preciso que despertó después de 26 días cuando salió de la UCI en el Hospital; estando en definitiva casi 2 meses hospitalizado. Acotó que se sentía mal, no se pudo levantar, le dolía la cabeza y todo cuerpo y además le sacaron un hueso del cráneo del lado derecho, porque estaba quebrado, siendo operado y va a ser operado nuevamente para colocar con una malla de titanio. Actualmente le falta un pedazo de hueso. Supo después, que les habían pegado los acusados por dichos de sus amigos. Además a los imputados los conoce de vista y nunca tuvo problemas con ellos. Puntualizó que antes del 8 de abril del 2004 podía caminar y mover los brazos y no tenía la hendidura en su cabeza. En cambio hoy no puede mover las piernas mucho y no puede caminar. Mueve el brazo derecho solamente. Con el brazo izquierdo no puede

levantar una cuchara y para hacer sus necesidades usa la mano derecha, además de usar pañales para el baño. Relató que está en terapia pero ha avanzado bien poco. Por otro lado dijo que la malla de titanio vale cerca de \$1.500.000.- y no tiene dinero para ello. Actualmente se siente mal, pues no había estado en silla de rueda y al verse al espejo se siente mal porque antes no había tenido un defecto así en la cabeza. Asimismo no puede estar mucho rato sentado en su silla pues le duelen las piernas, y su mamá ha sufrido mucho. Refirió que el trabajo que tenía lo hacía feliz y cree que en un par de años más, podría desempeñarlo. Finalmente expresa que su sentimiento es de rabia y ha llorado muchas veces y hace 5 meses que va a quinesioterapia y con el tiempo va a ser más notorio el avance.

Rubén Ariel Santana Caileo. 25 años. Quien señaló que conoce a Arismendi y Rozas. Consume alcohol, pero no tiene problemas. En abril del 2004 estaban en la casa de José –quien estaba con su mamá– como a las 00:30 horas, tomaron una caja de vino blanco. Luego salieron caminando los tres por calle General del Canto e iban a su casa en la Población Concepción, para seguir compartiendo. Recordó que miró para atrás y venían 10 a 15 personas y les pegaron y quedó inconsciente después que lo golpearon. Precisó que alcanzó a ver que golpeaban a Rozas y Arismendi con fierros, palos y patadas, las personas que están acusadas. Conoce a cada uno de ellos por la Población, pero no se juntaba con ellos. Añadió que después que salió de la UCI 20 días después de ocurridos los hechos, al despertar tuvo dolores en la cabeza y le dijeron que lo habían operado y que le sacado un pedazo de cráneo del lado derecho y se lo dejaron en el estómago y luego fue nuevamente operado, para colocarle el hueso. Sabe que lo operaron, pues tenía un coágulo en el cerebro. Los costos fueron asumidos por su familia. Además casi pierde el ojo izquierdo, tuvo que estar como 3 semanas con un parche en su ojo. Su mandíbula está quebrada y sus dientes casi los pierde. Todavía tiene mareos. Estima que la agresión se produjo por que es de la población La Concepción. Reconoce a los agresores en la sala “Jimmy”, “Cachorro”, “Chumeca” y “Pelao” y los distinguió al momento de la agresión. No sabe si pertenecen a una pandilla, y que no tenía con ellos rencillas anterior-

res. Sabe que José Arismendi trabajaba y actualmente no; y además le hicieron la misma operación que al testigo y tienen que colocarle una malla de titanio. Puntualizó que cuando salieron no estaban bebidos y los jóvenes aparecieron detrás. Se dio vuelta y sintió un golpe, pero no quedó inconsciente y ahí los vio e identificó a los acusados. Todos ellos portaban fierros, palos, sables hechizos. No sabría decir quién de todos le pegó, todo el montón de jóvenes pegaban juntos. Eran como 15 personas. Es decir en conjunto fueron todos. Estas mismas personas le pegaban a Arismendi y a Rozas. Lo mismo señaló al Fiscal. Al hacer uso del artículo 332 del Código Procesal lee en forma cortada, y expresa que: “Miré para atrás y de repente sentí un golpe, vi a varios sujetos más de 10, tenían palos fierros, sables hechizos, piedras, vi también que le pegaron a Arismendi y Rozas”. Agregó que no individualizó ante el Fiscal los nombres de los agresores, pero los vio. Añadió que nadie le contó quiénes eran las personas que le habían pegado. Nuevamente al hacer uso del mismo artículo lee y expresa: “Me contó una vecina que no sé como se llama que me habían pegado con todo, yo alcancé a verlos armados y me dijeron que le pegaron con la parte de atrás de los sables hechizos”. Así fue. Se acuerda que el año 2002 lo apuñalaron, pero del Tec del 2000 no se acuerda. Consume alcohol, desde los 16 años, pero no tiene problemas.

Luis Alfonso Rozas Alvarado. 34 años. Quien manifestó que trabaja en una frutería. Antes en construcción. Señaló que en abril de este año para semana santa estaba cerca de las 11 horas de la noche en casa de José Arismendi con Rubén Santana, jugando un partido de cartas y bebieron una caja de vino. Luego decidió con Santana irse a la casa. Caminado con calle General del Canto y al llegar a la esquina sintió un golpe en la cabeza en la parte de la nuca. Su próximo recuerdo es cuando aparece en el Hospital. Se sintió extraño, despertó a la semana después y tenía dolores en la cabeza y brazos. Le contaron que le habían pegado por la gente que lo visitó en el Hospital. Supo también que a sus compañeros les habían pegado y estaban más graves. Le indicaron que había tenido un tec grave. Lo dieron de alta después de una semana, y estuvo por lo menos unos 20 días en el Hospital. Continuó con control médico. Las secuelas son ma-

reos en el día y en altura no puede trabajar. De los acusados conoce al Jimmy de vista. Este testigo no pertenece a ningún tipo de pandilla. Ignora los motivos por los cuales fue golpeado y no tiene rencillas anteriores con los acusados. Sus amigos fueron agredidos el mismo día. Actualmente José Arismendi está en sillas de ruedas y no trabaja y su cabeza le falta un hueso a la cabeza. Bebe desde los 20 años todos los fines de semana. Precisó que no pudo ver a las personas que lo golpearon a él y sus amigos, pues estaba desmayado. Pero antes de la agresión vio un grupo como 10 a 15 personas.

Los testimonios de las víctimas se aprecian seguros, claros, continuos, detallados, puntuales constantes, persistentes, sólidos en las respuestas, respecto a cómo ocurrieron los hechos. Ubicándose adecuadamente espacio temporalmente en el lugar de los hechos. Lo que es corroborado por los peritos fotógrafo y criminalístico **Francisco Parra Torres y Carlos Gutiérrez Ayala**. Quienes el 23 agosto de 2004 se constituyeron en calle General del Canto a fin de reconstituir la escena y realizar fijaciones fotográficas de las trayectorias de las personas afectadas por la agresión. Menos el afectado José Aniceto Arismendi, que por su estado de salud estaba postrado en cama. En las fotografías se apreció el trayecto recorrido; además una vista parcial de un inmueble, de la calle nombrada y del pasaje Stokes, donde habría ocurrido el hecho. Los peritos indicaron que los afectados manifestaron que iban por la Calle General del Canto hasta llegar Punta Stokes y en ese momento fueron interceptados por un número indeterminado de personas quienes los habrían agredido, perdiendo el conocimiento y no recordando nada más de los hechos. Por otro lado los tres lesionados, están contestes en que vieron a un grupo de jóvenes por lo menos –5 personas– en calle General del Canto, mientras caminaban. Con los cuales no tenían problemas. Allí fueron golpeados por estas personas principalmente en sus cabezas y despertaron en la UCI del Hospital. En el caso de Santana su relato también es absolutamente creíble, porque no obstante la preguntas de la defensa en relación al artículo 332 del Código Procesal Penal, él mantiene su versión que antes del golpe y de que quedara inconsciente vio al grupo

de jóvenes y como además agredían a Rozas y Santana. Identifica con precisión a los agresores en la sala de audiencia y en el juicio oral –que es lo esencial y sin contradecirse– por cuanto insiste que ante el Fiscal no dio nombres, pero mantiene su versión que los vio. Por otro lado la vecina que le contó algo, no le dio nombres, sólo le dijo que les habían pegado con todo. En consecuencia su relato no ha perdido credibilidad ni precisión.

Corroborando lo anterior están **las diligencias realizadas por los funcionarios de Carabineros, después de ocurridos los hechos.**

Juan Orlando Correa Vega. Sargento. Quien señaló que en la madrugada del mes abril del 2004, por agresión de 3 personas que fueron encontrados en la vía pública junto al sargento Huaquilef y al cabo Pino, concurren al sitio del suceso y en calle General del Canto fueron encontrados dos víctimas y la otra en calle Tte. Serrano. En ambos lugares habían manchas de sangre. Al hacer el empadronamiento no se encontró testigos. Luego al ir Hospital no se pudo entrevistar a los lesionados por el estado de salud. Luego estando en la unidad una dama anónima llamó y dijo que en el pasaje Monte Burney en la casa de María estaban los autores del hecho Jimmy, “Cachorro”, Álvaro, “Pelao” y “Gordo”. A continuación con patrulla reforzada y junto al cabo Muñoz, Pino, Carrillo y posteriormente llegó Huaquilef. La Sra. María accedió a que se hablara con los jóvenes; de los 4 que habían, 3 reconocieron en forma inmediata su participación. El tal “Cachorro” no reconoció su participación en los hechos. Los sujetos dijeron que fue una riña. Añadió que tomó declaración a Sebastián Maturana apodado el “Pelao”. Manifestó este imputado que ese día bebieron en casa de María alcohol y luego salieron con “Cachorro” y los demás estaban tomando alcohol en la pampa. Pasó un camión con parte descubierta y 3 personas los molestaron. Luego vieron que iban 3 personas caminando por la calle y eran integrantes de los que iban en el vehículo y “Cachorro” y “Pelao” los fueron a enfrentar y luego aparecen los otros 3 amigos y quedaron 5 para 3. Añadió que el más chico de los lesionados salió arrancando y el “Pelao” lo siguió hasta Tnte. Serrano y cada vez que caía al suelo lo pateó hasta que se cansó. Precisó que Maturana no tuvo idea lo que ocurrió en calle

General del Canto. Ya que llegaron los demás y lo siguieron pateando en el suelo. Asimismo el imputado indicó que no brindaron atención a las víctimas y se fueron. Además le debían otras de peleas anteriores. Añadió el funcionario que cuando se le tomó declaración al Jimmy se pudo determinar que eran 7 los sujetos. Todos los imputados prestaron declaración Álvaro, "Gordo", "Flaco", Maturana y Cachorro. Pero aún así esta persona en su declaración no reconoció su participación. Acotó que después de las declaraciones se pidió la orden de detención para los imputados. Puntualizó que las declaraciones de los imputados fueron útiles para la investigación. Refirió que en un principio dijeron que era pelea. Pero les hizo ver la situación de los hechos ocurridos. Maturana señaló que la pelea participó con todo el resto y luego cuando el menor de los lesionados salió arrancando lo agredió en Tnte. Serrano. Finalmente el "Pelao" dijo que el grupo siempre pasaba peleando.

Juan Carlos Pino Salinas. Quien señaló que el día 8 de abril del 2004 en horas de la madrugada supo que unas personas estaban lesionadas en el Hospital y una corría peligro de muerte. Luego se trasladaron a Población General del Canto y en una esquina en la vía pública en el lugar había manchas rojizas, por una agresión momentos antes. Se realizaron diligencias en el sector sin resultados. En sitio del suceso no recogieron ningún sable y aparte de los 5 imputados no ubicó a nadie más. Más tarde en el Hospital Regional no pudieron entrevistarse por el estado de salud con las víctimas. El sargento Correa le señaló que había recibido un llamado y que las personas estaban en General del Canto. Preciso que por los apodos que dieron en la información de "cachorro" Juan Figueroa y "guatón", Sánchez Trujillo, llegaron al domicilio de Pasaje Monte Burney donde vive una tal María. Estaban allí los funcionarios Correa, Muñoz y él. Al ingresar los imputados reconocieron que habían estado en una agresión. Todos los acusados estaban allí salvo Jimmy Rdelich. Los imputados concurrieron a la unidad voluntariamente. En este sentido hubo colaboración por parte de los imputados. Preciso que él tomó declaración a Sánchez Trujillo quien reconoció que había estado en el lugar donde agredieron a personas con ma-

nos y pies. No señaló que la agresión fue con elementos contundentes; precisando que fueron 5 los que participaron. Así "Jimmy", Guerrero, Figueroa y Maturana. Añadió que el 10 de abril participó en la detención de Rdelich quien reconoció su participación en los hechos y precisó que eran 7 los sujetos que habían participado, pero no identifica a los otras personas. Este imputado, además señaló que golpeó con un palo a estos sujetos. Acotó que le llamó la atención que no hubo arrepentimiento ni de Sánchez ni de Rdelich, pues indicaron que si las víctimas mueren, ellos pagan con la cárcel. Rdelich no se entregó porque no quería estar en la cárcel. El motivo de la agresión según Sánchez había sido un altercado. Ellos no prestaron colaboración a las víctimas, las cuales quedaron en el suelo y huyeron del lugar. Los acusados no tenían signos de lesiones, salvo uno por lesiones leves.

Marcelo Eduardo Huaquilef González. Señaló que el 8 abril del 2004 junto al sargento Correa se trasladaron por información recibida a un domicilio en la población Almirantazgo. Por el hecho una agresión a 3 víctimas que estaban en el Hospital En ese lugar había una mancha de sangre, bastante grande. Además en este sitio del suceso no había sables ni armas. Además golpearon varias puertas, pero no se obtuvieron antecedentes. Además las víctimas, por sus condiciones no estaban en condiciones de hablar. Con posterioridad los imputados llegaron a la dependencias de la SIP y precisó que él participó en la toma de declaración a José Sánchez junto al cabo Pino. Su detención es posterior a la declaración. Además participó en la detención Rdelich. Sánchez relató que sus amigos fueron molestados por un grupo y se trenzaron a golpes en horas de la madrugada, con tres personas y estos quedaron en el suelo. Nombraba a un tal "Pelao", "Cachorro", "Jimmy" Rdelich. La agresión fue con golpes de puños y pies y siempre nombró a 5 participantes. Asimismo no señaló que hubieran utilizado armas. Los motivos de la agresión fue porque habrían sufrido unas amenazas de estos 3 jóvenes que eran de la Población la Concepción y ellos salieron a ayudar. Preciso que él pegó al "Cohefó" que era el más grande y luego se va y deja a sus amigos y se va al domicilio de la señora María. Asimismo el funcionario partici-

pó en la toma declaración de Jimmy Rdelich. Este imputado coincide con el otro acusado y reconoce que toma un palo y golpea alguien en el suelo y golpearon hasta que se cansaron. Manifestó Rdelich que eran 7 pero de las otras 2 personas no sabe sus nombres. La motivación de la agresión habría sido el intercambio de palabras con las víctimas y él reacciona dice a sus compañeros "vamos peguémosle". Añadió que Rdelich explicó que les pegó a todos. No recordó que estos imputados hubieran tenido lesiones.

Marcelo Alejandro Sepúlveda Carvajal.

Quien relató que es jefe de la sección de Investigación Policial. Añadió el 8 de abril del 2004 que un procedimiento en horas de la madrugada sobre una brutal agresión a 3 personas en la vía pública –dos con peligro de vida y pérdida de masa encefálica– tomó conocimiento por un llamado anónimo que el Sargento Correa sabía de un domicilio donde residía María Rogel en pasaje Monte Burney. Allí estaban los 4 imputados. Tres de ellos en forma voluntaria prestaron declaraciones y reconocieron la participación en los hechos. Participó en las 4 declaraciones. Un tal "Cachorro" no quiso reconocer su participación. Los que participaron eran el "Flaco", el "Gordo", "Jimmy", "Pelao" y "Cachorro". Hubo otras personas que participaron pero no fueron habidas. Los imputados con posterioridad a sus declaraciones fueron detenidos. Precisó que los acusados Álvaro Guerrero alias "Flaco", había declarado que pegaron hasta que se cansaron. También Sebastián alias "Pelao" le llamó la atención pues también señaló que le pegaron hasta que se cansaron, no le importaban que se murieran. En todo caso precisó que en las declaraciones decían que todos pegaron hasta que se cansaron. Por otro lado manifestaron que los ubicaban a los denunciantes y no les importaba lo que les sucediera, les daba lo mismo. Que antes habían tenido problemas, y quisieron pegarles ahora para que no molestaran más; pero no detallaron los problemas. No recordó si los imputados evidenciaban lesiones. Él no fue al sitio del suceso. Pero el funcionario Correa, le dijo que había mucha sangre. Acotó que con posterioridad al 8 de abril, días después, obtuvo el testimonio de las víctimas no antes. Cuando se entrevistó con los imputados, no habían transcurrido más de 12 horas desde la ocurrencia de los hechos. Añadió que no

tenía testimonios de algún testigo presencial. Las declaraciones de los 3 imputados fueron un antecedente importante para obtener sus detenciones.

Gerardo Alejandro Muñoz Guíñez.

Quien en abril de este año concurrió junto al Sargento Correa a la Población Almirantazgo a entrevistar a una persona. La dueña de casa María Rogel accedió a que conversaran con unos jóvenes que allí estaban y estos reconocieron que habían participado en una pelea esa noche. Tomó declaración a Álvaro Guerrero Zúñiga, a la mañana siguiente de los hechos, quien concurrió voluntariamente a la Unidad y fue detenido después de la toma de declaración. Señaló que ese día estuvo bebiendo con el "Pelao", Sebastián Maturana, "Cachorro" Juan Figueroa, Jimmy Rdelich y el "Gordo". Posteriormente subieron a la Población Almirantazgo por General del Canto. Guerrero reconoció que participó en una pelea. Esto sucedió porque otro grupo de personas le quiso pegar al "Pelao". Reaccionaron en forma inmediata y fue a puro combo al principio. Precisó este imputado que ellos eran 7 y los otros 3. Él reconoció que pegó a dos personas. Además indicó que al retirarse del lugar una persona huye y él lo sigue y se trenza a golpes con él. Añadió que en una esquina estaba otra persona pegándole a un tercero y ellos le ayudan a este sujeto y le pegan a alguien que estaba en el piso. Además reconoce que él no andaba trayendo nada, pero que hicieron uso de un palo de madera. Guerrero dice que no conocía a las otras personas. Esta persona no evidenciaba signos de agresión física.

Neftalí Del Carmen Mendoza Ávila.

Perito Fotógrafo. Quien atestiguó que en cárcel de Punta Arenas fijó fotográficamente el calzado que vestía el imputado Figueroa Gutiérrez y las manchas café rojizas que estaban impresas en zapato derecho e izquierdo. Asimismo igual actividad sobre el calzado que vestía el imputado Guerrero Zúñiga y a fijar unas manchas de tipo café rojizas, en un par de zapatos tipo bototos, los que tenían aplicaciones metálicas en los talones y punta de los mismos. Explica las fotografías y señala que las zapatillas de color negro gris pertenecientes a Figueroa Gutiérrez, existen 3 manchas. Asimismo en el calzado del imputado Guerrero Zúñiga –botas negras– existen manchas café rojizas en los bordes y planta. Las muestras que se levantaron fueron enviadas al Instituto Médico

Legal de Santiago para realizar pruebas de ADN. Se le exhibe Peritaje y señala que las prendas y calzados de los otros 4 imputados no presentaron interés criminalístico.

Carlos Antonio Gutiérrez Ayala. Perito Criminalístico. Quien señaló que en los primeros días de abril concurrió al recinto carcelario de la ciudad para revisar rastros de muestras orgánicas a las vestimentas de los imputados. Al revisar a los 4 imputados, los zapatos de Figueroa y Guerrero tenían muestras orgánicas del tipo manchas sanguinolentas se fijaron fotográficamente y se levantó la evidencia. En los otros calzados de los imputados no habían rastros interés criminalístico. Luego con posterioridad en el Hospital se tomaron muestras de sangre testigos a los afectados y se envió al Servicio Médico Legal para los efectos de muestras comparativas de ADN. Se le exhiben fotografías e identifica las zapatillas de Figueroa con 3 muestras de sangre y luego las botas de Guerrero 5 muestras de sangre. Los zapatos pesaban más que lo normal. En el taco tenía una parte metálica. Él mismo vio los zapatos. Y eran en esa partes metálicos. Supo que las muestras señaladas dieron positivo y la manchas rojizas correspondían a sangre de los lesionados. Se le exhiben fotografías de ambos peritos ya explicadas con precisión con anterioridad por los profesionales.

De los testimonios de los funcionarios policiales se desprende con nitidez que los hechos ocurrieron el 8 de abril del 2004 en calle General del Canto en la madrugada. Que allí encontraron a tres sujetos tirados en el suelo y en sector había manchas de sangre en la vía pública. Lesionados a los cuales por el estado de salud no se pudo tomar declaración en el Hospital. Luego por un llamado telefónico se concurrió a la casa de María Rogel donde había 4 imputados de los cuales 3 en forma inmediata reconocieron su participación en los hechos, menos Juan Figueroa alias "Cachorro" y Rdelich que no estaba allí y que fue detenido días después y luego reconoció su participación en los hechos. Acusados que no dieron mayor fundamento del por qué de la agresión a las víctimas. Indicando que de la declaraciones de los acusados se aprecia que el grupo golpeó a todos los lesionados hasta que se cansaron, sin prestarles ayuda para luego huir. Asimismo los golpes fueron con manos y pies.

Además en análisis serio u objetivo, puesto que de lo demás no hay mayores precisiones ni antecedentes, sólo se puede determinar que participaron en los hechos 5 personas. No encontrándose signos de mayores lesiones en los acusados. Como se corrobora con los 5 datos de atención de urgencia del Hospital regional de fecha 8 de abril de 2004 de los acusados incorporados a la audiencia. Por otro lado relacionando lo anterior los peritos Neftalí Mendoza y Carlos Gutiérrez, dan cuenta que en los calzados de Juan Figueroa y Álvaro Guerrero se hallaron manchas de sangre que luego de enviarlas al Servicio Médico legal se determinó que correspondían a sangre de las víctimas.

Relatos de estos peritos, que en modo alguno pierden veracidad por la prueba nueva incorporada por la defensa, correspondiente a un par de bototos del imputado Álvaro Guerrero. Incorporados por la defensa por cuanto el perito Neftalí Mendoza expresó que tenían parte de metal en la parte anterior y posterior y un peso determinado. Detalla que son bototos de cuero caña alta N° 41 color negro, con cuatro correas con hebillas además las aplicaciones –placas– en el taco y punta son de plásticos. Sobre lo anterior y tal como lo dijo el Fiscal, sobre el punto durante la audiencia no hubo mayor controversia y no se señaló un peso determinado. Por otro lado tanto Carlos Gutiérrez y Neftalí Mendoza estuvieron seguros al señalar que los bototos al momento de la pericia tenían aplicaciones metálicas. Asimismo dichos bototos estuvieron antes del juicio en poder del acusado por lo que objetivamente tampoco se acreditó por un especialista que mantenían las mismas características que el momento en que fueron periciados. Luego esa prueba nueva en los términos incorporados se desecha.

Manteniendo la perspectiva anterior en cuanto **a la gravedad de las heridas causadas a las víctimas, compromiso de riesgo vital, tipo y la forma como fueron causadas y su tratamiento.**

Cristián Fernando Reyes Vergara. Testigo Neurocirujano. Quien expuso que efectivamente a Rubén Santana Caileo lo atendió en abril, y pudo constatar que era un paciente que había sufrido un tipo de agresión con compromiso de conciencia y ya se le había tomado un escáner al cerebro y tenía lesiones eran en la cabeza. En el

escáner se apreció un gran hematoma sutural agudo que desplazaba al cerebro y le provocaba un síndrome de hipertensión endocraneana. Esto es, compromiso de conciencia, vómito, falta de fuerza. Ahora bien, el cráneo es una caja de huesos cerrada –donde está el cerebro, sangre que circula por los vasos y líquido cefalorraquídeo– por lo que había un cuarto elemento y la presión aumenta. Cuarto elemento que era el coágulo, hematoma que tenía el paciente. Era necesario una intervención quirúrgica absoluta o si no se moría. Se le abrió el cráneo, con una sierra neumática. Luego se abre la duramadre y el coágulo sangró profusamente, fue difícil retener la hemorragia. Agregó que todos los tec son de carácter grave. Luego la cabeza se deja abierta, se cierra solo la piel, no la duramadre. El hueso extraído, se guardó bajo la piel. Con posterioridad, se toma la plaqueta de trozo de hueso y se repone con placas de titanio. Preciso que después un año se puede indicar si el paciente puede trabajar. Su estado era de compromiso vital absolutamente. Ahora bien el mejor momento para operarlo era ese, si hubiera sido otro no se sabe cuanto tiempo hubiera vivido. El golpe debió ser un impacto de alta energía. No obstante que el paciente pudo haber sido alcohólico, los impactos como es una persona joven, fueron de alta energía. Además no era el tipo de hemorragia de un paciente alcohólico.

Hernán Alberto Rebolledo Berríos. Testigo neurocirujano. Quien manifestó que en abril del 2004 atendió a José Arismendi Cheuquepil. Quien en ese momento estaba comprometido de conciencia después de haber recibido golpes. De no realizar una cirugía habría terminado con la muerte del paciente. Acotó que se realizó una craneotomía descompresiva, para generar un agujero, sacar una cantidad de hueso y permitir que el cerebro escape hacia este agujero y no hacia las estructuras centrales del encéfalo. El golpe tenía rasgos de fractura evidentes, era un tec abierto. Esto dice relación que el líquido céfalo raquídeo. La condición del paciente era crítica, con riesgo vital importante. Preciso que se sacó un trozo importante de la calota. Este estaba contaminado, luego no hubo la posibilidad de guardarlo, además el reimplante de la calota está pendiente y se realiza con material de osteosíntesis, como mallas titanio. La recuperación es mayor si se

cierra el cerebro. Actualmente anda con su cerebro un tanto expuesto debajo de la piel. Esta persona estuvo varias veces en la Uci. Preciso que Rozas también estaba en malas condiciones. Ese día llegaron 3 pacientes. Tenía una mínima colección sangre por encima el cerebro del hemisferio cerebral izquierdo, sangre en torno al espacio que rodea el encéfalo. Son signos evidentes que hubo una dispersión de energía para romper vasos sanguíneos y provocar hemorragias. Rozas no requirió intervención quirúrgica. Estuvo en coma inicialmente durante las primeras 72 horas y luego despertó. No pudiéndose definir si en esas horas en su condición se iba a exponer vitalmente. Pero estuvo grave. Arismendi presenta una cabeza deforme pues expone una excavación. Sin esa parte del cráneo tiene comparativamente con el grupo que si se le repara, una recuperación más lenta. Preciso que para fracturar el cráneo, la cabeza debe recibir una considerable energía; esto es cientos de kilos por centímetros cuadrado, para fracturar la región parietal. Añadió que el valor de la operación con malla de titanio –craneotomía– tiene un valor \$1.500.000.– Arismendi tiene déficit motor se desplazaba con menos ayuda. Ahora bien si se considera el estado en que llegó y la situación actual la recuperación ha sido notable.

Jorge Eduardo Bardisa Méndez. Médico cirujano. Quien señaló que en Semana Santa, estaba de turno en la Urgencia del Hospital y esa noche hubo varios lesionados. Le correspondió Hospitalizar a Rubén Santana. Esta persona tenía múltiples lesiones en la región cráneo facial, bucal y halitosis alcohólica y le solicitó un escáner del cráneo que demostró la posibilidad de hemorragia intracerebral; luego se lo exhibió al neurocirujano que estaba operando a otra persona y pidió éste que se llamara al segundo neurocirujano Cristián Reyes y este decidió que el paciente fuera operado del cráneo. Rubén Santana tenía múltiples hematomas en el cuero cabelludo y lesiones de piezas dentarias luxa fracturas y compromiso de conciencia atribuido en el primer instante a los grados de alcohol, pero se observó que el compromiso conciencia y cefalea era atribuido a una lesión intracraneana. Escáner que reveló hemorragia dentro de la cavidad craneana. Se le dejó analgésico, suero. Esta persona tenía un riesgo vital, de no ser operado por el neuroci-

rujano, el paciente podría haber fallecido. Las lesiones corresponden a golpes en la cabeza con un elemento contundente. Si Santana tenía antecedentes de alcoholismo o tec anterior podría ser significativo. El cuadro que presentaba no era crónico, era agudo. Ahora en la evolución clínica las posibilidades están abiertas. En esta caso su evolución iba hacia al deterioro. Así alguien con ingesta etílica normal recibe un golpe en la cabeza se espera que el transcurso del tiempo el nivel de conciencia mejore, se recupere. Aquí no era el caso, era todo lo contrario.

Carlos Castro Aguilar: Perito médico legista. Manifestó que realizó tres pericias el 7 julio del 2004, sobre hechos sucedidos en el mes de abril. Así el señor Santana al examen presentaba poli contuso, con lesiones faciales, fractura de los huesos propios de la nariz, del maxilar inferior, contusión ojo izquierdo, heridas contusas en la región craneana, cuero cabelludo y además tenía traumatismo encéfalo craneano. Se consideró como lesiones graves. Explicó que las lesiones en su libre evolución es decir sin atención cabía que fueran lesiones mortales, pero no sucedió esto, por la atención oportuna y eficaz. Esta persona se recuperó satisfactoriamente. Fue necesario hacer una operación para aliviar el edema cerebral. Sus lesiones eran compatibles con lesión de terceros. No tenía secuelas neurológicas, pero sí una alteración visual del ojo izquierdo. Agregó que no examinó su problema de alcohol. Luis Rozas, por su lado también tenía un traumatismo encéfalo craneano cerrado y poli contusiones faciales; también fueron calificadas de lesiones graves. Esta persona no tenía cicatrices o defectos óseos. Estuvo cerca de 20 días hospitalizado y tenía una marcada amnesia de lo sucedido y la estadía en el hospital. No recuerda problema de alcohol de este paciente. Preciso que si las lesiones hubieran tenido una libre evolución cabía que fueran las lesiones mortales, pero no fue así por la atención oportuna y eficaz. En el caso José Arismendi. Esta persona tenía traumatismo encéfalo craneano abierto –esto es referido a las capas que envuelven el cerebro–. Presentaba dos fracturas de cráneo, una fronto temporal derecha y la otra en zona parietal occipital lado derecho. Además de una hemorragia subaracnoidea. Asimismo una contusión y hematoma de hígado. Todas las lesiones en conjunto fueron cali-

ficadas como graves. Arismendi además tenía una alteración de la motricidad en las extremidades izquierdas. En el lado derecho había más masa muscular que en izquierdo. Añadió que para deambular necesita que lo atienda alguien durante un tiempo largo. A este paciente además le fue realizada una operación para sacar el edema, se le extrajo un hueso –estructura ósea– y se deposita en la zona abdominal. Si las lesiones hubieran seguido su libre evolución cabía que fueran mortales, pero no fue así por la atención oportuna y eficaz. Actualmente ha recuperado su función motora. Pues al principio no movía las extremidades. Es esperable que a través del tiempo recupere su movilidad. Recién ahí se puede determinar si puede realizar trabajos pesados. Añadió que el relato de estos lesionados es que las lesiones fueron simultáneas y compatibles con la intervención de terceros. En el caso de José Arismendi las lesiones son graves porque en recuperarse se necesita más 30 días. En todo caso tener fractura de cráneo para la medicina legal, es una lesión grave. Arismendi se mostraba bien, salvo su motricidad. En lo estético, tenía cicatrices propias de la intervención. No presentaba deformidad, pero al examen de cualquier persona al palpar su cabeza se veía la ventana.

Los dichos de estos 4 médicos, 3 testigos calificados y uno perito se ven relacionados y reafirmados por las fichas clínicas de José Arismendi, Rubén Santana y Luis Rozas e informe médico de Rubén Santana e informe técnico de José Arismendi; que dan cuenta la gravedad de las lesiones y su tratamiento y evolución como los han descrito los médicos. Además los dichos de los profesionales son convincentes, concluyentes y detallados. Proviene de personas que atendieron a las víctimas en un tiempo cercanos a los hechos y en el caso del perito Castro un tiempo después. En todo caso, los 4 dan en forma clara razón de sus dichos y explican el compromiso de conciencia de los lesionados. Con absoluta certeza y seguridad el riesgo vital de las heridas que tenían las víctimas y su necesaria intervención quirúrgica en el caso de Santana y Arismendi o si no morían. Además expresan que las tres lesionados tuvieron lesiones en forma principal en la cabeza, todos con traumatismo encéfalo craneano y con fractura de cráneo Arismendi. Asimismo, todos tuvieron hematomas en

el cerebro. Y que los golpes fueron de alta energía compatibles con lesiones causadas por terceros. Finalmente si las lesiones hubieran tenido una libre evolución cabría que fueran mortales. Pero ello no sucedió así por la oportuna y eficaz intervención médica.

Dado de lo anterior en cuanto al examen neurológico y la recuperación de víctimas aparecen los dichos de los Neurólogos.

Ramiro Norberto Fernández Calderón. Perito Neurólogo. Quien aseveró que evaluó en agosto del 2004 a Luis Rozas. Tenía antecedentes de ser un bebedor de alcohol hasta la embriaguez los fines de semana. Le relató que en abril para Semana Santa estando con un grupo de amigos había sido golpeado por otro grupo de personas. Ingresó al Hospital el 8 de abril y con escáner se constató un hematoma y una colección de sangre frontal izquierda. Esto ejerce una presión en el cerebro si va aumentando y dependiendo del tamaño de la colección sanguínea puede causar la muerte. Los neurocirujanos al evaluarlo estimaron que no era quirúrgico. El paciente se recuperó en sala de cirugía, desorientado y confuso. Tuvo un tec grave; esto es desconexión de neuronas, lo que requiere un golpe de cierta intensidad. Un paciente que ha sufrido un tec y encontrándose en estado de embriaguez puede llevar a confundir, los síntomas y pensar que el compromiso de conciencia puede ser por el alcohol o el golpe, pero después de unas horas se dilucida, pues la embriaguez pasa a las horas siguientes, no así quien sufrió un tec, como el caso Luis Rozas. Una persona con falla hepática coagula peor que otras personas y sangra más. No sabe en el caso de Luis Rozas. Añadió que mientras más comprometido de conciencia se asume que el tec fue más intenso. Así es diferente quien tiene pérdida de conciencia unos minutos a quien tiene días. Estaba persona estuvo cualitativamente alterado de conciencia, durante una semana. Su estado de salud es delicado. Es decir en este periodo requiere asistencia para sus labores diarias. Término de una semana al cual despertó y adquirió conciencia. Luego el 20 de abril fue dado de alta. Acotó que en julio del 2004 se hizo un escáner y se observó que se había reabsorbido el hematoma. Esto es, no fue necesario cirugía final. En agosto el examen neurológico no muestra

que tenga un déficit motor, sensitivo o intelectual pero sí el paciente refiere que tiene mareo todos los días. Esto se denomina síndrome pos-tec que pueda durar algunos meses, y produce mareos, cefalea. En la actualidad evoluciona con síndrome post-tec. Puntualizó que si el hematoma no es reabsorbido y crece, puede ser quirúrgico. Luis Rozas desde el momento que requirió asistencia estuvo en riesgo vital.

Paola Paz Amaro Moya. Perito Neuróloga. Quien declaró que le correspondió evaluar el 23 de agosto del 2004 a Rubén Santana Caileo, de 25 años con antecedentes de consumo de alcohol desde los 16 años. Ingresó en abril del 2004 por ebriedad, policontusiones y con hematoma sutural agudo tempo-parietal derecho. Esto es acumulación de sangre, fuera del cerebro pero sí dentro del cráneo, produciéndose una compresión del cerebro y por ello es grave. Además presentaba contusiones hemorrágicas bifrontales. Es decir hay dentro del cerebro hemorragias internas. Por ello se requirió cirugía evacuadora del hematoma; de no ser así tiene riesgo de vida. Esta persona fue dada de alta, después de un mes del hecho y siendo reingresada para corregir la plástica a principio agosto. Este paciente a la evaluación presentó hemiparesia, faciobraquiclureal izquierda con hemipostesia en la misma región izquierda y anosmia (pérdida del olfato). Además tiene la parte motora y sensitiva con déficit. Así tiene menor movilidad y sensibilidad en el lado izquierdo en cara, brazo y pierna. Rubén Santana estuvo inconsciente y en riesgo vital. Las lesiones sufridas debieron ser de gran intensidad y pueden ser golpes físicos causados por terceros. Dependiendo la edad y si la persona tiene antecedentes de alcoholismo, las intensidades pueden ser menores. Cuando uno se enfrenta a un paciente con alcoholismo la evolución puede ser más lenta, pero el hematoma siempre tiene su tiempo. Si la persona sigue ingiriendo alcohol la recuperación puede ser más lenta. El tec anterior no influye en estas lesiones, pues lo que tuvo ya pasó. Los pacientes alcohólicos en general tienen más complicaciones hemorrágicas con golpes pequeños. Pero en un paciente joven implica más intensidad.

Octavio José Azaldegui Vargas. Perito Neurólogo. Quien manifestó que evaluó al señor Arismendi en el mes de agosto, persona llegó en

silla de ruedas con acompañante. Esta persona ingresó al Hospital con compromiso de conciencia y fractura conminuta. Esto es un hueso que se fractura en muchas partes por golpes de alta intensidad, en gran parte de la zona derecha del cráneo, siendo sometido a una intervención quirúrgica, donde se encontró hematoma sutural, se removió placa ósea, además había laceraciones del lóbulo temporal de ese lado y lesión en el seno venoso cerebral encefálico. El paciente venía con antecedente de haber sido agredido con golpes en el cráneo. Al examen externo tenía una gran depresión –hundimiento– del cráneo que comprometía el lado derecho. Esto es ausencia de placa ósea en la región fronto-occipital derecha. Presenta asimetría en su cabeza y signos de evidentes de disminución de fuerza del lado izquierdo del cuerpo y extremidad inferior derecho, en lo cognitivo estaba aceptable, tenía solo disminución del grado de abstracción. Agregó que sala de quinesioterapia ingresó con silla de ruedas, logró la bipedestación forzada, necesitaba ser asistido y pudo avanzar en las barras paralelas. Las lesiones a nivel de cráneo fueron producto de la lesión recibida y tenía un déficit motor, facial, braquial y clural del lado izquierdo. En conclusión el déficit cognitivo mínimo no era posible de definir si existía previamente o fue producto de las lesiones recibidas. Lo que sí estaba en relación franca con las lesiones sufridas era déficit motor del hemicuerpo izquierdo –menor fuerza debido a lesión cerebral central–. Esto implica menor movimiento de la región facial, y la extremidad superior y extremidad inferior de ese lado. Actualmente estaría muy limitado para ejercer funciones. Al momento del examen para caminar está muy limitado. La posibilidad de recuperación íntegra es difícil. No había claridad en el mayor déficit de la extremidad inferior derecha, pues a este déficit podrían estar influyendo factores ajenos a la lesión. Precisó que el paciente presentaba dolor espontáneamente, a la movilización de las extremidades, lo que impedía moverlas. El paciente tiene un déficit neurológico secundario a lesión cerebral que es faciobraquicrural, que abarca la mitad del cuerpo izquierdo y le impide una marcha adecuada. Hemiplejia izquierda. Esto es, tiene un déficit neurológico permanente. Para corregir la ausencia ósea debe corregirse por cirujano. Refirió que el paciente

estaba satisfecho porque a pesar de lo complejo de sus lesiones su estado mental estaba conservado, pero muy preocupado porque sus defectos motores le impedían ejercer una vida normal. No puede en estos momentos realizar trabajos de fuerza, necesita una reevaluación. La mayor posibilidad de recuperación es neurológica y no en la aplicación de terapia. Esta persona estuvo en riesgo vital.

De los dichos de estos tres peritos neurólogos, sólidos y determinantes, se desprende que las 3 víctimas tuvieron un traumatismo encéfalo craneano, que produjo un hematoma a los lesionados y fractura conminuta en el cerebro en Arismendi. Dos requirieron intervención quirúrgica. Además señalan en forma categórica que los tres pacientes, producto de las lesiones, estuvieron en riesgo vital. Finalmente Rozas tiene mareos diarios producto del síndrome post-*tec* que dura varios meses. En el caso de Santana tiene menor movilidad y sensibilidad en la cara, brazo y pierna izquierda y Arismendi quedó en silla de ruedas, está en tratamiento, no puede caminar y presenta un déficit motor en lado izquierdo, tiene hemiplejia en lado izquierdo y en lado derecho de la cabeza tiene un hundimiento.

Por otro lado conectado con lo anterior y respecto al hecho de las lesiones y visita efectuada Hospital, están los dichos de la madre de José Arismendi, quien en forma precisa expone las condiciones en que quedó recibió a su hijo y lo sucedido después de la agresión.

Florinda de Gracias Cheuquepil Guichaquelen. Madre de José Arismendi. En el hogar ella sólo trabaja. Quien explicitó que su hijo está incapacitado laboralmente, pues no camina. Debe además ponerse pañales, aunque ahora come sólo. Pero en el día en la casa, no tiene compañía. Antes de los hechos era una persona común y corriente. Su hijo fue operado y debe ser operado nuevamente pues tiene la cabeza hundida –señala con el brazo– el lugar de la cabeza, lado derecho. Añadió que en terapia lo hacen caminar con ayuda de 2 personas. Por otro lado la silla de ruedas se la proporcionó Conadi. Refirió que el 8 de abril del 2004 vio a su hijo con Santana y Rozas. Luego de madrugada los carabineros le dijeron que su hijo estaba grave en el Hospital. Él estuvo 26 días en la UCI. Trató de hablar cuando

salió, pero le costaba. Preciso que por gastos médicos debe \$2.000.000.– y tuvo que firmar para pagar \$10.000.– mensuales. Actualmente tiene una deuda de \$1.800.000.– Indicó que por tarde trabajada le pagan \$4.000.– Manifestó que su hijo era un muchacho alegre, y le gustaba el trabajo que tenía y ahora no lo puede desempeñar. Tiene una impotencia bien grande y le gustaría preguntar a las madres de los imputados sobre lo sucedido a sus hijos. Sabe que a José se le debe colocar una malla de titanio que vale \$1.200.000.– Indicó que actualmente no presenta tanto dolor y ambos van al Centro de Terapia, para asistencia psicológica. Expresó que José de repente tomaba en la casa; los fines de semana tomaba, desde los 24 años. Finalmente agregó que su hijo el 26 de mayo salió del Hospital. Actualmente en la terapia arrastra los pies y camina.

Como corolario todas las fuentes de prueba valoradas están concatenadas unas a otras y tienen una secuencia natural y de lógica simple entre ellas, lo que las hace muy confiables y veraces. Además varios de los testigos y peritos estuvieron en un tiempo inmediato y prudente cercanos a los hechos y los otros con posterioridad observaron a las víctimas para sus informes. Asimismo existe una unión precisa con la prueba documental. Concluyendo que existe coherencia y adecuada relación en toda la prueba expuesta.

Finalmente el Tribunal no divisó motivos para que consciente o inconscientemente los testigos y los peritos puedan faltar a la verdad. Relatos todos que son prudentemente creíbles.

SEXTO: Establecimiento de los hechos. Las pruebas analizadas con libertad, producen convicción en el Tribunal y permiten dar por acreditado, más allá de toda duda razonable que el día 8 de abril del 2004, en horas de la madrugada, los acusados Juan Alberto Figueroa Gutiérrez, Sebastián Antonio Maturana Yagode, Alvaro Andrés Guerrero Zúñiga, José Humberto Sánchez Trujillo y Jimmy Eduardo Rdelich Igor encontraron a José Aniceto Arismendi Cheuquepil, Rubén Ariel Santana Caileo y Luis Alfonso Rozas Alvarado, caminando por el sector de la calle General del Canto, de la ciudad de Punta Arenas. Sin mediar mayor provocación o amenaza de parte de las víctimas, procedieron a golpear todos a los antes citados, con pies y puños, en diferentes partes de

sus cuerpos, especialmente en los cráneos, hasta derribarlos y continuar su accionar, sin importarles la muerte que les podrían ocasionar a raíz de las lesiones. Una vez que se cansaron, los abandonaron en la vía pública, sin auxilio y respeto por la integridad física de las víctimas, provocándoles lesiones de severa gravedad. Así, Luis Rozas tenía traumatismo encéfalo craneano cerrado y policontusiones faciales; Rubén Santana policontuso, lesiones faciales, fractura de huesos propios de la nariz, maxilar inferior, contusión ojo izquierdo, heridas contusas región craneana, cuero cabelludo y traumatismo encéfalo craneano; José Arismendi traumatismo encéfalo craneano abierto con dos fracturas de cráneo una fronto temporal derecha y la otra en zona parietal occipital lado derecho. Además de una hemorragia subaracnoidea, contusión y hematoma de hígado. Lesiones que sin mediar atención policial y oportuna y eficaz, les hubieron acarreado la muerte.

SÉPTIMO: Calificación jurídica. Que previo a la calificación del hecho es necesario hacer presente lo siguiente. El profesor Jean Pierre Matus Acuña en sus comentarios al artículo 75 del Código Penal, señala que mientras la noción de unidad de delito es exclusivamente jurídica, pues viene dada por el sentido de los tipos legales, la de unidad de hecho se refiere principalmente a un conjunto de sucesos del mundo exterior que ocurren en una misma dimensión espacio-temporal. Ahora como en el mundo de la causalidad natural es difícil determinar dónde comienza o dónde termina un hecho, se debe recurrir nuevamente a los conceptos jurídicos para poder recortar del mundo exterior un conjunto de sucesos y darles una unidad que nos permita considerar un único hecho. Como parece entenderlo el artículo 75 del texto citado. Por su lado Etcheberry identifica unidad de hecho con un solo momento. Así si en esa unidad espacio-temporal se realizan los presupuestos de otro u otros tipos penales entonces decimos que ese único hecho constituye dos o más delitos, tal como señala el artículo 75 del Código Penal. En el caso debatido es claro que hubo una unidad de hecho –agresión simultánea– de 5 personas en un mismo momento espacio-temporal respecto a 3 víctimas, trayendo como consecuencia resultados múltiples, es decir un hecho constituye dos o más delitos.

Que en consecuencia fijado lo anterior, y explicados los diferentes debates sobre las distintas calificaciones, el hecho establecido en el motivo sexto es constitutivo del delito de homicidio simple en grado de frustrado, en las personas José Aniceto Arismendi Cheuquepil, Rubén Ariel Santana Caileo y Luis Alfonso Rozas Alvarado, previsto y sancionado en el artículo 391 N°2, en relación al artículo 7º, ambos Código Penal, ya que los agentes al tenor del artículo 7 citado pusieron de su parte todo lo necesario para que el crimen se consumara y esta no se verificó por causas independientes de su voluntad. Así los agentes con único objetivo atentar contra el bien jurídico vida, por medios idóneos, pies y puños golpearon a las víctimas en su cráneos, derribándolos y dejándolos en el suelo con el propósito de dar muerte a los denunciados; pero como se ha dicho, por causas independientes a la voluntad de los hechores no fallecieron, pues se les proporcionó socorros médicos y oportunos en el Hospital Regional de esta ciudad.

Ahora bien, sobre los institutos de consumación y frustración, o bien tentativa respecto de este último, como en términos generales se le denomina en derecho comparado. Podemos decir que Mario Garrido Montt indica que la ley penal al describir los tipos penales se está refiriendo a los delitos consumados. Pero puede suceder que en ciertos casos por extensión del tipo también son punibles la realización de actos que no alcanzan a llenar en su integridad la descripción legal, sea porque no se llegó a completar la acción encaminada o porque no se obtuvo el resultado prohibido. Esto se denomina en términos generales Tentativa o conato y tiene dos grados. La tentativa y la frustración que es aplicable los crímenes y simples delitos. En materia de delito frustrado, la actividad personal del agente, las consecuencias de su actividad fueron paralizadas, de forma que resultaron ineficaces para su objetivo, como sucede por ejemplo cuando se realiza una herida mortal con una daga, la que es superada por el oportuno socorro médico. A su vez Sergio Politoff, expresa que el delito frustrado es creación del penalista Italiano Gian Domenico Romagnosi. Quien precisaba que en este caso el sujeto realiza aquellos actos que de acuerdo con las leyes constantes y conocidas de la naturaleza pueden conducir a la consumación del

delito. Es decir agrega Politoff el sujeto debe llevar a cabo todos los actos que abandonados a su curso natural darían como resultado la consumación del delito. En definitiva en la tentativa solo han tenido lugar parte de los actos de ejecución; en cambio en la frustración están todos. En otras palabras en el delito frustrado al delincuente no le queda nada por hacer. Ahora bien si el resultado no se produjo, debido a la pronta y eficaz asistencia médica a la víctima, ello se debe a causas ajenas a la voluntad del hechor. En la misma línea de argumentación Francisco Muñoz Conde, expresa que el delito consumado constituye, pues, el punto de referencia o la imagen conceptual que tiene el legislador a la hora de configurar los tipos delictivos de la parte especial. En definitiva es la plena realización del tipo en todos sus elementos. Luego la tentativa (como concepto general de derecho comparado ya señalado, que incluye tentativa y frustración) es un tipo dependiente pues todos sus elementos van referidos a un delito consumado. De acuerdo a lo expuesto y a lo razonado en los motivos anteriores es nítido que lo que aquí ha habido es un delito simple en grado de frustrado, pues como se ha razonado, los hechores pusieron de su parte todo lo necesario para que el delito se consumara. Así golpearon en el cráneo hasta el cansancio a las víctimas, las derribaron, cayeron al suelo y luego huyeron. Es decir su objetivo de dar muerte a las víctimas estaba cumplido. Pero luego los lesionados fueron atendidos con atención médica eficaz y oportuna en el Hospital.

Precisado lo anterior debemos indicar que el homicidio es definido por la doctrina (Politoff, Bustos y Grisolia; Garrido Montt y Muñoz Conde) como matar a otro sin que concurren las condiciones especiales constitutivas del parricidio, infanticidio u homicidio calificado. Ahora bien en este delito de resultado o de consecuencias dañosas los elementos objetivos del tipo son: 1.– Una acción, u omisión; esto es un comportamiento dirigido a causar un resultado. En este caso los acusados con golpes de pies y puños causaron lesiones en el cráneo de las víctimas con el propósito obviamente de causar un resultado de consecuencias dañosas. 2.– Resultado. Causar la muerte de una persona Salvo que se trate de tentativa o un delito frustrado– como ya se ha explicado precisa y latamente. De acuerdo a lo

declarado por el perito Carlos Castro Aguilar, los médicos Hernán Rebolledo, Cristián Reyes y Jorge Bardisa producto de los golpes con pies y puños en los cráneos de los denunciados señalaron en forma categórica que los lesionados estuvieron en riesgo vital. Además indicaron que producto de los golpes resultó Luis Rozas con traumatismo encéfalo craneano cerrado y policontusiones faciales; Rubén Santana policontuso, lesiones faciales, fractura huesos propios de la nariz, maxilar inferior, contusión ojo izquierdo, heridas contusas región craneana, cuero cabelludo y traumatismo encéfalo craneano; José Arismendi traumatismo encéfalo craneano abierto con dos fracturas de cráneo una fronto temporal derecha y la otra en zona parietal occipital lado derecho. Además de una hemorragia subaracnoidea, contusión y hematoma de hígado. Lesiones que sin mediar atención policial y médica oportuna y eficaz, les hubieron acarreado la muerte. Luego no hubo otra intención o propósito en los hechos que causar la muerte de las víctimas, pues los golpes con pies y puños fueron dirigidos no a cualquier lugar para lesionar sino a una zona vital y delicada del cuerpo como es el cráneo. Con el fin de atentar contra el bien jurídico vida. 3.- Relación necesaria entre la acción y ese resultado. En este caso obviamente según lo expuesto, con el accionar de los imputados, golpes de 5 personas de pies y puños sobre los cráneos de las víctimas que causaron las lesiones vitales y necesariamente mortales antes descritas, que de no ser por el socorro médico y oportuno, los denunciados hubieran fallecido.

Ahora bien en cuanto al tipo subjetivo, se debe indicar que el dolo exige el conocimiento y la voluntad de realizar las circunstancias del tipo objetivo. Asimismo Politoff –Derecho penal Tomo I– dirá que existe dolo en quien conoce y quiere la realización del hecho típico; y agregará que no es indispensable para la exteriorización del dolo un proceso mental exteriormente claro respecto de todas las circunstancias en que el hecho tiene lugar. Querer para el Derecho Penal, es tener que realizar, lograr en el sentido de perseguir el objetivo. Por otro lado Rodríguez Devesa citado por Waldo del Villar indica que el dolo consiste en que la persona sabe lo que hace y quiere hacerlo. Montt citando a Graf Zu Dohna expresará que actúa dolosamente quien actúa con conciencia

de concretar un tipo penal. En la actualidad Muñoz Conde citando a Roxin y Hassemer, indica que existe una decisión de atentar contra el bien jurídico –en este caso la vida–.

Respecto al dolo eventual siguiendo a Löffler citado por Politoff, expresa que si bien es cierto que el hecho en verdad no había querido el resultado, se construyó un querer impropio un querer indirecto o eventual. Garrido Montt añadirá que cuando el resultado muerte previsto, fuera de no ser el objetivo que impulsa al agente a actuar, aparece como incierto en su acaecer, pero sí probable y no obstante ello el agente actuó con ánimo de indiferencia respecto de la posible muerte, es dolo eventual. Por lo demás el artículo 25 del Código Penal Tipo para Latinoamérica indica que obra con dolo el que quiere la realización del hecho legalmente descrito, así como el que la acepta previéndola por la circunstancia como posible. El Tribunal de acuerdo a la ponderado en la pruebas según se ha expuesto, concluye que hubo dolo directo de matar por parte de los hechos sin lugar a dudas. Por cuanto de los dichos de los funcionarios policiales se desprende que todos golpearon a las víctimas con pies y puños en el suelo, no en cualquier región del cuerpo, sino en la más importante y vital como es el cráneo, hasta que se cansaron, no importándoles la condición en que quedaron.

OCTAVO: Calificante de alevosía. Sobre lo anterior. Politoff, Bustos y Grisolia. Indican que no puede ser objetiva fundada en la sola indefensión de la víctima. Porque de ser así, según lo señala Camargo, nada obsta a su apreciación en los delitos culposos. Tampoco puede ser analizada solamente desde el punto de vista subjetivo, pues se llega a una tipología de autor inadmisibles en un Derecho Penal Liberal Democrático Moderno, respetuoso de los básicos y necesarios derechos del hombre. Por su lado Del Rosal, Cobol, Mourullo, señalan que requiere que el agente imprima a los medios, modos o formas de ejecución un movimiento que tienda directa y especialmente a asegurar la realización del delito y evitar los riesgos que pudieran producirse de una posible defensa. Por su parte el profesor Cury dirá si el estado de indefensión de la víctima era preexistente se debe analizar si esa condición fue decisiva para la ejecución del delito para el autor. Ahora bien si el agente hubiera actuado aunque el suje-

to pasivo hubiera contado con la posibilidad de oponerse resistencia efectiva la agravante debe ser desechada. Montt en el mismo sentido. De acuerdo a lo razonado la calificante de alevosía alegada debe ser desechada, por cuanto en primer lugar no fue bien explicada en la acusación ni desarrollada ni demostrada en la audiencia. Como además quedó establecido en los hechos y con la prueba rendida los hechos no prepararon ni buscaron ninguna circunstancia para actuar, en todo caso siguiendo a Cury y Montt, es claro que los agentes actuaron aun con la posibilidad que las víctimas hubieren opuesto resistencia, por ello se rechaza.

NOVENO: Lesiones graves y graves gravísimas. Sobre lo anterior el tribunal se remite a lo expuesto, por cuanto como se ha expuesto los hechos fueron calificados de homicidio simple en grado de frustrado. No pudiendo en la audiencia probarse por el querellante para el caso de José Aniceto, ni por la defensa para el caso de Luis Rozas la distinción en el hecho ocurrido entre el dolo de lesionar y de matar. Por lo demás en el homicidio se atenta contra el bien jurídico vida y el delito de lesiones contra en bien jurídico salud. Y lo cierto es que en el juicio oral quedó demostrado que se atentó contra la vida y no la salud. Definida por Politoff, Bustos y Grisolia como una entidad compleja y plurifáctica.

DÉCIMO: Participación. La participación de los acusados en convicción de este Tribunal quedó demostrada más allá de toda duda razonable en el desarrollo de la audiencia de juicio oral por las siguientes pruebas ya apreciadas libremente 1.– Atestados Rubén Santana Caileo, quien en la audiencia reconoce a los acusados como los agresores de sus amigos Arismendi, Rozas el día de los hechos. 2.– Expresiones de los funcionarios policiales Gerardo Muñoz, Juan Correa Vega, Juan Carlos Pino Salinas, Marcelo Huaiquelef, y Marcelo Sepúlveda Carvajal. Quienes al participar en la toma de declaraciones de los imputados Sebastián Maturana, Álvaro Guerrero, José Sánchez y Jimmy Rdelich, estos acusados manifestaron que ello eran los autores de la agresión a las 3 víctimas A la que golpearon con puños y pies hasta el cansancio y los dejaron la vía pública tirado en el suelo. De la misma forma estos 4 imputados siempre en

sus declaraciones ante los funcionarios policiales, señalaron como partícipe también, sin lugar a dudas, no obstante no haber reconocido su participación a Juan Alberto Figueroa Gutiérrez. 3.– Asimismo relacionado con lo precedente y como antecedente indirecto están las manchas de sangre que fueron encontradas en los calzados de Juan Figueroa Gutiérrez y Álvaro Guerrero Zúñiga, que de acuerdo a lo señalado por los peritos Neftalí Ávila y Carlos Gutiérrez, según estudio realizado por el Servicio Médico Legal, correspondía a sangre de las víctimas. 4.–Por último completando lo anterior está lo expuesto por la defensa en sus alegatos en cuanto admite que sus representados no han negado la participación al menos en el delito de homicidio simple en grado de frustrado a José Arismendi y Rubén Santana. Y por otro lado, los acusados al hacer uso de la palabra. Así Juan Alberto Figueroa Gutiérrez señaló que solamente desea pedir disculpas a las mamás de estos señores; Sebastián Antonio Maturana Yagode indicó está arrepentido de lo que hizo; Álvaro Andrés Guerrero Zúñiga, expresó que está arrepentido de lo que hizo y pidió perdón a los afectados; José Humberto Sánchez Trujillo, pidió disculpas a las familias y a los afectados y nunca pensó que iba hacer un tremendo daño psicológico; Jimmy Eduardo Rdelich Igor pidió disculpas a las mamás por haber hecho tanto daño a sus hijos.

En consecuencia a los acusados les ha correspondido la participación de autores en el delito de homicidio simple en grado de frustrado, en las personas de José Arismendi, Luis Rozas y Rubén Santana. Toda vez que han intervenido en su ejecución de una manera inmediata y directa. Además para efectos procedimentales, y ser objeto de imputación penal el menor Sebastián Maturana, se acredita con su certificado de nacimiento cuya fecha de nacimiento es 28 de octubre de 1987. Por otro lado está la sentencia de fecha 30 de marzo del 2004 del Juzgado de Menores, complementado con los oficios de 9 de junio y 30 de marzo del mismo año, donde en definitiva el menor aludido fue declarado con discernimiento.

UNDÉCIMO: Otra Prueba desechada. Que estos sentenciadores desechan los informes pre-sentenciales de los acusados Sebastián Matura-

na Yagode, Álvaro Andrés Guerrero Zúñiga, Juan Alberto Figueroa Gutiérrez y de José Sánchez Trujillo. Ello por cuanto no obstante ser presentados como documentos corresponden a informes elaborados por peritos, los cuales no fueron ratificados en el tribunal y no explicaron adecuadamente sus conclusiones. Asimismo se desecha la prueba documental acompañada por la defensa correspondiente a certificado de Sebastián Maturana de capacitación digital. Respecto a Juan Figueroa certificado de Fonasa, de AFP Provida, planilla de Instituto de Normalización Previsional y su currículum vitae. Respecto de José Sánchez liquidaciones de sueldo de 31 de enero y 29 de febrero del 2004, carta de término de contrato de 20 de marzo del 2004, finiquito de trabajador de 29 de febrero del 2004, carta dirigida a padres y familiares de soldado conscripto, por comandante en Jefe, certificado de la Comandancia por juramento a la bandera, certificado otorgado por la Ilustre Municipalidad por licenciatura, Licencia de enseñanza básica otorgado por el C.E.I.A. y certificado anual estudios otorgado por el Instituto anterior. Respecto Álvaro Guerrero. Diploma de octubre del 2003 por capacitación de Agrosuper, dos contratos de trabajo con Pesquera Real y otro con Supermercado Listo, carta de término de contrato con la Pesquera indicada, certificado que indica licenciatura de enseñanza básica de diciembre de 1999 y dos certificados anuales de estudios del año 2000 y 2001 otorgado por el liceo Industrial Armando Quezada Acharán. Todos los documentos indicados se desestiman porque en primer lugar nada aportan para el esclarecimiento de los hechos y la participación de los acusados. En segundo lugar en nada influyen para el otorgamiento o no, de las atenuantes alegadas por la defensa y resultan innecesarios. Pues existen otros antecedentes para el estudio de las minorantes como se dirá.

DECIMOSEGUNDO: Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. Sobre este tema se debe tener presente, siguiendo a Muñoz Conde en su obra General, que las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, que operan en momentos posteriores a la comisión del delito, son razones de política criminal, en que se pretende favorecer el comportamiento posterior del responsable confesando la infracción o reparando sus efectos.

Ahora bien en esa perspectiva podemos observar que:

a) Minorante del artículo 11 N° 6 del Código Penal. Le favorece esta atenuante sólo a los acusados Sebastián Antonio Maturana Yagode, Álvaro Andrés Guerrero Zúñiga y José Humberto Sánchez Trujillo. Lo que se aprecia del examen del Extracto de Filiación y Antecedentes de los imputados, los que no presentan anotaciones penales pretéritas. Asimismo, durante el desarrollo de la audiencia del juicio oral, no se demostró sería y técnicamente que tuvieran una conducta anterior reprochable. Lo anterior sin que sea necesario, como ya lo ha manifestado reiteradamente este Tribunal se complementa con las declaraciones respecto a José Sánchez de José Luis Erguy Gallardo y Hernán Patricio Paredes Rosich, María Leticia Serón Cheuquemán y María Teresa Lemus Trujillo. Quienes señalaron que conocen por varios años a José Sánchez y saben que es una persona tranquila, normal y trabajadora. En cuanto Álvaro Guerrero Zúñiga. Nubia del Tránsito Paredes Mora. Ángela Llancahuen Mansilla. Lorenzo Luis Águila. Quienes indicaron que lo conocen hace varios años y saben que Álvaro, es cariñoso, normal y trabajador. La atenuante en cambio no favorece a Juan Figueroa ni a Jimmy Rdelich, por cuanto con anterioridad a los hechos no han tenido una conducta anterior irreprochable, lo que se acredita con sus extractos de filiación y antecedentes. Así Figueroa fue condenado con fecha 21 abril del 2004 por el delito de homicidio simple en causa 653 del año 2003 por el Tribunal de Garantía de Punta Arenas. Condenado a 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo. Jimmy Rdelich fue condenado por el Tercer Juzgado de Letras de Punta Arenas en causa rol 18.329 de 1998 por robo en bienes nacionales de uso público y lesiones menos graves a la pena de 300 días de presidio menor en su grado mínimo la pena de 41 de prisión en su grado máximo, pena remitida.

b) No les favorece a los acusados la minorante del artículo 11 N° 9 del Código Penal. En Primer no le es aplicable a Juan Figueroa Gutiérrez, porque en momento alguno reconoció su participación en los hechos y Jimmy Rdelich por cuanto días después de los hechos fue detenido por orden judicial. En relación a los imputados Guerrero, Sánchez y Maturana tampoco les favorece por

cuanto después de ocurridos los hechos no prestaron colaboración inmediata a la investigación. En todo caso sus declaraciones se realizaron una vez que por antecedentes de un llamado telefónico a la Unidad, funcionarios policiales los ubicaron en el domicilio de María Rogel. Luego está colaboración debe ser realizada en forma pronta, inmediata y no producto otras circunstancias, como fue el hecho que Carabineros llegara inmediatamente al domicilio donde estaban los imputados después. Por todo lo anterior no se les acoge.

c) **Agravantes.** Artículo 12 N° 1 y 6 del Código Penal. Estas agravantes alegadas por la parte querellante no pueden acogerse. Por un lado porque fueron mal presentadas y desarrolladas en la acusación. Por otro lado durante la audiencia no logró demostrar que hubiera concurrido una u otra. Asimismo en cuanto a la alevosía el Tribunal estará a lo expuesto en los motivos ut-supra a propósito de la calificación. En otra perspectiva el profesor Cury señala que el fundamento de la agravante del artículo 12 N° 6 del texto citado en la práctica es idéntico al de la alevosía, los que tienden a confundirse, por tal motivo las dos son incompatibles. Además dicha agravante no se tomó del Código Español, sino que del Código Brasileño. Es inútil, constituye un casuismo e incluso la pretensión absurda de exigir al delincuente actitudes de lealtad y gentil hombría respecto de la víctima. Finalmente Jorge Zapata Medina, en su obra de Alevosía, Jurisprudencia comentada, años 1907 a 1964, expresa que la agravante del artículo 12 N° 6 del Código citado está de más, pues no puede darse en un mismo hecho la debilitación de la defensa y su total anulación. O es una o es otra.

DECIMOTERCERO: Determinación de la pena. Que tal como se señaló precedentemente lo acaecido constituye una unidad, esto es constituye un solo hecho— agresión a 3 víctimas en un mismo momento espacio temporal, con resultados múltiples. Luego corresponde aplicar al artículo 75 del Código Penal, imponiendo la pena mayor asignada al delito más grave. En este caso la de homicidio simple en grado de frustrado. Asimismo, al momento de determinar la sanción aplicable se tendrá presente lo siguiente:

1.— Que la pena asignada al delito consta de dos o más grados, esto es, presidio mayor en sus grados mínimos a medio.

2.— Que en consecuencia debe estarse a lo dispuesto en el artículo 68 del Código Penal; Asimismo concurriendo una atenuante a favor de Álvaro Guerrero, Sebastián Maturana y José Sánchez y no existiendo agravantes, a su respecto el Tribunal no puede aplicar la pena en su máximo. En cambio para Jimmy Rdelich y Juan Figueroa el Tribunal puede recorrer toda su extensión al aplicarla.

3.— Del mismo modo, el Tribunal tendrá presente lo señalado en los artículos 7, 51 y 69 y 72 del Código citado.

DECIMOCUARTO: Ley 18216. Que atendida la naturaleza, móviles y circunstancias como se cometió el delito y según la prueba valorada desarrollada en la audiencia, y siendo una facultad privativa del Tribunal, no se otorga a ninguno de los acusados algún beneficio de los contemplados en la ley 18.216, por cuanto no reúne los requisitos, ni tiene las características para ello. No arredra lo anterior y además se desestima y no convence al Tribunal lo expuesto por **José Gómez Martínez. Perito Psicólogo.** Quien señaló que realizó un informe psicológico a Sebastián Maturana, Álvaro Guerrero, y Juan Figueroa. Explica que **Maturana Yagode.** A nivel intelectual presenta un grado de normal lento, deficiencias de atención y concentración. Además tiene una inquietud constante, una hiperactividad no trata-da. Además tiene características de baja tolerancia a la frustración. Un profesional neurólogo debe determinar con exactitud si tiene un daño orgánico neurológico realmente existente. Si hubiera un daño, la persona no puede enfrentar una relación seria, siempre se comporta como un niño y no le permite tener conciencia de la realidad. Requiere de un tratamiento para ajustar su personalidad. Toda presión sobre él eleva el nivel de ansiedad pues no puede concentrar su nivel de memoria. A nivel conductual no acata las normas impuestas por padres, colegio, pares. Los test tomados dan un rasgo de posible daño orgánico. Requiere medicación adecuada y tratamiento psicoterapéutico. Para cumplir en el medio libre requiere apoyo de la familia. **Álvaro Guerrero** a nivel intelectual tiene un grado normal Lento. Tiene buena capacidad de concentración y atención, con pensamiento razonativo y analítico. Es introvertido, poco sociable. Su control de impulsos es bastante flexible, aunque tiene ansiedades de tipo

paranoide. Está pensando siempre qué van a pensar de él. Tiene inmadurez emocional, maneja las situaciones de acuerdo a sus propios términos. Él tiene una forma de ver la vida muy subjetiva. Necesita un ajuste y apoyo profesional y podría cumplir en el medio libre. Puede tener una buena tolerancia si es bien tratado y si se le permite analizar la situación con la que se enfrenta. Requiere apoyo profesional. Esto va a ser difícil en la medida en que beba alcohol. **Juan Figueroa** a nivel intelectual tiene un grado normal promedio y una buena capacidad analítica. No aparecen signos de agresividad desmedida con el objeto de afectar a alguien. Sus impulsos están referidos a situaciones límites de difícil resolución donde no puede controlar sus impulsos. Esta persona posee una personalidad plástica, se puede moldear fácilmente a situaciones, se adapta bien a las normas. Sus impulsos son los que lo descontrolan, ante situaciones no previstas. Vive encerrado en sí mismo. Tuvo que asumir mayor responsabilidad en su infancia. El perito no sabe que el periciado fue condenado por homicidio simple. Argumenta que se basa en sus instrumentos de sicodiagnóstico y trata de ser objetivo. Como se aprecia Maturana no acata las normas impuestas, Guerrero tiene serios problemas de alcohol y Figueroa aparece descrito como poco agresivo en circunstancias que fue condenado por un homicidio simple.

Por otro lado tampoco convence al Tribunal para tomar otra decisión lo expuesto por **Nancy Pineda Soto**. Perito Asistente social. Quien señaló que evacuó un informe social respecto de Sebastián Maturana, Juan Figueroa, Álvaro Guerrero. Figueroa llegó hace 2 años trabajó en una pesquera y como soldador. Siempre trató de trabajar para apoyar económicamente a su madre y hermano menor en Puerto Montt. Tiene problema de ingesta alcohólica, pero él no lo reconoce como problema. Esta persona se cuenta que no pudo cumplir con sus metas, esto es trabajo estable, juntar dinero y volver a Puerto Montt. Sabe además la perito que había sido objeto de una condena y que debía cumplirla en el medio libre. Maturana. Vive con su madre. Su padre tiene una empresa de impresiones. Los que están dispuestos a darle apoyo. Su madre trabaja como mucama en un Hostal. Además tiene dos hermanos. Esta persona en la educación básica presentó proble-

mas de hiperactividad y allí fue tratado. Estuvo hasta 8vo básico en escuela hogar de Río Seco. Indicó en Primero Medio deserta. En la Población Seno almirantazgo tuvo mala influencia y cuando se junta con sus pares tiene ingesta alcohólica. Luego se retiró en diciembre del hogar familiar, pues no quería respetar las normas y principios de su casa. Vive a una cuadra y media de su casa en la residencia de Juan Figueroa. Repitió 1º y 3º básico y fue tratado con siquiatria y psicólogo. Manifestó que el periciado desea retomar los estudios para reinsertarse. A la pareja de su progenitora lo siente como padre. Guerrero tiene Padre, madre y hermana. El Jefe de hogar mantiene la familia, la madre solo hace trabajos esporádicos y tiene audífonos. Casa es propia y ampliada. Además el imputado es padre de un menor de 8 meses y esta situación lo tiene bastante motivado. En la infancia tuvo problemas de hiperactividad y por ello se remitió al mundo laboral. Su deseo es capacitarse para insertarse mejor y ser un buen padre. La madre sabe que cuando se junta con sus pares se involucra en la ingesta alcohólica. Es decir los tres imputados tienen serios problemas de ingesta alcohólica, no controlada por sus personas más cercanas.

EN CUANTO A LA ACCIÓN CIVIL

DECIMOQUINTO: Que el abogado Marcelo Figueroa Muñoz, representado en la audiencia por el abogado Fernando Dobson Soto apoderado del querellante y en representación de José Aniceto Arismendi Cheuquepil, empleado, domiciliados ambos en Magallanes 809 de Punta Arenas, deduce demanda civil de indemnización de perjuicios en contra de los imputados Juan Alberto Figueroa Gutiérrez, Álvaro Andrés Guerrero Zúñiga, José Humberto Sánchez Trujillo, Jimmy Eduardo Rdelich Igor y Sebastián Antonio Maturana Yagode, antes individualizados, por la responsabilidad legal que les corresponde en su calidad de autores del delito de lesiones graves gravísimas en la persona de José Aniceto Arismendi Cheuquepil. Basando su demanda en los mismos hechos fundantes de la acusación particular y solicita que se les condene a pagar favor de José Aniceto Arismendi Cheuquepil la suma de \$3.538.614.- como indemnización por daños económicos directos y la suma de \$10.000.000.- por daño psicológico causados a su representado.

Esto es la suma de \$13.538.614.- en forma solidaria o las sumas mayores o menores que resulten del mérito del juicio más intereses, reajustes y costas.

DECIMOSEXTO: Que los demandados civiles durante el desarrollo de la audiencia del juicio oral, nada expusieron respecto a la demanda deducida en su contra.

DECIMOSÉPTIMO: Que habiendo quedado establecida la existencia de delito de homicidio simple en grado de frustrado en la persona de José Aniceto Arismendi Cheuquepil y la participación punible de los acusados Juan Alberto Figueroa Gutiérrez, Álvaro Andrés Guerrero Zúñiga, José Humberto Sánchez Trujillo, Jimmy Eduardo Rdelich Igor y Sebastián Antonio Maturana Yagode, en dicho ilícito corresponde de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2314 del Código Civil, hacer efectiva la responsabilidad de estos demandados y acusados de indemnizar los perjuicios ocasionados al actor.

DECIMOOCCTAVO: Que no cabe duda que el delito materia de la acusación ha provocado daños económicos directos al actor lo que se acredita con los siguientes documentos no desacreditados por la defensa y que además están acordes con la fichas clínicas de las víctimas y a lo expuesto por la madre de José Aniceto y por lo médicos cirujanos, neurocirujanos y neurólogos en cuanto a las atenciones realizadas y su costo. Esto son: Certificado emitido por la Directora del Hospital Regional de 10 septiembre del 2004, en que detalla que José Arismendi utilizó medicamentos fuera de arsenal por un valor de \$2.314.254; fotocopia de listado de detalle de deuda de medicamentos, manuscrito y firmado por Andrés Saavedra Contreras por \$2.314.254.-; 5 Planilla con detalle de los siguientes medicamentos y que son productos fuera del arsenal, usados por José Arismendi, así Sulperazona valor \$602.028.-, Nimotop valor \$216.000.-, Nimotop valor \$378.000.-, Sulperazona valor \$224.280, Impipinem valor \$805.800.-; 3 comprobantes de recaudación de junio julio y agosto por un valor de \$30.000.- pagado por Florinda Cheuquepil; Fotocopia de receta en que señala defecto craneal por tec y prescribe malla de titanio y documento del Servicio de Salud de Magallanes de fecha 20 de agosto del 2004. Este último se des-

estima por ser innecesario y no contener una deuda actual. Pues corresponde a un llamado para lograr un acuerdo como pagar la malla de titanio.

Por otro lado los daños psicológicos o morales al actor, se desprende con prueba desarrollada en la audiencia que: **1.-** Su calidad de vida ha sido alterada. Pues antes de los hechos tenía un trabajo estable y podía valerle por sí mismo. **2.-** Existe un daño sufrido, por toda la angustia que padeció desde que fue agredido hasta que fue dado de alta pues no sabía con certeza cuál iba ser su estado de salud. **3.-** Existe un daño moral estético, pues además de la lesión producto de la agresión, para salvarle la vida, el neurocirujano cirujano Hernán Rebolledo tuvo que realizar una craneotomía, quedando en la actualidad, como se observó en la audiencia. Con un marcado hundimiento de cráneo en lado derecho. Finalmente lo anterior se ve ratificado por lo dichos de la perito sicóloga **Ximena Canales Mayorga**. Quien realizó un informe psicológico a José Aniceto Arismendi Cheuquepil, de 28 años de edad, el 27 de agosto de 2004. La conclusión es que José presenta un pensamiento concreto, con posible déficit cognitivo orgánico. Reconoce una agresión grave el 7 de abril del 2004 e identifica visualmente a sus agresores como Jimmy Rdelich, Sebastián Maturana, Juan Figueroa, José Sánchez y Álvaro Guerrero. Tiene un trastorno una memoria cuantitativa y una hemiplejía en el lado izquierdo. Manifiesta un sentimiento de rabia e impotencia frente a los agresores. Además frente a la agresión presenta temor, pesimismo y vergüenza. En sus capacidades está auto disminuido, y también en su auto valencia y autonomía. Así no tiene control de esfínter. José puede entender, pero tiene dificultades de desplazamiento y para vestirse; además debe usar pañales. Tiene una personalidad extrovertida con sentimientos de soledad e inseguridad. Él recuerda los hechos y expresa que el 7 de abril que estaba con sus amigos Santana y Rozas y al salir, caminaron, a una cuadra fue agredido por un grupo de jóvenes que lo dejaron en riesgo vital. Tiene amnesia lacunar no existe recuerdo de un periodo de tiempo. Esto puede ser producido por un tec. Debido a que su condición física era distinta antes de la agresión, sabe que su condición futura va a ser difícil. Sus relaciones interpersonales han mermado, pues está sólo en la casa y no

puede pedir auxilio. Hasta la fecha recibe atención psicológica. Actualmente está siendo intervenido hace 3 semanas y hasta el Centro en silla de rueda.

Por otro lado también corrobora los daños económicos causados y los psicológicos lo expuesto por **María José Flores Silva**. Perito Asistente Social. Quien señaló que le correspondió realizar un informe social a José Aniceto Arismendi Cheuquepil. 29 años. Tiene enseñanza básica completa. La familia es nuclear mono parental. José y su madre. Presenta deficiencias socio económicas e inestabilidad laboral. La madre actualmente es la única sostenedora, trabaja como asesora del hogar. José fue producto de lesiones graves en abril y es atendido en el Centro de Atención de Víctimas. La atención fue realizada en el domicilio hasta hace un mes. Su madre está con depresión y tiene escasas redes primarias de apoyo. José tiene el apoyo de su madre y prima. Antes de los hechos trabajaba en una frutería cargando y descargando camiones. El ingreso de su madre como máximo alcanzaba \$108.500.- Por otro lado la deuda con el Hospital es de \$2.500.000.- que se origina por la Hospitalización de José y se están realizando pagos de \$10.000.- mensuales hasta enero para reevaluar la deuda. José debe realizarse una operación para colocar una malla de titanio en su cabeza y tiene un costo de \$1.200.000.- Ellos no están en condiciones de pagarlo. El plan futuro de José es volver a trabajar en el mismo lugar, pues era como su segunda casa. Finalmente en su domicilio el tenía dolor y se quejaba de las partes de su cuerpo cuando debía hacer sus ejercicios y movía las extremidades.

DECIMONOVENO: Que en consecuencia por daños económicos directos en convicción de este Tribunal y de acuerdo a la prueba relacionada, corresponde fijar la suma de \$2.344.254.- Y por daño psicológico o moral se fija prudencialmente la suma de \$5.000.000.- (cinco millones de pesos). Todo a favor de José Aniceto Arismendi Cheuquepil.

VIGÉSIMO: Que la suma de dinero antes indicada será reajustada a contar de la fecha en que queda ejecutoriada la presente sentencia según variación que experimente el Índice de Precios al Con-

sumidor, hasta la fecha de pago efectivo; y devengará intereses corrientes por el mismo lapso.

Por estas consideraciones y lo dispuesto además en los artículos 1, 7, 11 N° 6, 9, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 21, 24, 25, 26, 29, 30, 31, 51, 68, 72 391 N° 2, 397 del Código Penal; artículos 1, 2, 3, 8, 45, 46, 47, 52, 295, 296, 297, 306, 309, 314, 319, 325 y siguientes, 339 al 346, 348, 349, y 468 del Código Procesal Penal; 2314 y siguientes del Código Civil; y Ley 18216 y su reglamento **SE DECLARA:**

EN CUANTO A LA ACCIÓN PENAL

1.- Que se condena al acusado **Juan Alberto Figueroa Gutiérrez**, Cédula de Identidad N° 14.226.687-3 ya individualizado, a la pena de **cuatro años de presidio menor en su grado máximo** y las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos, durante el tiempo de la condena, en su calidad de autor del delito de homicidio simple en grado de frustrado en las personas de José Aniceto Arismendi Cheuquepil, Rubén Ariel Santana Caileo y Luis Alfonso Rozas Alvarado cometido con fecha 8 de abril de 2004 en esta ciudad.

2.- Que se condena al acusado **Álvaro Andrés Guerrero Zúñiga**, Cédula de Identidad N° 16.065.835-5 ya individualizado, a la pena de **cuatro años de presidio menor en su grado máximo**, y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos, durante el tiempo de la condena, en su calidad de autor del delito de homicidio simple en grado de frustrado en las personas de José Aniceto Arismendi Cheuquepil, Rubén Ariel Santana Caileo y Luis Alfonso Rozas Alvarado, cometido con fecha 8 de abril del 2004 en esta ciudad.

3.- Que se condena al acusado **José Humberto Sánchez Trujillo**, Cédula de Identidad N° 15.582.865-k ya individualizado, a la pena de **cuatro años de presidio menor en su grado máximo** y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos, durante el tiempo de la condena, en su calidad de autor del delito de homicidio simple en grado de frus-

trado, en las personas de José Aniceto Arismendi Cheuquepil, Rubén Ariel Santana Caileo y Luis Alfonso Rozas Alvarado, cometido con fecha 8 de abril de 2004 en esta ciudad.

4.- Que se condena al acusado **Jimmy Eduardo Rdelich Igor** Cédula de Identidad N° 14.229.127-4 ya individualizado, a la pena de **cuatro años de presidio menor en su grado máximo** y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos, durante el tiempo de la condena, en su calidad de autor del delito de homicidio simple en grado de frustrado en las personas de José Aniceto Arismendi Cheuquepil, Rubén Ariel Santana Caileo y Luis Alfonso Rozas Alvarado, cometido con fecha 8 de abril de 2004 en esta ciudad.

5.- Que se condena al acusado **Sebastián Antonio Maturana Yagode** Cédula de Identidad N° 16.722.725.-2 ya individualizado, a la pena de **800 días de presidio menor en su grado medio**, a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, en su calidad de autor del delito de homicidio simple en grado de frustrado en las personas de José Aniceto Arismendi Cheuquepil, Rubén Ariel Santana Caileo y Luis Alfonso Rozas Alvarado, cometido con fecha 8 de abril del 2004 en esta ciudad.

6.- Que atendida lo razonado en el motivo décimo cuarto y no reuniéndose los requisitos de la ley 18.216, no se concede a ninguno de los sentenciados algún beneficio de los establecidos en dicho texto legal, para el cumplimiento alternativo de las penas privativas de libertad. En consecuencia deberán purgar efectivamente cada uno, las penas corporales impuestas. Contabilizándose los días para cumplimiento, desde la fecha en que han estado sujetos a la medida cautelar de prisión preventiva, esto es del 8 de abril del 2004 para Juan Figueroa Gutiérrez, Sebastián Maturana Yagode, Álvaro Guerrero Zúñiga y José Sánchez Trujillo. En el caso de Jimmy Eduardo

Rdelich Igor, desde el 10 de abril de 2004. Todo lo anterior, según auto de apertura de 30 de septiembre del 2004.

7.- Que todos los sentenciados deberán pagar las costas en forma proporcional.

EN CUANTO A LA ACCIÓN CIVIL

Que se acoge la demanda civil de indemnización de perjuicios interpuesta por el querellante y demandante civil y en consecuencia se condena a los querellados y demandados civiles Juan Figueroa Gutiérrez, Sebastián Maturana Yagode, Álvaro Guerrero Zúñiga, José Sánchez Trujillo y Jimmy Eduardo Rdelich Igor a pagar en forma solidaria, la suma total de \$ 7.344.254.- (siete millones trescientos cuarenta y cuatro mil doscientos cincuenta y cuatro pesos) a favor de José Aniceto Arismendi Cheuquepil por concepto de daño económico directo y daño psicológico o moral. Todo ello más intereses y reajustes según cálculo expuesto en el motivo vigésimo de este fallo, sin costas por no haber sido totalmente vencidos.

Redactada por el Juez don Álvaro Mesa Latorre.

Regístrese, comuníquese en su oportunidad una vez ejecutoriada la sentencia al Juzgado de Garantía de Punta Arenas para su cumplimiento, hecho archívese.

R.U.C.	:	0400126356-6
R.I.T.	:	63-2004
CODIGO	:	702

Pronunciada por los Jueces Titulares de la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, señores José Octavio Flores Vásquez, Presidente, Luis Enrique Álvarez Valdés (subrogando legalmente) y Álvaro Mesa Latorre.

- **En votación dividida se absuelve al acusado del delito de abuso sexual en perjuicio de una menor de 17 años, afectada de retardo mental moderado, por estimar que la menor actuó con voluntad suficiente para consentir.**

Tribunal: Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas.

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de abuso sexual contra una menor que padece retardo mental. La Defensa alegó la inocencia de su representado, sosteniendo que si bien la víctima tiene una inteligencia disminuida, tiene la voluntad suficiente para determinarse sexualmente habiendo mantenido un contacto sexual consentido. El Tribunal, en voto de mayoría, consideró que no se había acreditado el abuso, existiendo una duda razonable respecto de la comisión del ilícito por el que se acusó. Al efecto destacó que la perito que declaró acerca de la limitación mental de la víctima no supo dar respuestas coherentes que avalaran una limitación de significancia mayor que leve, además que de las propias declaraciones de la víctima era posible desprender una suerte de consentimiento en el contacto sexual denunciado. Faltando, entonces, una anomalía mental que resultara suficiente para impedir la autodeterminación de los actos sexuales propios y de la que se haya abusado para conseguir el contacto sexual, actos todos que exigen un dolo que debió ser probado y no presumido, no se pudo dar por acreditados los hechos de la acusación.

El voto de minoría, en cambio, consideró que sí se había logrado acreditar la ocurrencia del delito, por cuanto concurrieron todos los elementos que el abuso sexual exige. En cuanto al abuso de la anomalía mental de la víctima, para este voto basta la existencia de una alteración en los procesos intelectuales y volitivos producto de un cuadro patológico (elementos todos presentes en la víctima) y que el hechor actúe en conocimiento de ella con ánimo libidinoso (elementos igualmente presentes). Finalmente, para este Juez, la perito del acusador sí dio suficiente razón de sus dichos, así como de sus conocimientos, los que no fueron desvirtuados por otra prueba de mejor calidad, siendo irrelevante que en el juicio anterior hubiera dicho una cosa distinta, porque éste fue anulado y sólo tiene relevancia la prueba rendida en este juicio.

Texto completo:

Punta Arenas, doce enero de dos mil cinco.

cédula de identidad N° 4.494.599-1, de 58 años de edad, viudo, jubilado, domiciliado en Punta Arenas, calle Río Cullen N° 0355, Población Ríos Patagónicos.

VISTOS:

PRIMERO: Que con fecha seis y siete de enero del presente año, ante la Sala no inhabilitada del Tribunal del Juicio Oral en Lo Penal de esta ciudad, constituida por los Jueces don José Octavio Flores Vásquez, Presidente, don Jaime Álvarez Astete, y don Juan Carlos Orellana Venegas, estos dos últimos subrogando legalmente, se lleva a efecto la audiencia de juicio oral relativa a la causa RUC N° 0300184822-3, y RIT N° 60-2004, sobre abuso sexual, seguida en contra de **JUAN FRANCISCO RUIZ BENITES**, chileno,

Fue parte acusadora el Ministerio Público, representado por la Fiscal doña Alejandra Guevara Mendoza, domiciliada en Punta Arenas, calle José Menéndez N° 900. La defensa del acusado estuvo a cargo de la Defensor Penal Público don Juan Carlos Rebolledo Pereira, domiciliado en Punta Arenas, calle Lautaro Navarro N° 1066.

SEGUNDO: Que según consta del auto de apertura de juicio oral, de fecha 8 de Septiembre de 2004, dictado por el Juzgado de Garantía de esta ciudad, el Ministerio Público formuló acusación en contra del imputado antes individualiza-

do, fundada en los siguientes hechos: El día 18 de noviembre de 2003, cerca de las 12:30 horas del día, Juan Francisco Ruiz Benítez, aprovechando la confianza de la madre de la víctima para con el acusado –amigo y vecino de aquella–, quien había salido de su hogar dejándolo a solas con su hija, M.C.P.N., joven de 17 años de edad, quien presenta un retardo mental de carácter leve a moderado, se encontraba en el domicilio de ésta, ubicado en Pasaje río Avilés N° 01880, Población Ríos Patagónicos, Punta Arenas la tomó por la fuerza dándole un beso, cogiéndola, arrojándola sobre la cama, luego le sacó el buzo deportivo y calzones que vestía en ese momento, desnudándose también el acusado, para posteriormente succionarle la vagina y colocarle el pene en la vagina sin penetrarla. Hechos todos de significación sexual y de carácter relevante.

A juicio de la Fiscalía los hechos referidos configuran el delito de abuso sexual, previsto y sancionado en los artículos 366 N°2 del Código Penal, esto es, abuso sexual en perjuicio de una persona mayor de 12 años de edad, respecto del cual concurre la circunstancias enumerada en el delito de estupro, artículo 363 N°1 del mismo cuerpo legal, puesto que la menor padece de un retardo mental de carácter leve a moderado, unido a una seria vulnerabilidad y escaso entendimiento del significado de la actividad sexual, existiendo por consiguiente, abuso a su respecto de parte del acusado. Asimismo la Fiscalía atribuye al acusado participación en calidad de autor de conformidad al artículo 15 N°1 del Código Penal.

Señala el Ministerio Público que, en su concepto, concurre la circunstancia agravante de responsabilidad penal artículo 12 N° 7 del Código Penal, esto es, “Cometer el delito con abuso de confianza”, puesto que el acusado frecuentaba constantemente el domicilio de la víctima como amigo y vecino, además era cliente de la madre de la menor que trabajaba vendiendo sandwich.

Expresa además la Fiscalía que no concurren atenuantes; y solicita se aplique al acusado, Juan Francisco Ruiz Benites, la pena de 3 años de reclusión menor en su grado medio, asimismo la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa.

En sus exposiciones en el debate oral, el Ministerio Público sostuvo la acusación.

TERCERO: Que la defensa del acusado deja en claro que éste padece ceguera total, pues no ve nada, él no es, ni ha sido amigo, no tenía amistad íntima ni superficial con la madre de quien figura como víctima. Agrega que el acusado sólo era un cliente que por su discapacidad necesitaba alguien que lo proveyera de alimentos, esa persona era la madre de M.. Sostiene la defensa que M. tenía 17 años y 6 meses a la fecha de los hechos, no era tan menor; y las palabras de la ley deben entenderse en su sentido natural y obvio, aludiendo a lo que no llegue a constituir enajenación o trastorno. Dice que ella tiene inteligencia deficiente según la pericia psicológica, pero puede que no sea tanto menos o más que nosotros mismos. Asevera la defensa que M. tiene voluntad, trabaja o trabajaba en Cofrima como empaquetadora, iba y venía desde dicho lugar, podía llamar por teléfono, tomaba colectivo, tiene inteligencia limitada pero no es enajenada ni padece trastorno, no tiene enfermedad mental, su estado no le obsta a determinarse sexualmente. También refiere que como elemento del tipo, el hechor debe abusar de su anomalía o perturbación, lo que no se da en la causa. Se pregunta la defensa, cómo su representado podía saber dónde estaba la cama, si no vivía allí. Además expone que pudo haber contacto sexual, pero consentido. Según la defensa la perito psicóloga Carolina Vera López, este nuevo juicio dice algo totalmente distinto al referirse a anormalidad o anomalía, a déficit intelectual menor, como lo detalla, y cuestiona las pautas empleadas para su pericia, aludiendo que son obsoletas.

En cuanto al acusado, es necesario consignar que se encuentra en libertad, y en el juicio oral hizo uso de su derecho a guardar silencio.

CUARTO: Que a fin de tener por acreditada la existencia del hecho en virtud del cual el Ministerio Público formuló cargos en contra del acusado, este Tribunal ha considerado las siguientes pruebas:

Declaración de **M.C.P.N.**, quien manifiesta que no recuerda la fecha de nacimiento, dice que cuando tenía 17 años vivía en la Población Ríos Patagónicos, con su mamá y su hermano chico, su casa era grande de cuatro piezas. Agre-

ga que no sabe leer ni escribir, sólo sabe escribir su nombre y firmar. Hace presente que ahora su edad es 18 años y que tiene amigos. Refiere que cuando tenía 17 años su mamá trabajaba vendiendo milcao y Barros Lucos. Dice que ella no ha pololeado. A Juan Ruiz Benítes lo conocía porque su madre le vendía comida desde hace unos 10 años. También señala que Ruiz iba con bastón a todas partes, cruzaba la calle solo, inclusive iba a la Población Alfredo Lorca donde vive su hermana. La deponente recuerda que Ruiz iba a su casa a pedir cosas para comer y también cuando iba a pagar tales cosas. Él le preguntaba cómo le iba en la escuela especial, le respondía que bien. En cuanto a lo sucedido, señala que cuando estaba en su casa, Juan Ruiz quiso abusar de ella, pues se había quedado sola ese día en la mañana, recuerda que aquél pasó como a las 10 a 11 horas, ella dormía, se levantó al sentir la voz de él, su mamá le dijo que Juan Ruiz se iba a quedar allí, le preguntó para qué, pero se quedó. Él empezó a hacer el almuerzo en la casa de ella, en la cocina él puso música quería bailar, ella no aceptó diciéndole no quiera nada con él, pero la agarró cerca del refrigerador, no la soltaba de la cintura, le decía suélteme. Luego ella va al baño, dice que éste se fue detrás de ella. Posteriormente ella fue a ver dónde estaba él, lo encontró en una pieza en que habían cachureos, estaba sentado en la cama, le preguntó qué hace, él responde quiero estar contigo, ella quedó helada, él se estaba sacando toda la ropa, le preguntó por qué lo hacía. Recuerda que ella andaba con calzas y chalas se sentó en la cama, él le empezó a sacar la ropa, la subió arriba de la cama, después se subió encima de ella que estaba sin ropa. Ella se quería parar y no podía, estaba asustada porque podían tocar la puerta o sonar el teléfono, estaba con miedo y no se pudo parar hasta que él le hizo todo, le chupó la vagina, todo eso en una hora, con su pene le hizo doler en la vagina porque estaba encima de ella, luego ella se va a hablar por teléfono con su madrina, eran como las 12, también llamo a su mamá, éstas fueron luego a la casa. Él se quedó solo adentro, su madrina le preguntó, le respondió que don Juan quiso abusar de ella, al rato llega su madre, la retaron, al médico le dijo que le había chupado la vagina y su madre se enteró en el hospital, se quería morir. Dice que ese día 18 don Juan había ido a pagar la

plata que debía. Hace presente que iba al psicólogo, no sabe cómo se llama, trabajó en Cofrima chico hasta que cerró, ella se moviliza en colectivo. Agrega que conoció a don Juan cuando tenía 13 años e iba al colegio Umpade donde le enseñaban sólo cosas de madera, después fue a la escuela especial en Playa Norte. Recuerda que don Juan es ciego de los dos ojos, a éste lo acompañaba a veces a cobrar la pensión al centro. Precisa que no se quería quedar con éste en la pieza, él le dijo que se quedara ahí y que se sentara en la cama, ella lo quería llevar para adentro, le dijo súbase la ropa, él le sacó la ropa, ella no se quería sacar la ropa, no le pegó ni la amenazó. Aclara que sentía miedo que alguien tocara la puerta, dice que ella no quería que don Juan le hiciera eso.

Testimonio de **Marianela del Tránsito Navarro Saldivia**, quien señala que M.P. es su hija, y detalla las habitaciones que tiene su casa, precisa que la pieza donde sucedieron los hechos está a unos cuatro pasos, y del comedor al baño unos cinco a seis pasos, el pasillo es angosto y se notan las puertas al pasar, luego está la cocina, comedor y otro dormitorio. Agrega que se dedicaba a vender milcao, chacareros y Barros Lucos por 5 años más o menos, después encontró trabajo estable. Respecto de su hija dice que es tranquila, salía poco, excepto cuando trabajó en Cofrima, ahora está en la casa, no sabe leer ni escribir, le ha enseñado a tomar colectivo, la dirección, primero asistió a la escuela especial, después a Umpade que son amigos deficientes mentales. Precisa que M. hace dos años que no va al colegio, no aprendió a leer, sólo hacía trabajos en madera y la retiró. Hace presente que su hija tiene un problema mental, por la meningitis que la afectó cuando tenía tres meses, después se enfermó de epilepsia hasta hoy, también es tartamuda. Ella no aprende por la meningitis, tiene deficiencia, saca una pensión asistencial desde hace unos 8 años, por el retraso. Además expresa que ella y su hija M. conocen a Juan Ruiz Benítes porque le vendía milcao, Barros Luco y chacareros, cada dos o tres días, éste siempre llegó a su casa solo, cruzaba la calle. Dice que Ruiz menciona que ve luz y sobra, él se maneja solo, sabe el movimiento de la casa de ella, vive solo, en su casa allí hace pan, cocina, lava y hace todo. Expresa que ella apreciaba a Ruiz como persona

mayor, le contaba lo que le pasaba, que la pega estaba mala, éste sabía los problemas de M., estaba enterado que iba a Umpade. Recuerda que Ruiz le pagaba lo que le debía los 18 de cada mes, alude que eran unos cuarenta mil pesos o un poco más, cuando iba lo hacía pasar, le daba comida y café, como ella freía, él la esperaba, le pasaba el milcao y se iba. Él se movía dentro de la casa de ella, iba al baño solo sin compañía, usaba su bastón o agarraba las paredes. En cuanto a la pieza del suceso, dice que es fácil llegar a ella, la cama está a dos o tres pasos sin obstáculos. Expone que ella salió de casa, él quedó tomando café y deben haber sido las 12 cuando sonó el celular, su hija le dice que Juan se pasó con ella. Recuerda que cuando llegó a la casa Ruiz seguía sentado al lado de la mesa, ella le dijo váyase, estaba nervioso. Por otro lado expone que M. le dijo que la había pescado en la cocina, ella se había ido al baño, él se va detrás y entra a la pieza, en la pieza le saca la ropa, le besó hasta la vagina, su hija tenía los cuadros mojados, ella ordenó que fueran al hospital, aclara que a ella su hija no le había dicho que le besó la vagina, pero sí al médico en el hospital, ahí se enteró, el médico le dijo que tenía los labios rojizos. Alude la deponente a que M. primero llamó a su madrina y le contó lo sucedido. Además manifiesta que su hija hace dos meses atrás anduvo con un joven. También asevera que su hija en principio no le contó por miedo a que hiciera una locura, como pegarle a Ruiz o que le hiciera algo a ella.

Expresiones de **Juan Carlos Levin Jercic**, psicólogo quien señala que trabaja en la unidad de Víctimas y testigos del Ministerio Público. Recuerda que conoció a M.P. en noviembre de 2003, ya que un Fiscal derivó los antecedentes a dicha unidad, para apreciar hasta qué grado requería atención. La entrevistó, oportunidad en que narró lo sucedido, alude el deponente que en delitos sexuales el Fiscal prefiere un psicólogo en la entrevista, para evitar que sean victimizados los menores. Precisa que la menor refirió que los hechos habían ocurrido días atrás, el 18, ya que la entrevistó el 21 y 25 de noviembre de 2003, ella refirió que estaba en su domicilio donde un señor conocido de la familia había mantenido relaciones sexuales sin su consentimiento. Ese señor frecuentaba su casa, ese día en la mañana, llegó como a las 10 horas, la madre le abre la

puerta, ésta había tenido que salir y le dice a su hija que ese señor se iba a quedar acompañándola. Como a las doce y media ese señor le dice a M. que la acompañe a una pieza, la toma del brazo y la tiende en la cama, le saca la ropa y él se desviste, y mantiene relaciones sexuales con ella, habló de penetración o de pene en sus genitales, en la vagina, dijo que le chupó la vagina. Dice el deponente que fue un relato no inducido, pues sabía que se le preguntaba sobre hechos, no se utilizaron preguntas inductivas, no se le propusieron respuestas. Hace presente que le llamó la atención el estilo de comunicación muy simple y básico a pesar de su edad, analfabeta, con deserción escolar temprana, el lenguaje bastante pobre en relación a su edad, usaba palabras de una niña, y ella tenía 17 años. Alude a que un deficiente mental puede dar un relato fluido, pero en cuanto a funciones debilitadas de la menor, dice que no la evaluó, pero se enteró de un peritaje que arrojó resultados positivos, no sabe cuál, se consideran como diez funciones que se aprecian con debilitamiento. Ella sabe que iba a la Fiscalía a dar su versión de los hechos, hablaba en forma infantilizada, pues cuando llega su madre le dice “no sé lo que vas a hacer tú porque todo está hecho”. En otra oportunidad M. le cuenta que había llamado por teléfono celular, pues la siguieron atendiendo, de manera que meses después se entera de esas dos llamadas telefónicas, alude a que no recuerda que ella haya hablado de eso en la entrevista original. Ella dijo que él la obligó a ir a la pieza y le sacó la ropa, pero no hubo mayor referencia a desplazamiento.

Dichos de **Gabriel Álvarez Latorre**, ginecólogo, quien señala que estaba de turno cuando examinó a M.P. de 17 años, por un problema de abuso sexual, ésta refirió que un no vidente de unos 60 años la desviste y le practica sexo oral e intento de penetración sin conseguirlo. Al examen corporal no habían grandes lesiones, era llamativo que el calzón estuviera impregnado con líquido de aspecto seminal, lo retiró como pieza para medio de prueba, la vulva estaba húmeda más de lo habitual, al igual que el vello pubiano. En cuanto a lesiones, había como una erosión en la horquilla inferior, antes de la entrada a la vagina, estaba más enrojecida. No había signos de desfloración. Tomó muestra para búsqueda de espermios. Conclusión o diagnóstico, erosión en

horquilla inferior, la única lesión encontrada. Precisa que hizo el examen el mismo día de los hechos. Aclara que al referirse al sexo oral, es su lenguaje y no el de la paciente, pues ella le expresó que la había chupado. Dice que un ciego puede acceder a una persona si conoce el lugar y a la persona, si su contextura puede dominar la situación, pues al tener ceguera, desarrolla otros sentidos, alude al dicho de que lo que no se ve, se toca. Expresa que se percató que la paciente presentaba leve déficit intelectual al conversar con ella y por actitud, sin ser especialista en la materia, ya que no es psicólogo ni psiquiatra. Reitera que para determinar el déficit debe intervenir un especialista. Dice que de existir fuerza en una víctima y forcejeo se afecta las muñecas, cuello u otras partes. Precisa que en relación sexual forzada por regla general no existe vagina húmeda, y en las consentidas sí porque la vagina se lubrica. Aclara que en sexo oral, con la saliva también se humedece la vagina. Hace presente que por el olor se trataba de líquido seminal y en combinación con líquido o fluido vaginal, es predominante el semen. Alude a que la saliva se puede secar en 15 minutos y el semen en unos tres cuartos de horas, preguntado por la hora del examen 16:50 hora; habían transcurrido 4 horas y 20 minutos, dice el olor persiste, pero no tiene claridad en cuanto al tiempo para secarse el semen, ya que depende del ambiente, calor corporal, y puede estar equivocado en cuanto al tiempo en que seca el semen.

Declaración de **Carolina Vera López**, perito psicóloga, quien expresa que realizó la evaluación psicológica de M.C.P.N., de 17 años, en tres sesiones que detalla. Efectuó una prueba de inteligencia o test de Wesler y empleó las pautas de evolución psicológica pericial de la clínica Comunitaria de Boston. Ambas evaluaciones arrojaron resultados, la conclusión es que M. habría sido abusada sexualmente, de tipo único, y extra familiar, ella es capaz de identificar al agresor como don Juan, conocido por ella y su familia. Es capaz de contextualizar el lugar de los hechos y la fecha, pero no especifica mes, presenta sintomatología ansiosa por hechos, es indicador de vivir la experiencia como esa. Se sugirió tratamiento. Al relato M. impresiona veraz. La perito dice que atendió a la madre, estaba molesta por el trámite, después dejaba a su hija en las últi-

mas sesiones y se retiraba. Le correspondió evaluar el nivel intelectual de M. y la veracidad del relato, su coeficiente intelectual está en rango de retardo mental moderado, pues está bajo la norma en 35 puntos más o menos. Presenta déficit en función intelectual bajo el promedio, la mayoría de las capacidades muy disminuidas, asimilación, razonamiento, abstracción, pensamiento concreto muy básico y sencillo, dificultades con el lenguaje, no sabe leer y escribir muy poco, baja capacidad de juicio al tomar decisiones frente a determinadas situaciones, baja capacidad de anticipación. Expone que en cuanto a la veracidad del relato, ella trabaja con las pautas de evaluación del test de Wesler utilizado en la Clínica de Boston, también que son empleadas a nivel nacional y latinoamericano, según detalla. Alude a que el coeficiente intelectual bajo 70 puntos, importa retardo mental, en ella es de 45 puntos, todas las capacidades bajas, que es posible mejorar, puede llegar a ser más eficiente y aumentar su C. I. Sostiene que M. tiene cronológicamente 17 años, pero su edad mental es de 9 años, la preparación que se le dio en el colegio es básica, eso tiene que ver con la madurez mental, lo cognitivo está afectado. La función cognitiva y capacidad mental debe entenderse en comportamiento, asimilar lo que viene, anticiparse y las respuestas de defensa, positivas o negativas. Aquí ocurre lo contrario, más básico, concreto no abstracto con lo complejo, en términos de si hago esto, me pasa esto o lo otro, eso no está, se corre riesgo es más vulnerable que la hagan lesa o engañen, podría aprender a empacar, pegar sellos pero no cosas más complejas. Dice que estas personas son más ingenuas, más básicas, es como engañar a un niño. M. la impresionó sumisa y ello es característica del retardo mental. En ella había casi nulo conocimiento en lo sexual, sabe lo que es vagina y pene, pero no es capaz de señalar sus funciones reproductivas, más allá de decir que con ellos se hace pipí. Expone la perito que retardo mental moderado según la psiquiatría está en trastorno mental, al inicio de la infancia o adolescencia, es una anormalidad. Dice que M. relata que ese día se quedó sola con ese hombre y la quiso violar, "mi mamá salió, yo preparé la comida". Agrega que él la pescó la llevó a la pieza le sacó la ropa. Él se había ofrecido para ayudar en la cocina, allí le pidió que bailaran, ella

dijo que no, le decía que quería hacer algo con ella, "vamos a la pieza", ella pensaba qué quiere, le saca la ropa, luego él se quita la suya, estando desnudos, él se tira encima de ella, luego le pone el pene en la vagina, ella se salió, pero él pone su boca en la vagina. Al preguntarle la fecha a M. responde que parece que fue el 18, no recuerda bien la perito, pero fue en la casa de ella, en la pieza en que no dormía nadie, el agresor lo identifica como don Juan, cliente de su mamá que iba todos los días a casa. M. le dijo que él no la amenazó. Expresa la perito que el relato tiene estructura lógica, más o menos desorganizado, pero se acuerda de una cosa y cuenta otra, lo enriquece, porque es parte de lo que recuerda, le da vida, aparecen detalles de ropa, horario, teléfono, comida, cantidad de plata y otras superfluas, dónde estaba en la cocina, es capaz de decir no me acuerdo, lo que es un indicador. No es capaz de manipular las pautas, no tendría motivación. Los efectos de los hechos, la hacen sentir más tonta, así se califica ella, que dejó que pasara esto. En evaluación posterior a que la madre la reprendiera, antes no fue capaz de anticipar lo que le ocurriría, era de riesgo. Dice que sus técnicas de test en absoluto están obsoletas. Expone que retardo mental es trastorno mental, aludiendo a que se ha revisado a nivel de psiquiatría internacional el concepto enfermedad mental que estaba referido más a salud física, se habla de trastorno mental. Expone que no cambió su opinión respecto al juicio anterior, sino que profundizó más el tema en este caso, no habló de retardo mental como trastorno mental para no etiquetarla, habló de una condición, es una anomalía por coeficiente intelectual fuera de rango. Alude a que la madre de M. no puede creer que no se haya podido defender, pero no dice que no le crea. Por otro lado, expone que con educación, preparación en determinadas áreas, sobre relación de pareja, cosas básicas, reproducción, relaciones afectivas, relaciones sexuales, ella podría pololear e incluso llegar a casarse, si es supervisada, tal vez no con una vida normal como nosotros. Según los indicadores que vio, ella fue abusada.

Dichos de **Guy Neckelmann Muñoz**, perito químico del Servicio Médico Legal, quien manifiesta que recibió una prenda de vestir, un calzón, con una mancha en la zona de entrepiernas, de color blanco, frecuentemente son sospechas de

ser semen, la muestra que tomó, dio resultado positivo para semen. La prenda iba rotulada con nombre M.C.P.N.. Agrega detalles acerca de la pericia que practicó, para llegar a ese resultado, y dice que el trozo de tela con la mancha se envió a ADN junto con su informe.

Declaración de **Eugenia Aguirre Morales**, bioquímico, quien detalla las muestras recibidas en la unidad de genética forense del Servicio Médico Legal, un tubo con contenido vaginal, una tórula con contenido vaginal y un trozo de tela calzón, y dos tubos con sangre, uno de la víctima y otro del imputado, a fin de realizar pericia de ADN y establecer el perfil genético en las evidencias materiales y efectuar las comparaciones con las muestras de sangre. Explica la perito la forma de extraer el ADN de las muestras. En cuanto a las conclusiones: el trozo de tela de calzón presenta perfil genético femenino que coincide en forma idéntica con el perfil genético de la víctima con un 99,999999999999% de probabilidad que evidencia proceda de igual fuente biológica esto es, la víctima. En esta evidencia de calzón no se encontró otro perfil genético, por lo que no es posible efectuar comparación con ningún otro perfil genético. En el contenido vaginal no se obtuvo amplificación de ADN, y detalla las causas de deficiencia de muestra, como no tener espermatozoide o alguna célula de origen masculino, o estando el ADN sea insuficiente, o degradada, y en este tipo de evidencia generalmente existen dos fuentes, la víctima y el imputado u otra fuente biológica, si la fuente femenina está muy superior a la fuente masculina, la técnica PCR tiende a privilegiar ampliación del mayor contenido, inhibe el masculino que está presente.

Dichos de **Rodolfo Puelma Madsen**, perito oftalmólogo, quien señala que examinó al paciente que ya conocía desde fines del año 1990, confirmó cosas que vio 15 años atrás, pero con mayor gravedad. Agrega que ahora el paciente perdió totalmente la visión en ambos ojos por glaucoma. Detalla cómo practicó su pericia, precisa los exámenes realizados para llegar a su conclusión. Dice que el paciente tiene visión cero, esto es, no tiene visión. Recuerda el deponente que en el año 1990 tenía visión de bultos. Expresa además que la falta de visión lo limita prácticamente, lo incapacita laboralmente, es una persona depen-

diente de terceros, tiene que restringirse, puede movilizarse con cuidado y sin andar tropezando.

Documental consistente en: certificado de nacimiento de M.C.P.N., del que consta que nació el 21 de mayo de 1986, y figuran como sus padres Carlos Puchi Ascencio y Marianela del Tránsito Navarro Saldivia.

QUINTO: Que, en atención al particular tipo penal que nos ocupa y que ha sido materia del presente juicio, el tribunal concuerda con los argumentos del órgano persecutor penal en cuanto a que es difícil obtener prueba directa, como ocurre en otros hechos, pero con lo que no se concuerda es que por esa dificultad, que es tanto de hecho como de derecho, se pretenda establecer la verdad o probar aseveraciones que se hacen en la acusación, con prueba débil o bien inconducente a demostrar la misma.

SEXTO: Que, como correlato de lo anterior, estos sentenciadores sostienen que la fiscal invocó hechos en su imputación que no se han dado por probados en el momento procesal que corresponde, esto es, en el juicio. Así sostuvo que existió un abuso, empleando el término fuerza, y que existía una anomalía en la víctima de aquellas que el legislador establece en el artículo 363 N° 1 del Código Penal, de lo que el hecho se prevaleció para cometer su ilícito. En la etapa procesal mencionada que, por cierto, es en la cual se debe rendir la prueba ofrecida, ni una sola de ellas fue suficiente para poder acreditar y convencer más allá de toda duda razonable exigible, que los hechos se hubieran conducido de la manera indicada en el libelo acusatorio.

SÉPTIMO: Que, palmario resulta lo aseverado por estos jueces de mayoría, en el acápite anterior, al examinar las declaraciones prestadas por la perito psicóloga en juicio, quien no supo dar respuestas coherentes al momento de ser interrogada por la defensa, desvirtuando o debilitando de manera gravitante lo expresado en el interrogatorio que efectuó la parte que la presentó. Así por ejemplo, no supo contestar por qué emitía en audiencia una opinión o juicio respecto al nivel del coeficiente intelectual de la víctima (C.I.), clasificándolo numeralmente de acuerdo a la escala que esa especialidad ocupa para tales efectos, cuando en su informe nada de ello existía, limitándose a señalar que se le olvidó expre-

sarlo; igual situación aconteció respecto a la presunta fiscalización de su pericia por un supervisor de la institución en la que prestaba servicios, como también, respecto a lo informado en cuanto a los rangos que M. presentaba en los aspectos verbales y manuales, cuál de ellos correspondía a leve y cuál a moderado, notándose visiblemente confundida respecto de lo que declaraba y lo que contenía su informe y conclusiones en escrito. Se agrega también el hecho de que sostuvo regirse por una determinada forma de procedimiento, específicamente el procedimiento de "Pauta de Evaluación Psicológica Pericial de la Clínica Comunitaria de Boston" y que, preguntada acerca de si se ciñó a las normas de aquella pericia, sostuvo que sí, no obstante no hacerse presente que en el peritaje que se contara con la presencia de un supervisor, como lo indican las pautas que se mencionan como procedimiento de examinación; igual situación se produjo respecto del hecho de haber o no grabado las entrevistas a la examinada, como lo determinan las pautas que la propia perito señaló aplicar, sin que haya cumplido con esa exigencia normativa, existente en ese patrón o procedimiento a seguir en una entrevista psicológica de esas características. Tampoco supo dar respuesta acerca de las pautas de evaluación que utiliza el SENAME en este tipo de delitos, siendo que sólo dejó de prestar servicios para esa institución en el mes de agosto de 2004, señalando no conocer el manual que la defensa indica utiliza aquella institución, denominado "Estudio de Peritaje Psicológico en Abuso Infantil". Es más, la perito indica no conocer dicha pauta de evaluación. Naturalmente todas esas inconsistencias la han desacreditado en sus testimonios ante estos jueces, sin que pudiera revertir dicha apreciación.

OCTAVO: Que, además de eso, constan las declaraciones de la propia víctima, quien al expresar su relato, se le observa coherente y capaz de precisar y discriminar qué preguntas contesta o no, como también que se advierte fluida en sus respuestas. Es más se le aprecia con capacidad de decisión y voluntad suficiente para saber, en concreto, lo que está sucediendo en dicha audiencia. Con relación a su relato, impresiona lúcida y con buena capacidad para recordar lo sucedido. En cuanto a los hechos propiamente tales, la deponente no logra convencer que no hubiera tenido la capacidad

suficiente para anticiparse al desarrollo que ellos estaban presentado. Así queda de manifiesto cuando utiliza expresiones como “qué onda”, cuando supuestamente el imputado, estando desnudo, le solicita querer estar con ella. Más aún, de los dichos de la madre de M., se desprende que siempre se le enseñó a ésta, aparte de las cosas cotidianas de la vida, quién, en lo referente al aspecto sexual, la puede o no tocar y qué se puede y debe hacer, Agregando que todo lo que se le enseñaba lo aprendía inmediatamente. Pues bien, sobre la base de lo relatado recién, no queda más que señalar que M., teniendo conocimiento de la situación que se estaba produciendo, no le quedaba otro camino que rechazar la propuesta que se le hacía por el imputado. Pero los hechos y la prueba rendida, por el contrario, tienden a demostrar que pudo haber un consentimiento por su parte para que se realizaran los actos de significación sexual que se le imputan a Juan Francisco Ruiz Benítez. En efecto, de sus propios dichos se desprende lo aseverado, cuando sostiene que el imputado estaba desnudo en la cama, sentado y le solicita querer estar con ella, a lo que suma el hecho que ella se encontraba fuera de esa habitación y que al contrario de lo esperable, le pregunta al acusado qué quería y además, le señala que se vistiera, para lo cual ella ingresa a la habitación y se sienta su lado, momento instantáneo en el que ella misma sostiene que el acusado le comienza a sacar la ropa.

Lo anterior, no es sino indiciario de la aceptación, a lo menos tácita, a realizar actos de connotación sexual por parte de la adolescente con el imputado. A mayor abundamiento, cuando se le pregunta qué sentía cuando estaban desarrollándose los acontecimientos, sostiene que era miedo a que alguien llegara, y, por último, manifestó que estuvieron cerca de una hora en esa situación y que pensaba que se hubiera requerido de una hora más para que la violaran.

NOVENO: Que, sumado a lo anterior y, además, sobre la base de los dichos de la propia denunciante, se llega a la decisión de absolución, por cuanto, teniendo presente que su anomalía no es la exigible por la norma, según se demostró por la prueba presentada por el Fiscal, y en ningún caso grave, y menos que ella constituya una enajenación mental, en convicción de estos sentenciadores, escapa a las normas de

las máximas de experiencia que una persona, que está siendo objeto de un delito de abuso sexual o de una eventual violación, lo único que quiera es que no llegue nadie o que, para que fuera objeto de violación se requiriera de una mayor cantidad de tiempo, específicamente de una hora más, como lo expresa la presunta víctima.

Se podrá pensar que las máximas de experiencia no tendrían aplicación en estos hechos por tratarse de una persona, como lo sostiene el ente acusador, con una perturbación mental de importancia. Si así lo fuera no hubiera comprendido en forma inmediata, como ocurrió en la audiencia, el concepto de violación y la diferencia entre ésta y un abuso sexual, como se desprende de sus dichos al dar respuesta a las consultas que le efectuó la defensa; a lo menos se hubiera esperado que preguntara qué es una violación, si realmente no tuviere conocimientos en el ámbito sexual, como insistió la Fiscal.

Por otra parte, el investigador, para demostrar que la anomalía mental que M.C., presenta está dentro de aquellas que considera el legislador en el artículo 363 N° 1 del Código Penal, la perito presentada con ese fin, señala que la joven es básica desde el punto de vista intelectual y no tiene capacidad de anticipación. Otra vez se desvirtúan esas aseveraciones sobre la base de los siguientes argumentos: primero, porque en juicio se observó que esa capacidad sí está presente en ella del momento que fue categórica en no querer dar respuesta a la pregunta comprometedor, por cierto, que le planteó el defensor, la que dijo relación con el hecho de si ella quería que don Juan le sacara la ropa o no y, segundo, cuando ella dice que no le contó toda la verdad a la madre porque le dio miedo y, luego preguntada la madre de la razón que habría tenido su hija para que no le dijera todo lo que ocurrió, señaló aquella, que posteriormente M. le indicó que el motivo era porque le dio miedo a la reacción que pudiera haber tenido. Es decir, y sobre todo por lo último señalado, la muchacha sí se anticipa a los acontecimientos y es capaz de discernir las consecuencias negativas o positivas de las acciones, tanto de terceros como las de ella misma.

DÉCIMO: Que, además de lo considerado anteriormente, se debe también hacer presente que la Fiscalía tampoco logró acreditar que en

los hechos concurren todos y cada uno de los elementos del tipo. En efecto, el tipo penal que se imputa requiere de dos elementos objetivos. Estos son que exista al tiempo de comisión del hecho una anomalía o perturbación mental, aún transitoria, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno, debiendo en todo caso **abusarse** de ella, es decir, no basta la sola existencia de la anomalía, si no que además, el hecho se debe prevaler de ella para cometer el delito, circunstancia ésta que se encuentra ausente en la dinámica de los hechos en cuestión.

DÉCIMOPRIMERO: Que, de acuerdo a lo anterior, el Ministerio Público sostuvo en su acusación que "...la tomó por la fuerza dándole un beso, cogiéndola y arrojándola sobre la cama, luego le sacó el buzo deportivo y calzones que vestía..., desnudándose también el acusado...". Con ninguna de las pruebas rendidas en juicio se acreditó que los hechos ocurrieran de la manera que se relatan en la acusación. No existió prueba para demostrar la fuerza que se le habría aplicado a M., que podría haber sido una de las formas de significación de abuso. Es más, de la declaración del médico ginecólogo Gabriel Álvarez Latorre, se logra desprender que ella no presentó evidencias de haber sido objeto material de fuerza en el día de los hechos, ya que dicho perito fue quien la atendió con el objeto de constatar las lesiones que presentaba la menor. Además, con las propias declaraciones de la presunta víctima, se desvirtúan los hechos descritos en la acusación, pues ella sostiene que el acusado estaba sentado en la cama y ella fue quien se acercó a él y se sentó a su lado, nunca reconoció que él la hubiera tomado por la fuerza, que la hubiera besado contra su voluntad y menos que la haya arrojado sobre la cama. Lo único que se probó, medianamente, es que él le sacó la ropa a M. y, frente a este punto, por los principios de la lógica y las máximas de experiencia, se colige que dicha acción bien pudo haber sido consentida, ya que no se le rasgaron sus vestidos con el objeto de desnudarla, considerando además, que se trata de un acusado que presenta la condición de ser no vidente, como lo acreditó el perito oftalmólogo Rodolfo Puel-

ma Madsen, lo que dificultaría aún más la posibilidad de desnudar con facilidad y sin torpeza a un tercero, como se encargó de afirmarlo el mencionado profesional, presentado por la defensa.

DÉCIMOSEGUNDO: Que, en cuanto a la anomalía que presenta la presunta víctima, no se desconoce que efectivamente ella se encuentra disminuida frente a lo que la sociedad, de acuerdo a parámetros preestablecidos, ha denominado como estado mental normal. Pero en lo que se discrepa es que esa anomalía sea la suficiente y, además, la que el legislador ha tenido en cuenta al estatuir la norma en cuestión, para que se configure el ilícito. Ciertamente esa anomalía, si bien en la hipótesis delictual que se está analizando, no debe ser grave, por otro lado, tampoco puede ser de carácter leve o algo más que leve. Entonces, para determinar si ella se encuentra dentro de aquellas que se consideraron por el legislador al momento de dictar la norma, se debe observar si esa persona, que presenta la anomalía o trastorno mental, aun transitorio, es capaz o no de autodeterminarse y así lo ha dicho la doctrina. Efectivamente Francisco Muñoz Conde¹, explica que por "trastorno mental" habrá que entenderla como una enfermedad mental, en sentido amplio, pero siempre se debe tener en cuenta, dice, que ese trastorno mental afecte la capacidad de autodeterminación en el ámbito sexual con conocimiento del significado de los actos de ese tipo. Posteriormente Muñoz Conde continúa diciendo que al juzgador se le plantearán algunos casos límites, los que se deberán resolver con criterios más de corte sociológicos que psicológicos o psiquiátricos y que en ningún caso debe ser suficiente un test de inteligencia, sino que debe valorarse el comportamiento del sujeto pasivo en el contexto y en relación con la conexión que se tenga con el ofendido.

A lo anterior, el mismo autor citado agrega que, para evitar una interpretación muy objetivista, se exige, además, que el sujeto activo **abuse** del trastorno mental, es decir, explica el jurista aludido, que se aproveche de la incapacidad del sujeto pasivo para entenderse el alcance del acto sexual o para autodeterminarse y se consiga precisamente el contacto sexual por esa incapacidad².

¹ Derecho Penal, Parte Especial, Decimotercera edición, Pág. 213, 214 y 215.

² Igual parecer sostiene el profesor Mario Garrido Montt, Obra Derecho penal, Tomo III, Parte Especial, Pág. 385 y 386.

A mayor abundamiento, el mencionado jurista cita, en la misma obra aludida al pie, a ORTS, para quien el abuso de que se trata importa dos elementos, el conocimiento de estado psíquico del sujeto pasivo y el aprovechamiento de tal estado para dirigir al trastornado mentalmente de acuerdo a los intereses del sujeto activo, culminando su planteamiento, señalando que ese abuso exige, por tanto, una actitud eminentemente dolosa que se debe probada y no simplemente presumida.

DÉCIMOTERCERO: Que, de acuerdo a lo expuesto en los considerandos anteriores y como corolario de ello, se ha demostrado, suficientemente, más allá de toda duda razonable que, M.C.P.N. sí tiene la capacidad mental suficiente para autodeterminarse en el ámbito sexual, poseyendo además, las herramientas y los mínimos elementos de información necesarios, como para repeler o rechazar una agresión sexual, como también, con esos mismos elementos de información y herramientas que posee, podrá aceptar o consentir, sea en forma tácita o expresa, que se realicen con su persona o participe con terceros en actos de connotación sexual.

DÉCIMOCUARTO: Que en nada altera lo que se resolverá, el resto de la prueba presentada por la fiscalía, por cuanto las pericias químicas y bioquímicas, no refutan ni sostienen la acusación. Ciertamente, dado que no se está frente a un delito puramente objetivo que requiera de la sola presencia de fluidos masculinos, en la especie, semen o líquido seminal, como sólo lo acreditó el peritaje químico y no así el bioquímico, para que se configure el ilícito. En efecto, ya se señaló en los motivos anteriores que se trata de un tipo penal que requiere de a lo menos **dos elementos objetivos, que exista la anomalía**, frente a lo cual ya se estableció que debe ser algo superior a leve o algo más que leve para que se configure el hecho y **que exista un abuso de esa anomalía**, lo que tampoco existió en los hechos que se le imputan al acusado, como se ha fundado en los considerandos precedentes. Ahora bien, para que además, se configure el delito, se deben haber realizado actos de significación sexual, que la defensa no ha desconocido. Por lo anterior y de acuerdo a las reglas de la lógica, efectivo es que existan rastros de fluidos, los que analizados

químicamente se determinaron como correspondientes al genotipo masculino. Así lo sostuvo el perito químico don Guy Neckelmann Muñoz, al resultar positivo el examen de fosfatasa ácida que se practicó, mecanismo que se utiliza para advertir la presencia de fluidos humanos, descartando la posibilidad que procedan de animales, concluyéndose, además, que existe la presencia de semen, sin señalar que esos fluidos pertenecieran al imputado, como tampoco que ellos contuvieran espermios.

DÉCIMOQUINTO: Que, no obstante la presencia de esos fluidos masculinos, tampoco se pudo demostrar en juicio que ellos pertenecieran al imputado, es más, la perito bioquímico, presentada por la Fiscal, señaló expresamente que del análisis efectuado a las muestras que se le hicieron llegar, de entre ellas sangre del imputado y restos del calzón que la víctima vestía el día de los hechos, no se pudo observar que los fluidos presentes en los restos de la prenda que fue objeto de la pericia, pertenecieran al imputado; en cambio, se acreditó en un 99,912% que ellos sí correspondían a la presunta víctima, es decir a M.C.P.N.

DÉCIMOSEXTO: Que la prueba antes relacionada, apreciada de conformidad 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, es absolutamente insuficiente para acreditar la existencia del delito de abuso sexual por el que se han formulado cargos en contra del acusado Juan Francisco Ruiz Benítez, por lo que mal se puede concluir que a éste le haya correspondido participación culpable y de autor en el mismo.

Que así las cosas, mal se pudo haber acreditado la existencia del delito en comento y al Tribunal le asiste una duda razonable sobre el particular, por lo que en virtud de lo dispuesto en el artículo 340 del Código Procesal Penal le está vedado dictar sentencia condenatoria en contra del imputado, pues dicha norma dispone que nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

DÉCIMOSÉPTIMO: Que acorde a las consideraciones precedentes, se accederá a la solicitud de la defensa de absolver al acusado, de la acusación formulada en su contra por el Ministerio Público.

DÉCIMO OCTAVO: No altera lo antes concluido, la documental extracto de filiación y antecedentes del acusado, incorporado por el Ministerio Público, por estar referido a otro tópico ajeno a la existencia del delito y participación punible.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 1, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 363 N° 1 y 366 N° 2 del Código Penal; y artículos 1, 3, 45, 46, 47, 296, 297, 314, 325 y siguientes, 339 al 346, 347, 348 y 468 del Código Procesal Penal, **SE DECLARA:**

I.- Que **SE ABSUELVE** a **JUAN FRANCISCO RUIZ BENÍTES**, ya individualizado, de la acusación de ser autor del delito de abuso sexual en la persona de la menor M.C.P.N., previsto y sancionado en el artículo 366 N° 2, en relación con el artículo 363 N° 1 ambos del Código Penal.

II.- Que acorde a lo antes resuelto, déjase sin efecto la medida cautelar de la letra g) del artículo 155 del Código Procesal Penal, ofíciase a quien corresponda, ello de conformidad a lo dispuesto en el artículo 347 del Código Procesal Penal.

III.- Que se condena en costas al Ministerio Público.

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

Devuélvase la prueba documental.

Regístrese, archívese en su oportunidad.

Acordada con el voto en contra del Juez don José Octavio Flores Vásquez, quien estuvo por condenar al acusado Juan Francisco Ruiz Benites, ya individualizado, por su responsabilidad de autor en el delito de abuso sexual en la persona de la menor M.C.P.N., de 17 años de edad, a la época, previsto y sancionado en el artículo 366 N°2 del Código Penal, en relación al artículo 363 N°1 del mismo texto legal, cometido en Punta Arenas, el 18 de noviembre de 2003, a la pena de quinientos cuarenta días de reclusión menor en su grado mínimo, accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa, sin beneficios contemplados en la Ley

N°18.216 por no concurrir las exigencias pertinentes en especial por registrar condenas anteriores que en total exceden los dos años de pena corporal, como consta de su extracto de filiación y antecedentes.

Lo anterior en base a los siguientes fundamentos:

1° Que para este Juez el delito de abuso sexual por el cual el Ministerio Público dedujo acusación en contra del imputado antes individualizado, se encuentra acreditado con la prueba rendida e incorporada en el juicio oral.

En efecto, M.C.P.N., manifiesta que no recuerda la fecha de su nacimiento, no sabe leer ni escribir, dice que cuando tenía 17 años vivía en la Población Ríos Patagónicos, con su madre y hermano menor. Refiere conocer a Juan Ruiz ya que su madre le vendía desde unos 10 años, los comestibles que detalla, menciona que Ruiz iba a todas partes con su bastón, cruzaba las calles, a ella le preguntaba cómo le iba en la escuela especial. Recuerda que ese día como a las 10 a 11 de la mañana, llegó Ruiz a su casa, la mamá le dijo que éste se iba a quedar acompañándola. Señala que cuando estaban solos Ruiz le dijo que bailaran, ella no aceptó porque no quería nada con él. Posteriormente la toma de la cintura, ella se va al baño. Más tarde lo busca y encuentra sentado en la cama en la pieza de los cachureos, él le dice que quiere estar con ella, procede a sacarle la ropa, él se desviste, en la cama se sube encima de ella, le chupa la vagina, coloca el pene en la vagina y le hace doler. Alude a que cuando se pudo salir, llamó por teléfono a su madrina, también a su madre, señalando que Juan había intentado abusar de ella. Aclara que no quería que él le hiciera eso.

Sus dichos se encuentran plenamente corroborados por los siguientes elementos de juicio:

a) El testimonio de su madre Marianela del Tránsito Navarro Saldivia, quien señala que su hija no sabe leer ni escribir, estuvo en Escuela especial y en Umpade amigo de deficientes mentales, ya que tiene un problema mental, porque cuando tenía tres meses le dio meningitis. Dice que ésta saca una pensión asistencial por retardo mental. Ella y su hija conocen por años a Juan Ruiz Benítes, porque le vendía a él milcao y otras cosas que menciona, llegaba a la casa, usa-

ba bastón para movilizarse, cruzaba la calle. Este sólo ve sombras y luz. Recuerda que Ruiz Benítez fue a su casa el 18 a pagarle los comestibles que alude, como lo hacía, se quedó allí con su hija, él conocía la casa. Como a las 12 ella en su trabajo recibió un llamado telefónico en que su hija le avisa que Juan se había pasado con ella, fue a la casa y le dijo que se fuera a Ruiz, aclara que su hija no le dijo qué le había hecho, pero en el hospital se enteró por lo que le dijo al médico, que aquél le había chupado la vagina;

b) Dichos del testigo Juan Carlos Levín Jercic, quien refiere haber entrevistado a M.P.N. en la Fiscalía, pues derivada para su atención en la unidad de víctimas y testigos, la entrevistó, ésta narró lo sucedido que un señor conocido de la familia había tenido relaciones sexuales sin su consentimiento, menciona el pene en su vagina y que le chupó la vagina. Le llamó la atención al deponente el estilo de comunicación simple y básico, que era pobre para su edad, usaba palabras de un niño;

c) Dichos de Gabriel Álvarez Latorre, perito ginecólogo, quien refiere que atendió a M.P. por abuso sexual de parte de un no vidente que la desviste y le practica sexo oral, alude que ella dijo que le había chupado la vagina. Dice que observó en ella un leve déficit intelectual, al examen constató que existía erosión en la horquilla inferior de la vagina, y no estaba desflorada, también pesquisó líquido con olor a semen, precisa que la vagina estaba húmeda y tomó muestras;

d) Declaración de la perito psicóloga Carolina Vera López, de cuyas palabras se desprende que la afectada, si bien puede aprender a desempeñar algunas tareas manuales básicas, posee baja capacidad de anticipar consecuencias a determinadas acciones, su nula preparación en lo que a la parte sexual se refiere, inclusive en términos que entiende el funcionamiento del pene y la vagina, sólo como órganos para orinar, su pensamiento está acorde al de un niño de 9 años de edad, aún más ni coeficiente intelectual no supera los 45 puntos, existiendo retardo mental bajo los 70 puntos. También refiere que presenta déficit en función intelectual bajo el promedio, la mayoría de las capacidades muy disminuidas, asimilación, razonamiento, abstracción, pensamiento concreto muy básico y sencillo, dificulta-

des con el lenguaje, no sabe leer y escribe muy poco, baja capacidad de juicio al tomar decisiones frente a determinadas situaciones. Dice que al relato impresiona veraz, identifica al agresor como don Juan, ella enriquece su declaración agregando detalles, no existe motivación para manipular las pautas. Alude la perito que en siquiatria a nivel internacional se ha revisado el concepto de enfermedad mental por estar referido a salud física, de manera que un retardo mental es un trastorno mental, es una anomalía. Alude a que ella no cambió su opinión, sólo profundizó el tema, ya que no habló de retardo mental como trastorno mental, para no etiquetarla.

El testimonio de la perito psicóloga reafirma el relato de la afectada, su anomalía mental y la veracidad de sus dichos.

Lo anterior no hace más que avalar que M.P., al ocurrir los hechos padecía y padece actualmente retardo mental moderado, afección que le impedía entender o comprender cabalmente el significado de una relación sexual o tocaciones en los genitales; en todo caso los dichos de la perito psicóloga en comento no han sido desvirtuados por los testimonios de perito en la materia, para sostener que el retardo mental que padece aquella no constituya una anomalía mental.

2º Que como se puede apreciar, el testimonio de la afectada M.P., se asienta en hechos reales, ya que existe un correlato afectivo a sus palabras, como ha quedado demostrado con la declaración de la perito psicóloga, y no se evidencia que actúe con motivación hostil o ánimo de venganza, para perjudicar al hechor; y pese a su retardo mental moderado y analfabetismo, ha logrado dar razón de sus dichos, detallando el contexto en el que el hechor tuvo acceso a ella cuando estaban a solas en la casa de la misma, dejando en claro que no quería que el acusado le efectuara las tocaciones en sus genitales, fluye que si esa negativa no la pudo expresar mediante palabras o acciones corporales para repeler al agresor con golpes, rasguños, gritos u otros actos de defensa, cuando la despojó de su ropa, ello se desprende que se debe a su retardo mental o anomalía mental que le impidió anticiparse a las consecuencias y comprender el real significado de los actos de connotación sexual que le realizó el hechor en sus genitales.

En concepto de este Juez, no tiene mayor importancia, que meses después la afectada hubiera efectuado labores de empaque de mercaderías en supermercado o que hubiera salido con un joven, como ella lo alude, pues ha dicho la perito psicóloga que M.P. pudo ir aprendiendo tareas manuales, aludiendo a las que no requieran mayor complejidad, pudiendo desplazarse por las calles o comunicarse por teléfono, entre otras.

Además los dichos de los peritos químico y bioquímico, Guy Neckelmann Muñoz y Eugenia Aguirre Morales, respectivamente, en forma indirecta abonan el relato de la afectada, acerca de las tocaciones del hechor en los genitales de aquélla, pues encontraron evidencias de semen humano en el trozo de tela del calzón que vestía la ofendida al ocurrir los hechos, y de las palabras del perito ginecólogo fluye que la vagina de la afectada presentaba evidencia de actividad sexual aunque no de penetración, pesquisando también olor a semen en el calzón de la afectada. En todo caso en el juicio no se acreditó que la aludida menor tuviera alguna relación sentimental, ni menos que hubiera tenido contacto sexual alguno con una persona de sexo masculino, a la época de los hechos, a cuya intervención pudiere atribuirse las evidencias precitadas, que no fuera el hechor en comento.

3º Que las declaraciones de los testigos antes mencionados, quienes dieron razón circunstanciada de sus dichos, son concordantes entre sí, y con las demás probanzas rendidas, en especial con los testimonios de las peritos psicóloga, ginecólogo, químico y bioquímica, que han demostrado dominio de sus ciencias; y los dichos de todos ellos aparecen como veraces y creíbles, unidos a la documental, que llevan a este Tribunal a formarse la convicción de que los hechos han acaecido de la manera que se precisará en el considerando siguiente.

4º Que así las cosas, con la prueba antes relacionada y analizada, que este Juez aprecia con libertad, según lo permite el artículo 297 del Código Procesal Penal, pero sin contradecir los principios de la lógica y las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, para este Juez ha quedado acreditado, más allá de toda duda razonable que el día 18 de noviembre de 2003, cerca del medio día, en circunstancias que la madre de la menor M.C.P.N. de 17 años de edad que presenta un retardo mental mo-

derado, salió de su hogar ubicado en el pasaje Río Avilés N°01880, Población Ríos Patagónicos, Punta Arenas, quedando su mencionada hija a solas con Juan Francisco Ruiz Benites, que era amigo y vecino, este último la despojó de su ropa, luego él se desvistió, procediendo a succionarle la vagina, y a colocar el pene en la vagina sin penetrarla.

5º Que los hechos antes descritos, configuran el delito de abuso sexual, en la persona de la menor de 17 años M.C.P.N., en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 366 N°2 del Código Penal, en relación con el artículo 363 N° 1 del mismo texto legal, ya que el agente, encontrándose a solas con la menor, en conocimiento que ésta padecía un retardo mental o anomalía mental, lo que queda de manifiesto con la amistad que los unía por largos años, éste accede a la casa de ésta, como se ha dicho la despoja de su ropa o desviste, luego él se desnuda, para efectuarle tocaciones en sus genitales, le succiona con su boca la vagina y también toca dicho órgano con su pene.

6º Que el acusado incurrió en actos de significación sexual y relevancia mediante contacto corporal, a que alude el artículo 366 quater del Código Penal, ya que le efectuó las tocaciones en sus genitales, antes mencionadas.

En la doctrina, el autor don Luis Rodríguez Collao, expresa que "En suma, a pesar que en un sentido etimológico la expresión abuso sexual alude al hecho de involucrar a una persona en un contexto lúbrico cualquiera, y que tanto en el derecho histórico como en el comparado aquella locución posee también otras acepciones, en el ordenamiento jurídico chileno se refiere al hecho que una persona sea compelida a tomar parte en una actividad sexual que no sea constitutiva de los delitos de violación y estupro".

En la especie, nos encontramos frente a un hecho punible al que en doctrina se le denomina abuso sexual propio o directo.

Sobre el particular, Rodríguez Collao, refiere que el legislador en el año 1999 optó por descomponer el antiguo artículo 366 del Código Penal en cuatro figuras relativamente independientes, y es claro que bajo la denominación genérica de abuso sexual queda comprendido un conjunto de hipótesis conductuales, que dicho autor, con fines meramente expositivos divide en dos grandes grupos: abuso sexual propio o directo y abuso sexual

impropio o indirecto, distinción que obedece a que, mientras en la primera modalidad la ley contempla hipótesis que suponen un contacto directo entre el autor y la víctima, en la segunda no se requiere dicha forma de aproximación corporal.

A su vez, para el profesor don Mario Garrido Montt, “el legislador ha entendido que la determinación sexual puede ser lesionada, aparte de la ejecución no consentida de actos que importen una cópula carnal, por otras conductas de trascendencia sexual –ajenas a la violación y al estupro– que están tipificadas como figuras adicionales e independientes en los artículos 366, 366 bis y 366 ter”. Agrega el docente que “el tipo utiliza parámetros normativos que delimitan los contornos propios de la conducta, referidos al carácter sexual”. Dice que “Adicionalmente se utiliza un criterio objetivo relativo a la necesidad de que el acto afecte corporalmente a la víctima”, citando a Luis Rodríguez. Además expresa el profesor Garrido Montt que “este elemento, a su vez, puede materializarse por contacto corporal directo o mediante la afectación genital, anal o bucal de la víctima”.

Acorde a lo que se viene refiriendo, debemos consignar que se señala en la doctrina que para que estemos en presencia de una acción sexual, en cuanto conducta básica de este delito, son tres las exigencias o condiciones del Código Penal: la connotación sexual del comportamiento; la relevancia del acto ejecutado, y una aproximación corporal con la víctima, esta última exigencia, referida a que el acto haya sido realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella.

En esta causa, conformes a los razonamientos que preceden, concurren todos y cada uno de los elementos del tipo abuso sexual en comento, como ha quedado acreditado con la prueba rendida, pues la acción del hechor consistió en succionar la vagina de la afectada y tocaciones con el pene también en la vagina, actos que son de significación sexual en los términos a que alude el artículo 366 ter del Código Penal, obrar que quedó en evidencia con la declaración de la ofendida y de su madre, corroborados por el testigo que presencié su declaración, y peritos psicóloga y ginecólogo; la anomalía mental de la afec-

tada quedó demostrada, en especial con el testimonio de la perito psicóloga; el conocimiento del hechor del retardo mental moderado o anomalía mental de la víctima se acreditó con el testimonio de la menor en referencia y su madre; la edad de la afectada, al suscitarse los hechos, el 18 de noviembre de 2003, era de 17 años, como quedó acreditada con el certificado de nacimiento incorporado, del que consta que nació el 21 de mayo de 1988, todos antecedentes probatorios referidos latamente en su oportunidad.

Por otro lado, es conveniente consignar que, la jurisprudencia de nuestros Tribunales superiores, al aludir al bien jurídico protegido en el antiguo artículo 366 del Código Penal, alude a que persiste en las cuatro nuevas disposiciones incorporadas por la Ley N°19.617 de 12 de julio de 1999 que reemplazó el artículo antes mencionado, bien jurídico que corresponde a la normal y adecuada evolución de la sexualidad de los menores de edad, la libre expresión sexual de todas las personas y la protección de abusos de carácter sexual en ciertas circunstancias.

En lo que respecta al sujeto pasivo, el tipo no demanda ninguna exigencia especial, ni se requiere, como en el caso del sujeto activo, que posea aptitud física y mental para la ejecución de comportamientos sexuales.

La aptitud física y mental del hechor no se demostró en que estuviera afectada, salvo en cuanto a la pérdida de su visión, pues el perito oftalmólogo Rodolfo Puelma Madsen ha señalado que su visión es cero, pero esto no obsta a con anterioridad a los hechos, aquél conocía la casa de la víctima y se desplazaba por sus dependencias apoyado por un bastón, por lo que para él no era un lugar desconocido, pues la madre de la menor, como ésta, han aludido que aquél iba a la casa con frecuencia a comprarle comestibles, entraba a la cocina y podía ir solo al baño.

Así las cosas queda en evidencia, que en el contexto de la anomalía mental de la afectada, el acceso del hechor a ésta, pese a ser no vidente, se produce cuando la tiene a su alcance, ya que ella lo va a buscar a la habitación en que se encontraba, preguntándole qué hacía allí, como lo sostuvo categóricamente la afectada en su testimonio, lugar donde se suscitaron los hechos tantas veces mencionados, de manera que el incu-

rrir en los actos descritos precedentemente, en conocimiento del retardo mental de la menor importa abuso de tal anomalía mental en los términos previstos en el artículo 363 N°1 del Código Penal. En otras palabras, el abuso de la anomalía que exige el legislador, sólo consiste en estar en conocimiento de ella, y obrar en esas circunstancias, pues el hechor ha actuado con abuso de la misma, y no tiene otra connotación subjetiva.

Es necesario consignar la expresión anomalía que emplea el legislador, para el Diccionario de la Real Academia Española, importa “malformación, alteración biológica, congénita o adquirida”, a su vez con la voz mental, alude a “perteneiente o relativo a la mente”. Sobre el particular el autor Luis Rodríguez Collao, expresa que “...se trata aquí de una alteración de los procesos intelectuales y volitivos de la víctima, producto de un cuadro patológico. Al igual que respecto del delito de violación, más que la denominación o la naturaleza de la dolencia, lo que en verdad, además de la menor entidad de la sintomatología, es que la víctima, pese a encontrarse afectada por un cuadro de disfunción psíquica, tenga la posibilidad de expresar su voluntad en orden a la realización de un comportamiento sexual. Aunque, por cierto, sin la lucidez con que actúa el común de los seres humanos y en el contexto de una situación de influenciabilidad por parte de otras personas, que es lo que el sujeto activo, precisamente, aprovecha para materializar el abuso exigido por el tipo”.

Para este Juez no es posible sostener que el hechor no haya estado en conocimiento de la anomalía mental de la afectada, esto es, el retardo mental moderado constatado por la perito psicóloga, pues la menor y su madre tenían un contacto periódico, por varios años, existiendo relación de amistad con aquél, como ha quedado demostrado con el testimonio de madre e hija en referencia.

En cuanto a la anomalía mental de la menor, que quedó establecida con el testimonio de la perito psicóloga, que catalogó la afección como retardo mental moderado, ha de relacionarse con los dichos de la madre de la menor, quien aludió que ésta en su infancia fue afectada por meningitis.

Por otro lado, tampoco se ha demostrado que otro tipo de afección distinta a haber perdido la vista, haya obstado al acusado a incurrir en los hechos en comento.

7° Que en cuanto al elemento subjetivo del delito abuso sexual, ha de tenerse presente que fluye de los antecedentes que el acusado, actuó con ánimo o propósito lascivo o libidinoso sobre la menor ofendida, acorde a lo que se viene señalando.

Sobre el particular, para los autores Jean Pierre Matus Acuña y María Cecilia Ramírez Guzmán, la significación sexual a que alude el legislador está dada por el ánimo libidinoso. El profesor Garrido Montt manifiesta que “cuando se analizó la significación sexual de la conducta, se sostuvo –y se sostiene mayoritariamente– la exigencia de un elemento subjetivo –el ánimo lascivo o libidinoso– diverso del dolo”.

Este ánimo en referencia, ha quedado demostrado en el juicio oral con la prueba referida latamente con anterioridad, toda vez que el agente, como ha quedado en evidencia, que buscaba excitación sexual, mediante tocaciones y contacto en genitales, antes precisados, abusando de su anomalía de retardo mental de la víctima del que estaba en conocimiento, incurriendo en dichos actos lascivos o libidinosos.

8° Que en cuanto a la participación punible del acusado, en el delito que se ha configurado, le perjudican los siguientes elementos de juicio:

Testimonio de la ofendida M.C.P.N., quien pese a su anomalía mental, esto es, retardo mental moderado, al prestar declaraciones en estrados, se ha expresado en términos de ser entendida, señalando detalles de lugar, persona y tiempo, quien ha sido categórica en cuanto a que quien incurrió en la conducta que ha narrado, tantas veces mencionada, fue el acusado Juan Francisco Ruiz Benítes.

Dicho testimonio se encuentra corroborado por la madre de la afectada, Marianela del Tránsito Navarro Saldivia quien ha refrendado en forma circunstanciada lo narrado por la afectada, y cómo se enteró de lo sucedido, haciendo presente el conocimiento que Ruiz tenía de ellas, de su casa y del retardo mental de su hija, y que ésta aludió al acusado como su agresor.

También avalan los dichos de la víctima, en este sentido, las declaraciones del testigo Juan Carlos Levin Jercic que atendió a la afectada en la unidad de víctimas y testigos del Ministerio Público, la

perito psicóloga Carolina Vera López, que la evaluó, perito ginecólogo Gabriel Alvarez Latorre, que la examinó, en cuanto todos refieren lo que la afectada les señaló sobre el agresor, aludiendo al acusado.

Los elementos de juicio antes reseñados, constituyen prueba que es apreciada por este Tribunal, conforme a la sana crítica, esto es, en la forma prevista en el artículo 297 del Código Procesal Penal, los que permiten a este Tribunal formar su convicción que al acusado le cupo participación inmediata y directa en los delitos en estudio, esto es, en calidad de autor, en los términos contemplados en el artículo 15 N°1 del Código Penal, en relación con el artículo 14 N°1, del mismo cuerpo legal.

9° Que acorde a lo referido precedentemente, en convicción del autor de este voto de minoría, habiéndose concluido que se encuentra acreditada la existencia del delito de abuso sexual, en grado de consumado, en la persona de la menor en referencia, y la participación punible del acusado, como autor de dicho ilícito penal, corresponde desestimar la solicitud de absolución que ha formulado su defensa.

10° Que en lo que concierne a las demás solicitudes y alegaciones de la defensa, este Juez se hace cargo de ellas, en los siguientes términos:

a) En cuanto al cuestionamiento que formula la defensa a la perito psicóloga Carolina Vera López, en términos de aludir que ésta ha variado la conclusión acerca del retardo mental de M.P., es un tópico que carece de relevancia, pues debe resolverse en base a la prueba rendida en este juicio y no existe posibilidad de contrastar lo que la perito dijo en este juicio con lo que declaró en el anterior que fue anulado, incluida la prueba y sentencia.

En convicción de este Juez, no se ha logrado desacreditar el testimonio de la perito psicóloga en mención, pues ella explicó en forma circunstanciada las entrevistas, pruebas y test aplicados a la víctima, fundamentando sus juicios y conclusiones, con conocimientos de su ciencia; y sabemos que una prueba se desvirtúa con otra de mejor calidad, acorde a la teoría del caso que se siga.

b) Por otro lado, acorde a los fundamentos vertidos con anterioridad, este Juez no comparte el criterio de la defensa en cuanto alude a que la falta de visión en el acusado, obstaría a la comisión del delito en estudio.

c) Por último, la defensa no ha logrado desacreditar el testimonio de la afectada, en términos que deba restársele credibilidad, máxime si los dichos de ésta guardan concordancia con los demás medios de prueba en que se sustenta la acusación, conforme al análisis de la prueba que se ha efectuado.

11° Que en cuanto a la agravante N°7 del artículo 12 del Código Penal, invocada por el Ministerio Público, esto es, haber cometido el acusado el delito con abuso de confianza, para este Juez corresponde ser desestimada, toda vez que no es posible darla por establecida, pues al configurarse el tipo penal abuso sexual, concurre el elemento del mismo, haber abusado el acusado de la anomalía mental de la víctima, que en la especie se produjo, en el lugar de la residencia de ésta, lugar al que tenía acceso aquél por amistad y por ser cliente en la compra de comestibles a la madre de la afectada. Este aspecto del abuso de la anomalía considerado por el legislador, en concepto de este Juez descarta agravar la responsabilidad penal del imputado, por la vía de considerar otro abuso, esta vez, de la confianza, a que alude la Fiscalía, ya que se afectaría indirectamente, el principio jurídico non bis in idem, y no parece haber sido ese el propósito del legislador al establecer dicha agravante.

Así las cosas, este voto de minoría es el parecer de desestimar la solicitud del Ministerio Público en cuanto a acoger la agravante en referencia, la que no concurre.

12° Que por último, en convicción de este Juez tampoco concurren otras circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

Redactada la sentencia en forma conjunta por los Jueces y el voto de minoría por su autor.

RUC : N° 0300184822-3
RIT : N° 60-2004
CODIGO : 00622

Dictada por los Jueces de la Sala NO INHABILITADA DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE PUNTA ARENAS, DON JOSÉ OCTAVIO FLORES VÁSQUEZ, PRESIDENTE, DON JAIME ÁLVAREZ ASTETE Y DON JUAN CARLOS ORELLANA VENEGAS, ESTOS DOS ÚLTIMOS, SUBROGANDO LEGALMENTE.-

- **Condena a los acusados como coautores de un delito de robo con violación por estimar la apropiación como un solo acto independiente del número de las víctimas del robo y de la violación.**

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

Resumen:

La Fiscalía acusó a los imputados como autores de dos delitos de robo con violación. El querellante, por su parte, acusó por dos delitos de robo con violación y un delito de robo con intimidación. La Defensa sostuvo la inocencia de los acusados, solicitando su absolución. El Tribunal condenó a los acusados por un solo delito de robo con violación, señalando que el hecho de haberse asaltado a tres personas y violado sólo a dos no implica sancionar separadamente un delito de robo con intimidación de dos de robo con violación. Ello, porque la intención y la conducta de los hechores condujo a la ejecución conjunta y simultánea de actos materiales tendientes a consumir la apropiación como un solo acto, siendo indiferente que las víctimas del robo y de la violación hayan sido distintas y más de una, y bastando que el atentado sexual se cometiera con ocasión y en el contexto de la apropiación sin intervalo de tiempo que rompiera su continuidad para configurar la figura compleja agravada que el Código Penal contempla. Finalmente, en cuanto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, estimó concurrentes las agravantes del artículo 456 bis N° 1 y 3 del Código Penal. La primera, en voto dividido, porque ésta se ve configurada al cometer la sustracción en cualquier sitio o lugar en condiciones que quede favorecido el delincuente en cuanto a no ser descubierto. La segunda, porque amparados en su número, los hechores consiguieron con su acción tanto una mayor seguridad al obrar, como un peligro mayor para las víctimas.

Texto completo:

La Serena, trece de enero de dos mil cinco.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que con fecha seis, siete y ocho de enero de dos mil cinco, ante esta tercera sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, constituida por la juez presidente Nury Benavides Retamal, e integrada por los jueces Caroline Turner González y Juan Carlos Espinosa Rojas, se llevó a efecto el juicio oral de los autos rol N° 213-2004, seguidos en contra de **JUAN LEONARDO MENDOZA LUCERO**, chileno, soltero, nacido en San Miguel el 05 de julio de 1983, Cédula Nacional de Identidad N° 15.400.592-7, sin oficio, domiciliado en calle Patricio Lynch N° 509, Coquimbo, y **ALEJANDRO ABRAHAM CONTRERAS MARÍN**, chileno, soltero, nacido en Santiago el 12 de abril de 1986, Cédula Nacional de Identidad N° 16.627.299-8, comerciante, domiciliado en calle Eugenio Ramírez N° 534, Coquim-

bo, ambos actualmente reclusos en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de La Serena.

Representó al Ministerio Público en el presente juicio el Fiscal adjunto de Coquimbo don Sergio Vásquez Díaz, domiciliado en calle Melgarejo N° 847, Coquimbo.

La parte querellante de don Luis Roberto Tello Morales, don Hugo Aníbal Toledo Cortés y don Alejandro Lagunas Palacios estuvo representada por el abogado don Efraín Villalobos Aranda.

La defensa del acusado **JUAN LEONARDO MENDOZA LUCERO**, estuvo a cargo del abogado licitado de la Defensoría Penal Pública don José Luis Medina Ardiles, domiciliado en calle Portales N° 311, quinto piso, Coquimbo.

La defensa del acusado **ALEJANDRO ABRAHAM CONTRERAS MARÍN**, estuvo a cargo del abogado licitado de la Defensoría Penal Pública don José Vallejos Basualto, domiciliado en calle Melgarejo N° 1052, segundo piso, Coquimbo.

SEGUNDO: El Ministerio Público en su acusación consigna que los hechos habrían ocurrido el día 3 de abril del año 2004, a las 23:00 horas aproximadamente, en que los acusados procedieron a interceptar a tres menores de edad, cuyas iniciales son L.T.D., M.T.J. y P.L.R. que caminaban en dirección al oriente por la Avenida La Cantera de Coquimbo. Actuando premunidos de un arma de fuego los empujaron y amedrentaron con matarlos si no obedecían a sus requerimientos, procediendo a registrarlos y sustraerles diversas especies que portaban, entre ellas, un teléfono celular, una cadena de oro, una billetera, dinero y una chaqueta. Acto seguido y con ocasión del robo, ejerciendo toda clase de abusos físicos, consistentes en golpes de pies y puños, llevaron a dos de ellos hasta un sitio eriazo, donde MENDOZA LUCERO, ayudado en todo momento por CONTRERAS MARÍN, mediante golpes y contra la voluntad de los menores, procedió a bajarle los pantalones a M.T.J. y lo penetró analmente. Luego se dirigió hacia el otro menor L.T.D. y de igual manera, con golpes y amenazas, contra su voluntad, lo intimidó para bajarle los pantalones y de esta forma procedió a penetrarlo analmente.

Los hechos antes descritos son constitutivos, a juicio de la Fiscalía, de dos delitos consumados de robo con violación, previsto y sancionado en el artículo 433 N° 1 del Código Penal en relación con el artículo 361 N° 1 del mismo cuerpo legal, hechos en que se le atribuye a los acusados participación de coautores.

Que por su parte, la querellante presentó acusación particular en contra los imputados, señalando que el día 3 de abril de 2004, a las 23:00 horas aproximadamente, los acusados, procedieron a interceptar a tres menores de edad, cuyas iniciales son L.T.D, M.T.J Y P.L.R., que caminaban en dirección al oriente por la Avenida La Cantera de Coquimbo.

Actuando premunidos de un arma de fuego los empujaron y amedrentaron con matarlos si no obedecían a sus requerimientos, procedieron a registrarlos y a sustraerles diversas especies que portaban, entre ellas, un teléfono celular, una cadena de oro, una billetera, dinero y una chaqueta, esta última de propiedad de P.L.R.

Acto seguido y con ocasión del robo, ejerciendo toda clase de abusos físicos, consisten-

tes en golpes de pies y puños, llevaron a dos de ellos hasta un sitio eriazo, donde Mendoza Lucero, ayudado en todo momento por Contreras Marín, mediante golpes y contra la voluntad de los menores procedió a bajarle los pantalones a M.T.J. y lo penetró analmente. Luego se dirigió hacia el menor L.T.D. de igual manera con golpes y amenazas, contra su voluntad, lo intimidó para bajarle los pantalones y de ésta forma procedió a penetrarlo analmente. Los hechos antes descritos son constitutivos, a juicio de la querellante, de dos delitos consumados de robo con violación, previsto y sancionado en el artículo 433 n° 1 del Código Penal en relación con el artículo 361 N° 1 del mismo cuerpo legal en perjuicio de M.T.J. y de L.T.D. y un delito de robo con intimidación previsto en el artículo 436 inciso 1° del Código Penal en relación con el artículo 432 del mismo Código en perjuicio de P.L.R., en grado de consumado, en los que se les atribuye a los acusados participación de coautores.

TERCERO: Que la defensa del acusado Mendoza Lucero, en su alegato de apertura, solicitó su absolución de todos los cargos que se le imputan, ya que no se podrá probar que los hechos acontecieron de la forma en que se califican. Manifiesta que quizá se podrá probar la existencia de un acto apropiatorio, o de un acto de connotación sexual, pero no podrá demostrarse la participación de su defendido en el primero o que el segundo tenga el carácter de delito. Estamos, en su concepto, en presencia de dos grupos de jóvenes que se conocen, beben alcohol, lo que cambia el ser racional y el devenir de la personalidad lógica de un ser humano. La hora en que ocurrieron los hechos coloca a las presuntas víctimas en una esfera de resguardo, con posibilidades de solicitar ayuda, en el evento de haber sido objeto de un ilícito, en un lugar con tránsito bastante habitual. Además, expone que su representado no huyó del lugar de los hechos hacia algún sitio eriazo, de los que existen abundantemente en el lugar. No existe superioridad de contextura física de su representado capaz de intimidar a las presuntas víctimas. Expone que si hubo una relación sexual fue consentida, y el relato de las presuntas víctimas responde a la situación de ruptura en su grupo familiar, que les impide informarles lo que realmente ocurrió.

CUARTO: Que la defensa del acusado Contreras Marín, en su alegato de apertura, expresó que es total y absolutamente inocente de los cargos que se le imputan. Que su representado nunca ha negado haber compartido con los menores cierta cantidad de alcohol, luego de lo cual se retiró, quedando aquellos en compañía del acusado Mendoza Lucero, por lo que su defendido ignora lo que ocurrió entre aquellos y éste. Tanto es así que no fue detenido con Mendoza, sino en días posteriores y en circunstancias diversas.

QUINTO: Que a objeto de acreditar los ilícitos por los que se acusó se rindió prueba, con los dichos de L.T.D., menor de 17 años quien relató en estrados que el día de los hechos subía por calle La Cantera alrededor de las 11 u 11:30 de la noche, en compañía de sus amigos M.T. y P.L. cuando fueron interceptados por dos sujetos, a quienes reconoce en la audiencia como los imputados Alejandro Contreras y Juan Mendoza, quien se hacía llamar Michael. A la altura del motel blanco les pidieron cigarrillos y como dijeron que no tenían los abordaron. Contreras le puso un revólver en la cabeza y Mendoza amenazó a uno de sus amigos con un cuchillo, manifestándoles que venían saliendo de la cárcel, intimidándolos psicológicamente en todo momento. A él le decían "tai picao a choro" repitiéndolo. Les dijeron que cruzaran la calle porque "podían pasar los pacos". Los obligaron a beber, mientras ellos lo único que querían era irse a sus casas. Después, repentinamente, los empezaron a registrar en sus ropas, a él le quitaron un celular, un chip y una cadena de oro, y le revisaron la billetera, a sus compañeros también les quitaron cosas, a P. una chaqueta y a M. una billetera y un cinturón. Reconoce como el teléfono celular que refiere, la especie que le es exhibida y que es incorporada a juicio por la Fiscalía. Continúa su relato manifestando que Mendoza se llevó a P. a comprar más trago y Contreras seguía intimidándolos en todo momento. Luego, como no volvían, los hizo pararse y caminar delante de él en dirección a la botillería, desde donde venía Mendoza solo, quien dijo "Ahora ustedes van a pagar por éste que arratonó, lo voy a ir a buscar al Liceo y lo voy a matar". Mendoza lo abrazó a él y Contreras a M.T. y los llevaron con golpes y patadas a un sitio

eriazio frente al motel. Los pusieron a ambos sobre un tronco "de guata", a él le bajaban los pantalones y él pedía que se llevaran todas sus pertenencias pero que no le hicieran eso. Mendoza sujetó a su compañero y Contreras a él, quien le pegaba y en todo momento los amenazaba de muerte, lo pescó del pelo, lo obligaba a mirar, azotándole además la cabeza contra el árbol. A M. lo penetró Mendoza, él vio todo y luego intentaron que lo hiciera también diciéndole "ahora tú dale dale". M. también, de rodillas, fue obligado a lamer el pene de Mendoza. Luego M. cayó al suelo y P. pasó por fuera del sitio, él también se tiró al suelo y los llevaron, jalándolos del pelo bajo un árbol. Mendoza lo penetró a él, ya había empezado a hacerlo y Alejandro Contreras fue a buscar a P.. Luego de ser penetrado sintió dolor y ganas de defecar y Mendoza le dijo que lo hiciera frente a él y se dirigió a abusar nuevamente de M.T., entonces él tomó una piedra, se abalanzó sobre Mendoza y lo golpeó. M.T. también le pegó y él le dijo corre y él lo hizo también en dirección a un motel, donde se escondió hasta que llegó carabineros, a quienes llamó.

En el mismo sentido declaró M.T., expresando que, el 3 de abril de 2004, subían por calle La Cantera de Coquimbo y se provoca como una riña cuando los acusados, a quienes reconoce en estrados, les piden cigarrillos. Contreras pone un arma en la cabeza de su amigo L.T. diciéndole "tai picao a choro". No supo qué hacer e intentó caerles bien entablando conversación, ya que ellos decían que recién habían salido de "la cana" pero parece que no le creyeron y de un momento a otro les dicen ya crucen, los obligaron a tomar, amenazando con matarlos, lo que hizo por miedo, ya que nunca había visto un arma y no sabía qué hacer. Luego los corren unos metros más atrás y les quitan sus pertenencias. Explica que les preguntaron si tenían dinero y dijeron que no. Que él tenía algunas monedas en la billetera y parece que Luis en los bolsillos, los sujetos les tocaron las ropas y como sonó plata, les dijeron que si tenían dinero los iban a matar. Le pegaron en la cara a L.T. y le quitaron las monedas, e hicieron que se sacara la cadena de oro; a él, por su parte, le quitaron su billetera y cinturón e hicieron que P. entregara la chaqueta que traía puesta. Quedó solo con L. y Contreras, quien se inquietó cuando

Mendoza y P., con quien fue a comprar alcohol, no regresaban, los hizo ir a su encuentro caminando adelante y diciéndoles que no lo miraran porque si no los mataría. Mendoza, venía enojado porque P. se le arrancó y dijo “este huacho culeao se me arrancó, lo voy a ir a buscar al liceo y lo voy a matar”. Entonces a ellos los empezaron a golpear con combos en los pómulos, cuello y costillas. Los llevaron a un tronco, los pusieron boca abajo. A él le pegaron con algo en la espalda que no era un puño, le dolió bastante, lo sintió como un tubo de fierro, similar al arma que vio previamente. El más grande le dijo que se bajara los pantalones, como no lo hizo el menor le dijo que si no lo hacía lo iba a matar. Los golpes lo hacían perder el conocimiento y la noción del tiempo, el cuerpo no lo dejaba oponer resistencia. El otro sujeto golpeaba a su amigo L.T. y a él le decía que lo mataría. Que entonces a él lo penetró Mendoza analmente contra su voluntad y luego trataron que L.T. lo penetrara, pero él no accedió. A Luis le decían que abriera las piernas. Los arrastraron del pelo hacia otro árbol, que estaba solo. A él y a L., que estaba de guata, lo penetraron analmente. Que, además Mendoza puso su pene dentro de su boca y él lo alejó, estaba casi totalmente inconsciente, sintió impotencia y vergüenza. Los dirigieron nuevamente al tronco y uno dice que “ahí va el P.”, él lo vio y se tiró al suelo, para darle tiempo a irse y Contreras fue tras él. El más grande, a quien previamente reconoció como Mendoza, le levantó las piernas e intentó besarlo, T. le dijo que se agachara y golpeó al sujeto con una piedra en el rostro y él se subió los pantalones y lo golpearon los dos, entonces T. le dijo corre y él corrió, sólo logra recordar que lo hizo seis o siete pasos por el mismo sitio eriazo hacia abajo. Relata que no pidieron auxilio, por cuanto él sólo advirtió que la carretera estaba tan cerca cuando vio a P.

P.L., por su parte, declara ratificando que los acusados, presentes en la audiencia, a quienes reconoce, la noche del 3 de abril de 2004, más o menos a la altura del motel que hay en La Cantera, les pidieron cigarrillos y dijeron que no tenían, Alejandro Contreras puso un arma en la cabeza de L.T. y Mendoza sacó un cuchillo. Que luego los hicieron cruzar a un sitio menos alumbrado, a lo que accedieron por estar intimidados

por las armas, les dieron pisco, permaneciendo parados en tanto ellos estaban sentados, luego les pidieron dinero amenazando con matarlos, si no lo entregaban, sustrayéndoles especies. A él le quitaron una chaqueta de propiedad de L.T., a quien también le quitaron un celular, un chip y una cadena y a M. una billetera. El acusado Mendoza, quien había guardado un cuchillo de unos 24 centímetros en el estómago, lo llevó hasta una botillería, donde luego de alertar a un dependiente sobre el asalto, se ocultó hasta que Mendoza se retiró. Desde allí llamó a carabineros varias veces y no llegaron. Llegó hasta donde un guardia de la Villa Talinay y se dio vuelta mirando al peladero que allí hay, desde donde se asomó Alejandro Contreras quien se guardó algo en el estómago y se hizo pasar por su amigo, invitándolo, diciéndole que estaba con los muchachos, luego se fue porque él lo insultó y él se dirigió a la Villa Talinay donde alertó a otros amigos, con los cuales salió en búsqueda de L. y M.

Luis Santelices Jopia, perito fotógrafo de la Policía de Investigaciones, reconoció en la audiencia las fotografías que tomó en el sitio del suceso el día 4 de abril de 2004, en horas de la tarde, las que se contienen en un informe que la fiscalía incorporó a juicio, explicando que la fotografía 1 corresponde a una vista parcial de la Avenida La Cantera, en su intersección con calle Chillán, donde a mano izquierda, con un círculo, se indica el lugar donde se habrían producido los hechos y a mano derecha, con otro círculo, la ubicación del Motel 1.300. En las fotos 2 a 7 se grafican evidencias consistentes en trozos de papel higiénico con manchas pardo rojizas. En la fotografía 8 se aprecia un tronco en el suelo y otro árbol aledaño, más alejado de la Avenida La Cantera, correspondiendo las demás imágenes a distintas tomas del lugar de ocurrencia de los hechos.

El oficial de la Policía de Investigaciones de Chile Leonardo Ramírez Cáceres, quien se constituyó en el lugar de los hechos el día 4 de abril de 2004, y estuvo a cargo de la inspección del mismo, pudo constatar que allí efectivamente había un tronco de 3,5 metros de largo, 42 centímetros de diámetro y 90 centímetros de alto, el que está en un sitio eriazo oscuro sin iluminación, donde no hay nada. A unos treinta centíme-

tros del tronco encontró unos papeles, que resultaron ser de la billetera de uno de los menores, ya que incluso en uno de ellos estaba anotado el nombre de su profesora jefe, lo que este joven manifestó en el cuartel policial. A 21 metros de allí había un árbol y a unos 3 metros de éste había un papel con una mancha pardo rojiza que impresionaba como sangre la que fue levantada como evidencia. A veintisiete o treinta metros también había otra mancha de iguales características, la que igualmente levantó. Que el cinco de abril, cuando se encontraba detenido Mendoza Lucero fue interrogado en la Fiscalía Local de Coquimbo, en presencia del fiscal, reconociendo su participación en los hechos, en calidad de autor. Dijo que había violentado sexualmente a los menores, que les habían pegado y que también les había sustraído algunas especies, pero que el teléfono celular se lo había llevado el Alejandro, corroborando la versión de los menores. Manifestó que su compañero, Alejandro los había amenazado de muerte, aduciendo que tenía un "cañón". Esa declaración fue verbal y cuando se comenzó a transcribir fue interrumpida por un procedimiento, citándose a otra audiencia para continuar su transcripción, audiencia en la que Mendoza ya no quiso seguir declarando. Se realizó un reconocimiento en rueda de presos y los tres menores identificaron a Mendoza Lucero como uno de los hechos. Se revisaron los kardex de la fiscalía, para ubicar al otro imputado, en presencia de Mendoza Lucero, quien identificó al otro participante como Alejandro Contreras Marín, cuya fotografía se incluyó en un kardex en el cual los menores reconocieron, entre 44 fotografías a Contreras Marín como el acompañante de Mendoza, requiriéndose su orden de detención y capturándosele el 6 de abril. Que al ser detenido Contreras manifestó que el celular lo tenía su tío en una caja recaudadora de una feria libre. Estando fijada la audiencia de control de detención, se entrevistó informalmente a Contreras, quien dijo que participó en los hechos junto a Mendoza, pero que él no había violado a nadie, sólo sustrajo especies, que no portaba arma de fuego, ni había intimidado a nadie. Que había sido testigo ocular de las violaciones. En horas de la tarde llegó un primo de Contreras a dependencias de la fiscalía, e hizo entrega del teléfono celular que en la Audiencia le exhibe la fiscalía.

El policía Miguel Díaz Cid expresó en la audiencia que el día 6 de abril de 2004 recibió un teléfono celular que fue sustraído el día de los hechos, el que reconoce al serle exhibido, el que fue entregado por Marcos Pérez, quien dijo ser primo de Alejandro Contreras, señalando que este último llegó el 4 de abril de 2004 hasta la feria, donde tienen un puesto, y lo guardó en la caja del dinero. Que Alejandro constantemente portaba especies robadas pero que les había prometido no juntarse más con sus amigos, que eran delincuentes.

El testigo Erwin Ewegerteder expresó que, el día 4 de abril del año pasado, dos jóvenes ingresaron a su local, uno de los cuales hacía gestos a su sobrino, terminaron de comprar e insistía en los gestos. Iban saliendo del local y el más joven se devolvió, su cara denotaba que estaba bastante asustado, pidió que le prestara el baño, le impresionó que era jovencito, como 16 o 17 años, por eso accedió a que ocupara su baño personal. Lo siguió por el pasillo que iba a esa dependencia, donde le dijo que los asaltaron y que dos amigos estaban prisioneros. Que su sobrino llamó a su hermano y el otro sujeto se devolvió, quería que el joven saliera, e incluso trató de forzar la puerta del baño, entonces su hermano lo hizo retirarse. El joven que le pidió el baño llamó a carabineros, para lo cual le prestaron dinero pero no llegaron y de repente no lo vio más, ya que atendían el local. Salieron y vieron a un sujeto con otros dos niños que supuestamente acompañaban al que ingresó a su negocio. Expresa que no atinaron a más, nunca pensaron que iba a pasar lo que pasó. En el mismo sentido declaró Alejandro Gutiérrez, quien relató que la noche del 3 al 4 de abril del año pasado trabajaba con su tío, llegó hasta el local el acusado Mendoza Lucero, a quien indica en la audiencia, y comenzó a pedir cosas, mientras el niño que estaba detrás hacía señas, por lo que se puso a su lado y le dijo que lo estaban "cogoteando". Que iban a salir y el niño pidió a su tío pasar al baño donde se encerró, no quería salir. Cuando Mendoza se fue el niño llamó como 10 veces a Carabineros, los que no llegaron nunca, por lo que una hora u hora y media después el niño se fue. Salieron y fuera del Motel Millaray había un grupo de 3 o 4 niños más.

Juan Aucañer Salgado, relató que la noche que va del 3 al 4 de abril de 2004, alrededor

de las 2:30 de la madrugada, vio que venían dos personas corriendo desde La Cantera hacia la Villa Talinay, donde le corresponde la guardia ya que existe un Comité de Seguridad. Estaba a la entrada de la Villa cuando primero apareció un lollito, delgado, de unos quince años, asustado, pálido, seguido del imputado Contreras Marín, a quien reconoce en la audiencia, porque estaban justo bajo un poste y ese lugar es bien iluminado. Preguntó al niño por qué lo venía siguiendo y le respondió que lo habían asaltado y obligado a ir a la botillería a comprar y en un momento de descuido arrancó. Llegó asustado, traía unas piedras en la mano hasta que supo que era el guardia. Preguntó a Contreras por qué lo seguía, quien le dijo que estaban tomando y el niño "tomó mala honda", se le había arrancado. Como momentos antes unos amigos de la Villa preguntaron por el niño le dijo dónde iban a juntarse y Contreras se fue hacia La Cantera, a la carretera, por un sendero diagonal donde ahora se construye una planta de revisión técnica. Que desde la Cantera a La Villa hay una distancia de unos 200 metros aproximadamente y esos eran peladeros, es una zona que está considerada industrial, son sitios eriazos, que están entre la carretera y la Villa y desde ahí venían corriendo los dos. En ese sector prácticamente no se ve nada en la noche, ya es totalmente oscuro, sólo hasta ingresar a la Villa están los postes de alumbrado. Allí hasta las 10 de la noche se ve cruzar gente y salir a la carretera pero después de esa hora no se ve a nadie. La luz de los vehículos y de los postes no ilumina ese peladero, porque el camino es perpendicular y los vehículos iluminan hacia La Cantera o hacia la Villa, pero no hacia el peladero.

Carlos Riquelme Canales declaró que la noche del 3 al 4 de abril de 2004 como a las 2 o 3 de la mañana fue a buscarlo la mamá de un niño que pensaba podía haber sido asaltado, porque él trabaja en el Comité de Seguridad Ciudadana de la Villa. Buscaban a L.T., el mejor amigo de su hijo. Por la calle principal de la Villa salieron a la calle La Cantera, tratando de ubicarlo porque ahí hay muchos espacios vacíos. Los otros dos niños con que se reunió L. para ir a un recital eran sus amigos, pero él no los conocía. Cuando salieron a la Cantera había un niño tirado en el suelo y su primera impresión fue que estaba borra-

cho o drogado. Caminaron hasta la calle El Culebrón y venía otro grupo que también buscaba y justo venía saliendo un auto de carabineros, le hizo una seña y carabineros le indicó que iba a volver, en el asiento trasero iba una persona que no se veía. Salió un furgón de carabineros, con otra persona en el asiento de atrás, conversaron con ellos y se comunicaron por radio con el auto de carabineros que pasó primero. Van todos hacia abajo y se reúnen, donde la persona que había asaltado a los niños los acusó de asalto a ellos, porque cuando los niños se arrancaron lo golpearon. En ese instante el trato de carabineros a los menores era más fuerte que cordial, por lo que les dijo que no era posible que determinaran así que ellos eran los asaltantes. En ese instante llegó P. y reconoció al sujeto que los sindicaba y que estaba golpeado como su asaltante. Entonces le dijo a carabineros que lo más sano era que todos fueran al hospital, ya que los niños decían que los habían intentado violar. En el Hospital hicieron pasar a L. y sus dos amigos mientras la persona que los asaltó estaba en la sala de espera como un herido más, no estaba detenido y cuando se informó que los niños habían sido violados simuló un ataque de epilepsia, pero cuando un enfermero le tomó los signos y dijo "está chamullando", se paró automáticamente. Se fueron a Carabineros de Peñuelas, donde los menores fueron interrogados por carabineros de civil, los hicieron repetir mil veces las cosas, salían llorando.

Charles Riquelme Castro relató que la noche del 3 al 4 de abril de 2004 fue a buscar a L.T. a su casa y, como su mamá le dijo que había salido, lo llamó por teléfono a su celular. L. le dijo que ya venían con un vino, pero no llegó. Salió a buscarlo, preguntó al guardia por él y volvió a llamarlo, pero el celular no contestaba. Se iba a entrar con sus amigos y encontró a P. solo, pálido, le costaba hablar, tartamudeaba, le decían que repitiera porque no le entendían, quien les contó que los habían asaltado y quitado la plata. Que salieron a buscarlos cuando encuentran a otro grupo, en el que estaba su padre, que también lo buscaba. Ven pasar un carro de Carabineros con un sujeto atrás, entonces P. dijo "ahí está". Después, cuando ese sujeto bajó del carro policial vio a L.T. y a M., estaban arrodillados, tiritando y

dijeron que ese sujeto era el que había intentado violarlos. Que los policías no les creían, porque el sujeto dijo que sus amigos trataron de asaltarlo, entonces él se enfureció porque iban a dejar que el sujeto se fuera por lo que su padre le dijo que se fuera para atrás.

Fidelia Delfín, madre de L.T., relató que el día 3 de abril de 2004 su hijo fue a un recital con dos amigos, y no volvió. Como a las 2 de la mañana del día 4 una amiga de su hijo le contó que los habían asaltado. Salió a buscarlo con vecinos y encontró a un grupo de amigos de su hijo, quienes también lo buscaban, entre los que estaba P., al que con el nerviosismo zamarreó, el que sólo decía que los asaltaron. Pasó un furgón de carabineros y atrás iba un muchacho al que P. apuntó con el dedo. Más allá llegó un auto de carabineros, en el cual iba su hijo. Todos se dirigieron hacia ese lugar donde M., que también estaba allí, y su hijo dijeron que habían sido violados. Todos fueron a la posta y cuando se comprobó la violación el sujeto que antes mencionó, se tiró al suelo simulando un ataque. Expone que la vida de la familia cambió en un cien por ciento. L. se ha vuelto muy aprensivo con su hermano, de este tema no se habló más. Ha costado mucho que pida ayuda psicológica, ya que dice que puede superarlo solo, pero ella ve que no es así. Lo encuentra llorando, le pregunta pero él siempre dice que no pasa nada.

El carabinero Pedro Jauriat expresó que el día de los hechos iba a cargo de un radio patrulla y en La Cantera se le acercaron dos menores que manifestaron, bastante asustados, haber sido víctimas de robo y violación. Por su parte, el personal de Peñuelas mantenía a otra persona que manifestaba que los menores lo habían agredido. Decidieron hacer un breve careo y los menores reconocieron a esa persona como la que los violó y asaltó.

Se comprobó con los certificados de nacimiento incorporados a juicio que M.T.J. y L.T.D., el 3 de abril de 2004, tenían menos de 18 años de edad.

El relato de las víctimas concuerda plenamente con las lesiones constatadas por la médico legista Katia Cabrera el 4 de abril de 2004, que se plasman en los 3 informes que reconoce y son incorporados a juicio, así como las fotografías

que forman parte de ellos. Relató la profesional que M.T. y L.T. tenían múltiples lesiones corporales. El primero de ellos estaba lesionado en la zona malar derecha, donde presentaba una equimosis rojiza con edema, en la zona temporo-facial izquierda tenía una herida cortante superficial oblicua de 9 centímetros, en el lado derecho del cuello una equimosis rojiza ovalada de un centímetro, que a juicio de la legista, evidencia digitopresión, explicando que se refiere a que se produjo al comprimir el cuello para que el examinado no se moviera, o bien al apoyarse. En la zona dorsal del tórax presentaba una equimosis rojiza de 12 por 6 centímetros, en la cresta ilíaca derecha tenía una equimosis de 4 por 3 centímetros con centro erosivo, en la zona inguinal derecha una equimosis rojiza de 6 por 3 centímetros, los nudillos de los dedos pulgar anular y meñique tenían erosiones pequeñas, la cara externa del muslo derecho presentaba dos erosiones rojizas. En la zona anal a nivel 5, 6 y 7, según la orientación de las manecillas del reloj, observó un desgarramiento de bordes rojizos de 8 milímetros, oblicuo y a nivel de 6 y 7 había enrojecimiento y toda la zona presentaba dolor al tacto. Las lesiones, que correspondían a la data que señaló el examinado, las reconoce en las fotografías que se le exhiben, relatando que las de la zona anal fueron producidas por la introducción de un elemento contuso, como es un pene en erección, penetración que fue violenta. Explica que la zona anal no tenía alteraciones en los pliegues o esfínteres anales, lo que indica que el examinado no había sostenido relaciones anteriores, antiguas, ni sostenidas. Por su parte en cuanto a L.T.D. describe que en la región frontal presentaba una erosión rojiza de 1 centímetro. En el cuero cabelludo, parte posterior, palpó hematomas dolorosos al tacto, en la zona dorsal izquierda del cráneo tenía una herida cortante superficial de 6 centímetros y ambas zonas dorsales del cráneo presentaban equimosis rojizas, la mano derecha presentaba una erosión rojiza lineal de 2,5 centímetros, la cara interna de la palma de la mano izquierda tenía una lesión cortante superficial de 2 centímetros, todos los dedos de las manos estaban manchados con sangre seca, la cara interna de la rodilla derecha tenía una equimosis con centro erosivo, la rodilla izquierda y la cara externa del tercio superior de la pierna del mismo lado tenían erosio-

nes rojizas puntiformes. En el margen anal, a nivel de las 12, tenía un desgarro de bordes rojizos, doloroso al tacto y a nivel de 3, 5, 6, 7, 8 y 9, equimosis rojizas, congestión y dolor. Las lesiones, que reconoce en las fotografías que se le exhiben, son de una data compatible a los hechos. La frontal y la de la pierna izquierda, son compatibles con elementos rugosos. La herida cortante en la espalda, con un elemento con filo deslizado superficialmente y la de la mano izquierda con un elemento cortante con filo. Presentaba además en la espalda lesiones compatibles con elemento contuso. Expone que las lesiones de la zona anal fueron producidas por la introducción de un elemento contuso, como es un pene en erección, penetración que fue violenta. Que la zona anal no tenía alteraciones en los pliegues o esfínteres, lo que indica que el examinado no había sostenido relaciones anteriores. Finalmente respecto de P.L. determinó que no presentaba lesiones y sugiere evaluación psicológica para determinar posibles daños.

La perito Químico Margot Díaz Bonta, reconoce los dos informes que practicó y son incorporados a juicio, relatando que recibió desde el Hospital de Coquimbo un tubo de ensayo con 3 tómulas de contenido rectal de L.T., las que, examinadas, revelaron que contenían semen humano, al igual que las 3 tómulas de contenido bucal de M.T., una de las cuales incluso contenía espermios. Además el calzoncillo tipo bóxer, que se adjuntó al sobre que contenía las muestras de M.T., presentaba una mancha que dio positivo para sangre humana.

Por su parte la psicóloga Lilian Hammer, reconoció en la audiencia las pericias psicológicas que practicó a L.T., M.T. y P.L., en julio de 2004 cuando todos ellos tenían 17 años, las que son incorporadas a juicio, relatando que les aplicó instrumentos proyectivos, como el test de Rorschach, verbales y gráficos. Que los tres periciados tienen relaciones intrafamiliares adecuadas, no tienen características de alteraciones conductuales o de desarrollo. Los tres presentan alteraciones emocionales y conductuales originadas con motivo de los hechos. Declaró que M.T. no relató espontáneamente el hecho vivido a sus padres, explicando que presenta un altísimo nivel de exigencia por parte de sus progenitores y teme al fracaso y la frustración, por lo que pensó

que lo vivido podía motivar que lo retiraran del colegio para llevarlo a vivir a su localidad de origen. Presentaba un trastorno emocional reactivo mixto, de tipo ansioso y depresivo, en grado moderado, existiendo concordancia entre el contenido del relato y los resultados de la evaluación psicológica. L.T. presentaba, a consecuencia de los hechos, un trastorno por estrés post traumático moderado a severo, de carácter crónico con síntomas depresivos. A consecuencia de los hechos, se cambió de casa, de ciudad, de región y de colegio y no contactó más a sus compañeros, aun cuando antes de su ocurrencia, era considerado, por sus pares y por él mismo, como un líder. Presenta malestar psicológico y evitación de los hechos, al igual que su familia, que también requiere apoyo psicológico, asumiendo el peritado un rol de protección extrema a su hermano menor. P.L. es el menos afectado, atendido que los hechos que vivió fueron los menos traumáticos. No es probable que haya efectuado una denuncia falsa, no se evidencia una posible ganancia secundaria y hasta el momento del examen en julio de 2004 manifestaba consecuencias y emociones displacenteras relacionadas con los hechos, aumentando las respuestas fisiológicas asociadas a los símbolos del evento. Expone que las omisiones en sus primeras declaraciones hacen aun más consistente la veracidad de su relato, el cual no es inventado, ya que construyeron juntos lo real al escuchar lo vivido por cada uno, lo que es esperable, al igual que existan lagunas y pequeñas discrepancias. Que M.T., en un principio, haya omitido relatar que había sido obligado a practicar sexo oral es consistente, a juicio de la profesional, con la evitación y con el contexto social, por cuanto se trata de jóvenes, siendo un mito común en adolescentes de sexo masculino, que las personas víctimas de violaciones homosexuales se transforman en homosexuales, lo que es altamente concordante con sus características de personalidad autoexigente, que lo enfrentan permanentemente a su autoimagen. En base a lo reseñado y a las pruebas aplicadas, concluye que los relatos de las víctimas tienen una altísima probabilidad de veracidad.

SEXTO: Que las pruebas antes analizadas han permitido al tribunal adquirir la convicción, más allá de toda duda razonable, que la noche del 3 de abril de 2004 Juan Leonardo Mendo-

za Lucero y Alejandro Abraham Contreras Marín interceptaron a los menores de edad L.T.D., M.T.J. y P.L.R., quienes caminaban por la Avenida La Cantera de Coquimbo. Premunidos de un elemento, que los menores indican era un arma de fuego, los amenazaron con matarlos si no obedecían sus requerimientos, los registraron y les sustrajeron diversas especies que portaban. Acto seguido y con ocasión del robo, ejerciendo toda clase de abusos físicos, consistentes en golpes de pies y puños, llevaron a dos de ellos hasta un sitio eriazo, donde Mendoza, ayudado en todo momento por Contreras, mediante golpes y contra la voluntad de los menores, procedió a bajarle los pantalones a M.T.J. y lo penetró analmente. Luego, se dirigió hacia el otro menor L.T.D. y de igual manera, con golpes y amenazas, contra su voluntad, procedió a penetrarlo analmente, hechos que son constitutivos de un delito de robo calificado de especies con intimidación en la persona de L.T.D., M.T.J. y P.L.R., cometiéndose con ocasión del mismo violación de los dos primeros, ilícito previsto y sancionado en el artículo 433 N° 1 del Código Penal, en el que cupo a los acusados participación de coautores y no dos delitos de robo con violación, como señala la fiscalía en su acusación, o tres delitos como consigna la querellante, quien añade como típico a los dos ilícitos por los que acusó el Ministerio Público, un delito de robo con intimidación a P.L.. El hecho que el delito de apropiación, que rige la conducta, se haya dirigido contra tres personas, en tanto sólo dos de ellas fueron agredidas sexualmente, no implica que se sancione separadamente un delito de robo con intimidación, que en todo caso forma parte de la figura ya descrita, en atención a que la intención y la conducta de los hechores, condujo a la ejecución conjunta y simultánea de actos materiales tendientes a consumir la apropiación como un solo acto. No importa que la víctima del robo y de la violación sean personas distintas, si el atentado sexual se comete con ocasión y en el contexto de la apropiación, sin intervalo de tiempo que rompa su continuidad. El delito que nos ocupa es de carácter complejo, está integrado por distintas figuras delictivas que por separado constituyen otros hechos punibles, los cuales deben cumplir con todos sus elementos típicos, exigiéndose en esta figura, que con ocasión del robo, ya que estamos en presencia de un delito

contra la propiedad, se cometa violación, tratamiento que se justifica por razones de política criminal, ya que la vulneración conjunta de dos bienes jurídicos de tanta importancia, como la libertad sexual y el patrimonio, hacen necesaria la aplicación de una sanción superior, por la peligrosidad que demuestran quienes incurrieron en su infracción. A juicio del tribunal si, como en este caso, se cometió más de una violación el delito es siempre único y la mayor extensión del mal sólo se hace sentir en la aplicación de la pena, por cuanto el núcleo de este ilícito es la apropiación y no se puede sancionar en concurso una de las violaciones con el delito de robo con violación, prescindiendo de la vinculación que el legislador dio a esa violación, que se pretende separar con la apropiación, la que estableció al tipificar este delito complejo.

SÉPTIMO: Que los acusados declararon en la audiencia como medio de defensa, relatando Mendoza Lucero, que luego de un conato de riña con los menores, se pusieron a conversar con ellos, se acercaron a un lugar donde transitaba gente a tomar y que las víctimas podrían haber arrancado, ya que no portaban armas. Que reunieron dinero entre todos y, como los menores sacaron monedas, les preguntó si tenían más plata ante lo cual M. pasó su cartuchera voluntariamente y él la revisó. Él dijo a los menores que se llamaba M., porque nunca da su nombre. P.L. se paró y lo acompañó voluntariamente a comprar más alcohol, porque se les acabó el trago. Que L. fue al baño y como no salió se fue, relatando más adelante que incluso golpeó la puerta. Que uno de los menores propuso que se sentaran más arriba, en un lugar iluminado, donde pasaba gente. Que el menor que se había quedado en el baño pasó por su lado y Contreras fue a buscarlo, entonces, los menores le dijeron que si tenía plata podían efectuarle una relación oral y uno "aceptó al toque". Después al ser interrogado dice que "todo fue consentido", que uno de los menores propuso tener relaciones, pero sólo fue oral lo que pasó, ya que él le dijo a M. que "si era verdad lo que decía le practicara sexo oral", es decir, atribuye el pago que dijo le solicitaron los menores a una compensación por una relación sexual vía anal y no en forma oral como antes relató. Continúa relatando que los dos menores fueron hacia un tronco y se penetraron alternativamente

y luego le propusieron a él hacer lo mismo, lo que no aceptó, por lo que le pegaron y corrieron, entonces él corrió también a un Motel a pedir ayuda, desde donde llamaron a carabineros, a quienes dijo que había sido asaltado. Al ser confrontado con una declaración prestada en la fiscalía el 5 de abril de 2004, en la que se consigna que declaró que Alejandro registró las vestimentas de dos de los menores y él las de otro, mientras Alejandro les decía “no se muevan cabros culiaos, si no voy a sacar el fierro y los voy a matar” mientras él le decía que se calmara, atribuye la contradicción a que se consignó lo que los menores decían. Expone luego que en el trayecto al sitio eriazó llevaban a las víctimas abrazadas y les daban como cachetadas. Al ser confrontado con la misma declaración antes referida, en la que manifestó que en el trayecto Alejandro golpeaba a los dos menores con puños y cachetadas en todo el cuerpo hasta el lugar de los troncos, donde Alejandro tomó a uno y amenazó con matarlo si oponía resistencia y él tomó al otro, atribuye la contradicción a que los detectives ponían cosas que él no había dicho, ya que le dijeron que iban hacer todo lo posible para que se quedara preso 30 o 40 años.

Por su parte Alejandro Contreras Marín declaró que el día de los hechos iba subiendo por Avenida La Cantera con Juan Mendoza y advirtió que los tres jóvenes que se desplazaban por ahí se reían a carcajadas, como él es “medio cortito de genio” no aguantó, les dijo si se estaban riendo de ellos y los golpeó. Que ellos igual respondieron algo, como pasó carabineros, él les dijo que pararan la pelea, para que no los detuvieran. Propuso compartir el alcohol que ambos grupos portaban y siguieron tomando, caminando hacia arriba. Pararon en un lugar en que había unas cañas, se sentaron y siguieron compartiendo. Algunos estaban sentados y él estaba de pie, decidieron comprar más alcohol, para lo que reunieron dinero. Juan, quien dijo a los menores que se llamaba Michael, iba a ir a comprar con él, pero uno de los menores quiso acompañarlo, ya que al parecer pensó que se iban a quedar con la plata. Que M. fue con Mendoza y ellos se quedaron conversando. Como Mendoza no volvía le dijo a los niños que fueran a buscarlo. Juan venía solo, dijo que el otro niño se había quedado en el baño, pero que igualmente llegaría después. Se sentaron en el lugar de los hechos, que fue un sitio eriazó con

un tronco y un poco más allá unos árboles, que estaban a dos o tres metros de la calle, donde estuvieron bastante tiempo conversando, el lugar no era tan eriazó, según dice, porque igual había gente, se veía que transitaban vehículos. Declaró que “cuando vio los hechos no hizo nada, no atinó a nada, sólo se sorprendió, estaba como cuatro metros más allá de los troncos”, luego, al ser interrogado sobre el hecho que refiere, dice que no había ningún hecho extraño diciendo “¿a qué iba a atinar?”, al ser interrogado por su referencia a que sintió sorpresa, responde que lo dijo porque nunca antes ha estado en un juicio oral. Que todos dejaron sus especies en el tronco para “tener confianza” y él sustrajo el celular desde allí y se lo vendió a su tío. Los árboles estaban más arriba de donde primeramente bebieron y no se veían desde allí. Dice que pasó P., por atrás de los árboles, más atrás habían unas casas, fue a buscarlo preguntándole por qué se iba y él le dijo que no quería tomar más, a su lado también había un caballero, con el que no conversó. Que cuando se fue del sector de los troncos aun no había relaciones, para luego, al ser consultado sobre si las vio responder “no recuerdo, parece que no vi”. Como estaba muy borracho, tomó un colectivo y se fue a su casa, cuando habían transcurrido alrededor de 6 horas desde que encontraron a los muchachos.

Como es dable apreciar, si bien los acusados niegan su participación en los hechos, atribuyéndoles una connotación diferente, se sitúan en el lugar en que éstos ocurrieron, en compañía de las víctimas, en el tiempo en que se verificaron, pero sus versiones son evidentemente mendaces ya que se contradicen tanto con lo que ellos mismos declararon en la audiencia como en declaraciones previas y se encuentran totalmente desvirtuadas con la contundencia de la prueba rendida y que se ha reseñado en el considerando quinto precedente.

Mendoza Lucero, desde el inicio de los hechos, dio como nombre a los menores el mismo que el de una de las víctimas, Michael, pretendiendo con ello impunidad, impedir ser ubicado, confundir una eventual investigación, lo que revelaba el designio criminal con que actuó, incluso desde el primer momento en que encontraron a los menores.

No responde a la lógica que P.L. acompañara voluntariamente al acusado Mendoza, a comprar alcohol, impidiendo a los acusados hacerlo juntos, cuando según se comprobó con sus dichos, los de dos testigos que se encontraban en la botillería, el guardia con el que se encontró después de huir, sólo entre otros testimonios, claramente estaba aterrorizado y fue precisamente ese terror evidente, incluso en su rostro, e imposibilidad de hablar claramente, el que lo impulsó a alertar a los dependientes de la botillería, esconderse y llamar a carabineros.

Mendoza califica el lugar donde ocurrieron las violaciones como iluminado, donde pasaba gente, lo que resulta inverosímil, aun para su versión, ya que sostuvo que a él le practicaron sexo oral y que dos de los menores sostuvieron relaciones sexuales, para lo cual resulta ilógico que buscaran un lugar iluminado, lugar que en todo caso su coimputado califica de sitio erizado, aunque dice que igual se veían vehículos. Mendoza señaló que los menores le dijeron que si tenía dinero podían practicarle sexo oral, lo que hizo M., para luego señalar que eso era sólo una prueba que él exigió para comprobar que estaban dispuestos a una relación anal, la que sería pagada, a la que en definitiva él se negó, motivo por el que los menores le pegaron. En una declaración prestada en Fiscalía se consigna que Mendoza declaró que Alejandro Contreras, mientras los dos registraban las vestimentas de los tres menores, amenazó con sacar "el fierro", término con que los delincuentes conocen a las armas de fuego, y matarlos si se movían, atribuyendo sus dichos a que allí no se consignó sus verdaderos relatos. Luego en la audiencia manifiesta que él y Contreras llevaron a las víctimas hasta los troncos "dándoles como cachetadas", lo que desde luego resulta inexplicable, pero además en la misma declaración anterior en la Fiscalía que antes se mencionó, dijo que su coimputado durante todo ese trayecto les dio "combos" y cachetadas en todo el cuerpo a los menores, hasta llegar al lugar de los troncos donde aquél tomó a uno y amenazó con matarlo si oponía resistencia y él tomó a otro, atribuyendo su diferencia a que los detectives querían encarcelarlo. Alejandro Contreras reconoce que estaba de pie en el primer lugar en que se sentaron, lo que concuerda con

las víctimas. Luego relata que vio los hechos, se sorprendió, no atinó a nada y no recuerda si vio las relaciones sexuales, declaración con la que evidentemente intenta exculparse, para luego atribuir sus dichos a su presencia en este juicio. Evidentemente, Contreras trata de limitar su participación a un hurto de un teléfono, pero ni siquiera su coimputado mencionó que las especies de todos fueran dejadas en algún lugar para demostrar confianza.

La prueba rendida en la audiencia es clara, el relato de las víctimas y el de los testigos que los vieron, luego de ocurridos los hechos, acredita plenamente el robo con intimidación con ocasión del cual se cometieron las agresiones sexuales de que fueron víctimas y sus consecuencias psicológicas, acreditadas pericialmente, son necesariamente consecuencia de los vejámenes a que fueron sometidos y las lesiones físicas que presentaban los menores víctimas, horas después de acaecidos los hechos, hacen evidentes los golpes que refieren sufrieron al ser violados. M.T. tenía, entre otras múltiples lesiones una herida cortante superficial oblicua en la zona temporofacial izquierda, compatible en concepto del tribunal con el cuchillo con que relatan fueron intimidados para robarles, una equimosis por digitopresión en el cuello, compatible con su compresión para evitar que se moviera, una equimosis rojiza de 12 por 6 centímetros en la espalda compatible en concepto de estos sentenciadores con el golpe que relató se le propinó allí, con algo como un tubo de fierro, que pensó era el arma que antes vio. La perito médico legal determinó que la penetración anal que sufrió fue violenta, por las lesiones que provocó y en ningún caso consentida, no había signos de penetración anterior como pretende sostener Mendoza al describir la conducta del menor. L.T. tenía, entre otras múltiples lesiones, dos heridas cortantes superficiales, una en el cráneo y otra en la mano izquierda compatibles con un cuchillo, como se ha dicho. En la espalda tenía una herida cortante con un elemento con filo, que bien podría tratarse de un cuchillo deslizado superficialmente y también lesiones compatibles con elemento contuso. Se constató que su penetración fue violenta, tenía un desgarró en la zona anal, equimosis, congestión, dolor, lo que no se presenta, según relato de la legista, en relaciones consentidas, aun en

la primera, comprobando además, que no había sostenido relaciones anteriores.

OCTAVO: Que las alegaciones de la defensa del acusado Mendoza Lucero serán desestimadas. Que las víctimas portaran o no elementos como unos cables cubiertos de goma es intrascendente, es evidente que no pudieron usarlos ante la entidad de la intimidación que primero sufrieron y de la agresión posterior. Las lesiones que presentaban las víctimas, comprueban la existencia de los elementos con se venció su resistencia. P.L. declaró que ante la Policía de Investigaciones, sí relató que vio un arma y en su primera declaración ante carabineros también lo hizo, aunque no lo consignaron, lo que, a juicio del tribunal, puede tener relación con el manejo que dio carabineros a los hechos en un primer momento, donde los menores, al parecer, no recibieron un trato condigno a la traumática situación que vivenciaron. En todo caso, su testimonio en la audiencia, que es donde se recibe la prueba, apareció como totalmente creíble. Las víctimas, a juicio de esta defensa, no pudieron establecer que fueron forzados, particularmente M.T., quien expuso que hay espacios que no recuerda. Como se ha dicho, el relato de M.T. resulta veraz, es coherente y concordante con sus lesiones físicas y con el relato de su compañero también abusado L.T. No es cierta la aseveración de la defensa, de un eventual contacto sexual entre ambos menores, que fue desconocido por ambos, ya que sólo fue pretendido por los hechores, pero no se verificó. La alegación que formula, en orden a que la fiscalía no realizó una contramuestra, entre el ADN del semen encontrado a las víctimas y el que corresponde a su representado será desestimada, ya que la prueba rendida es tan concluyente, que no ha hecho necesaria esta probanza para acreditar los hechos y la participación de su defendido, no existiendo duda razonable alguna, contrariamente a lo que arguye, debiendo tenerse presente además que el Fiscal en juicio manifestó su molestia ante esta aseveración, expresando que las defensas están en conocimiento que esta prueba se solicitó en la etapa investigativa, pero que las muestras de los menores no amplificaron lo que imposibilitó la práctica de la comparación.

Que, de igual modo, las alegaciones de la defensa de Contreras se desestimarán. Como se

ha dicho, la credibilidad de su representado se encuentra totalmente desvirtuada. Que su defendido no accediera carnalmente a los menores no incide en su participación en los hechos establecidos, en calidad de coautor. Él participó de la conducta apropiatoria y colaboró substancialmente a la perpetración de las violaciones cometidas con ocasión de aquella, golpeando a las víctimas, amenazando, incitando en todo momento a que se lleven a cabo, lo que hace que tenga responsabilidad en el hecho establecido y no en otro de menor penalidad. Se acreditó en estrados que los hechores, al momento de robar, portaban elementos para intimidar y de hecho lo hicieron, teniendo presente, respecto de las declaraciones de las víctimas ante carabineros, lo antes concluido ante lo aseverado por la defensa del imputado Mendoza, mismo razonamiento que se tiene por reproducido en cuanto las alegaciones sobre la no comparación del ADN de las víctimas con el de su representado. Que los dependientes de la botillería o el guardia con que P.L. se encontró no le prestaran un auxilio mayor nada indica, ya que evidentemente no podían siquiera imaginar la magnitud de los hechos que paralelamente afectaban a sus compañeros.

NOVENO: Que corresponde dar aplicación respecto al acusado Alejandro Contreras Marín a lo establecido en el artículo 72 del Código Penal, por cuanto, según consta de su certificado de nacimiento incorporado a juicio, a la fecha de ocurrencia de los hechos por los que se le juzga era mayor de 16 y menor de 18 años y de acuerdo a la resolución dictada por el Juzgado de Menores de La Serena, confirmada por la Il. Corte de Apelaciones de esta ciudad, ambas resoluciones introducidas a juicio, fue declarado con discernimiento en el delito complejo por el que se le juzga.

DÉCIMO: Que beneficia al acusado Contreras Marín la circunstancia atenuante de irrepachable conducta anterior, contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, comprobada con su extracto de filiación y antecedentes que no contiene condenas anteriores.

UNDÉCIMO: Que, aun cuando se adjuntó el extracto de filiación y antecedentes de Juan Mendoza Lucero, que contiene una condena como autor del delito de robo con intimidación, delito respecto del cual se incorporó la copia de sen-

tencia que le impuso dicha pena, con certificado de ejecutoria y un informe del Centro de Cumplimiento Penitenciario de esta ciudad que da cuenta que estando beneficiado con salida dominical quebrantó su condena, reingresando al Centro, sólo al ser detenido el día 4 de abril de 2004, por los hechos que nos ocupan, no perjudica al sentenciado Mendoza la circunstancia agravante del artículo 12 N° 14 del Código Penal, esto es, cometer el delito después de haber quebrantado una condena, por cuanto el artículo 63 del Código Penal, expresamente impide aumentar la pena con una agravante que constituye un delito penado por la ley, como ocurre con el quebrantamiento de condena, con prescindencia del hecho si efectivamente el acusado fue objeto de persecución penal, facultad privativa del Ministerio Público.

DUODÉCIMO: Perjudica a ambos acusados la circunstancia agravante contemplada en el artículo 456 bis N° 3, del Código Penal, esto es ser dos o más los malhechores, comprobada lamente con los elementos de juicio expuestos en los considerandos precedentes, teniendo además presente que, a juicio de estos sentenciadores, para configurar la agravante no resulta necesario que los imputados tengan antecedentes penales, por cuanto el peligro mayor para la víctima y la mayor seguridad con que obran los hechos amparados en su número, está siempre presente al haber multiplicidad de partícipes en un hecho delictual.

DECIMOTERCERO: Que perjudica a ambos imputados la circunstancia agravante contemplada en el artículo 456 bis n°1 del estatuto punitivo ya que tanto la apropiación, como las violaciones cometidas con ocasión de aquella, se ejecutaron en sitios faltos de vigilancia policial, oscuros, circunstancias que los autores buscaron para favorecer su impunidad. En efecto esta agravante, tal como lo señala el autor Mario Garrido Montt, en su obra Derecho Penal, primera edición, Tomo IV, parte especial, página 262 "explica su verdadero sentido en su frase final, cometer la sustracción en cualquier sitio o lugar en condiciones *que quede favorecido el delincuente en cuanto a que no será descubierto*". En la especie se acreditó que, si bien los delincuentes encontraron y comenzaron a intimidar a sus víctimas en la Avenida La Cantera, un lugar ilumina-

do, luego los trasladaron a un lugar sin vigilancia policial, oscuro, que les permitía asegurar la impunidad, donde verificaron la primera actividad perpetrada temporalmente, esto es la apropiación. L.T., relató que, ya intimidados, los hicieron cruzar la calle, porque "podían pasar los pacos", llevándolos a beber al lugar donde les sustrajeron sus especies, e incluso según relata M.T. después que los llevaron a tomar a ese lugar, los corrieron unos metros más atrás, antes de quitarles sus pertenencias. P.L. declaró que, si bien fueron interceptados por los hechos a la altura del Motel que hay en La Cantera, luego de intimidarlos con un arma de fuego y un cuchillo, los hicieron cruzar a un sitio menos alumbrado para robarles. Se aprecia claramente en la fotografía 1 tomada por Luis Santelices, que el terreno que está frente al Motel que Lagunas refiere, no es más que la continuación del sitio eriazado donde dos de las víctimas fueron violadas y tiene sus mismas características; los postes, como se observa, alumbran a la carretera y no al terreno, más aún si para robar los corrieron más atrás y las casas de la Villa están alejadas, fotografía que permite al Tribunal adquirir la convicción que ese sitio en horas de la noche reúne todas las características que permiten encuadrar la comisión de esta primera parte de la actividad delictiva en la norma agravatoria lo que inclusive se refuerza con la declaración de acusado Contreras, quien relató que los trasladaron a ese sitio porque había pasado carabineros. Luego, dos de las víctimas fueron llevadas, a golpes, a otro sector aún más despoblado, un sitio eriazado como relata L.T.. M.T. dijo que no supo que la carretera estaba tan cerca, hasta que vio a P.. En ese lugar, las víctimas fueron brutalmente golpeadas, intimidadas, abusadas de varias maneras y vejadas por horas, incluso el propio acusado Contreras reconoció que los hechos se prolongaron por alrededor de 6 horas. Este sitio no estaba tan cercano a la carretera, en efecto, cuando P.L. pasó por allí y encontró al guardia, se desprende del relato de ambos, que realmente estaban en la parte de atrás del sitio que da a la Villa Talinay. Contreras dijo que P. pasó por atrás del árbol, que se encuentra más alejado del tronco mirado desde La Cantera, como se aprecia en el set fotográfico, y que atrás había casas –la Villa Talinay–. El guardia Juan Aucañer, que trabaja en la Villa Ta-

linay, cuida de noche y es un testigo que puede dar fe sobre el punto, relató que entre la Avenida La Cantera y la Villa Talinay hay alrededor de 200 metros –terreno que comprende los sitios donde se verificaron la apropiación y las violaciones–, que a la fecha de los hechos eran peladeros, sitios eriazos, desde donde salió Contreras cuando lo vio, en ese sector no se ve nada en la noche, son sitios oscuros y sólo al ingresar a la Villa hay postes de alumbrado. Por allí hasta las 10 de la noche sale gente y cruza a la carretera, pero después de esa hora, no se ve nadie, relata que la luz de los vehículos y los postes no ilumina el peladero, sino hacia la calle La Cantera y la Villa Talinay. Ese sitio era tan oscuro que, si bien las víctimas vieron a P., porque las luces de la Villa con seguridad alumbraban el lugar donde él estaba, su amigo no pudo verlos, aun cuando estaba cerca, incluso vio que desde allí salió Contreras, lo que se revela en que los buscara más tarde por todos lados, con vecinos, sin sospechar su ubicación. El lugar como se ha visto tenía el objetivo buscado por los acusados de permitirles obrar impunemente, lo que esa noche lograron.

DÉCIMO CUARTO: Que respecto del sentenciado Contreras Marín, atendido que se trataba de un menor de edad a la fecha de la comisión de los hechos, corresponde aplicar la pena inferior en grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito que nos ocupa, llegando a presidio mayor en su grado mínimo. Lo favorece una circunstancia atenuante y lo perjudican dos agravantes de responsabilidad criminal, por lo que el tribunal no aplicará la pena en el mínimo, al compensar la atenuante con una de las agravantes referidas.

Que en el caso del acusado Mendoza Lucero, siendo la pena asignada al delito de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado, y perjudicándolo dos agravantes de responsabilidad criminal, sin que lo beneficie atenuante alguna, el tribunal está facultado a imponer la pena superior en grado al máximo señalado en la ley, lo que no resulta aplicable al caso sub-lite, en que el máximo de la pena está constituido por la más gravosa que contempla nuestra ley penal.

Que en este caso, en que se cometieron dos violaciones, con ocasión del robo con intimidación del que fueron víctimas tres personas, concurren dos calificantes del delito. El autor

Jaime Vivanco, en su obra *El Delito de Robo con Homicidio*, Editorial Conosur Ltda., página 106, señala que el artículo 453 del Código Penal resuelve expresamente, el concurso de calificantes en el robo, cuando se trata de circunstancias a que la ley señala pena diversa, como cuando concurren conjuntamente calificantes del número 1 y 2 del artículo 433 del Código Penal. En el caso que nos ocupa, en que todas las circunstancias que concurren merecen igual pena, la disposición en comento no es aplicable, debiendo recurrirse, en su concepto, al artículo 75 del estatuto punitivo, que es la norma general para resolver la penalidad del concurso ideal, concluyendo este autor que en virtud de ella *sólo cabe aplicar a cada uno de los autores la pena mayor para el delito*.

Por su parte el autor Alfredo Etcheberry, en su obra *Derecho Penal*, tercera edición, parte especial, tomo III, página 341, sostiene que cuando concurren varias calificantes, el delito es siempre único y la mayor extensión del mal se hará sentir en la pena por aplicación del artículo 69 del Código Penal.

En el caso que nos ocupa, aun de no compartirse la solución expresada por Vivanco, que obliga al Tribunal a aplicar a ambos sentenciados el máximo de la pena, atendido el mérito de los antecedentes, apreciando y ponderando las circunstancias del delito en el cual se cometieron dos violaciones, es decir, en el que concurren dos calificantes, el hecho que transcurrió durante largas horas –cuatro a seis–, en un sitio eriazo, robando y con ocasión de ello violando a las víctimas, menores de edad, varones, cuyas vidas se han visto terriblemente afectadas por los hechos, con graves consecuencias psicológicas y familiares y teniendo presente, además, que los autores obraron con saña y extrema crueldad en los vejámenes a que sometieron a dos de las víctimas del robo para violarlos, el tribunal estima procedente aplicar una sanción condigna con la gravedad del hecho punible y con las agravantes que han resultado acreditadas, aplicando las penas que se dirán en la parte resolutive de este fallo.

Y Visto además lo dispuesto en los artículos 1, 11 N° 6, 14, 15, 18, 24, 27, 28, 32 bis, 50, 67, 68, 69, 72, 361 N°1, 432, 433 N°1, 456 bis N°1 y 3 del Código Penal; 45, 49, 295, 297, 325 y siguien-

tes, 340, 341, 342, 348 y 468 del Código Procesal Penal se declara:

I.— Que se condena al imputado **ALEJANDRO ABRAHAM CONTRERAS MARÍN**, ya individualizado, a sufrir la pena de **DIEZ AÑOS DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MÍNIMO**, 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, como coautor del delito de robo con intimidación en la persona de L.T.D., M.T.J. y P.L.R., cometiéndose con ocasión del mismo violación de los dos primeros perpetrado en Coquimbo, la noche que se inicia el 3 de abril del año 2004.

II.— Que se condena al imputado **JUAN LEONARDO MENDOZA LUCERO**, ya individualizado, a sufrir la pena de **PRESIDIO PERPETUO CALIFICADO**, accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos por el tiempo de la vida del condenado y la de sujeción a la vigilancia de la autoridad por el máximo establecido en el Código Penal, como coautor del delito de robo con intimidación en la persona de L.T.D., M.T.J. y P.L.R., cometiéndose con ocasión del mismo violación de los dos primeros perpetrado en Coquimbo, la noche que se inicia el 3 de abril del año 2004.

III.— Que se condena a ambos imputados al pago por mitades de las costas de la causa.

IV.— Que no reuniéndose los requisitos legales, no se concede a los sentenciados ninguno de los beneficios establecidos en la ley 18.216, por lo que deberán cumplir real y efectivamente las penas impuestas. La pena se contará, para el condenado Contreras Marín, desde el día 6 de abril de 2004, fecha desde la cual se encuentra ininterrumpidamente privado de libertad, según da cuenta el auto de apertura que dio inicio a este juicio. Al sentenciado Mendoza Lucero le servirá de abono en el cumplimiento de la pena los 3 días que permaneció detenido con motivo de esta causa entre el 4 y el 6 de abril de 2004, según da cuenta el auto de apertura que dio inicio a este juicio, la que cumplirá a continuación de la que actualmente purga y que se le impuso en causa RUC 020002255-3, rol interno 39-2002, por este Tribunal.

V.— Hágase devolución, en su oportunidad, de la evidencia y documentación acompañada al Ministerio Público.

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

Regístrese.

El juez Juan Carlos Espinosa Rojas previene que no comparte la decisión de que perjudique a ambos sentenciados la agravante especial del artículo 456 bis N° 1 del Código Penal, esto es, la de ejecutar el delito en sitios faltos de vigilancia policial, oscuros, solitarios, sin tránsito habitual o que por cualquier otra condición favorezcan la impunidad, ya que no se acreditó de un modo irrefragable en el juicio la concurrencia de los presupuestos fácticos de esta circunstancia agravatoria ni la de sus requerimientos subjetivos en cuanto a haber existido por parte de los agentes un ánimo, una voluntad, un querer aprovecharse de las citadas circunstancias del lugar para llevar a cabo sus sórdidos y criminales designios. En cuanto a lo primero, no parece probable, siquiera conceptualmente, que una calle como la Avenida La Cantera, en las proximidades de la intersección con la ruta 5 Norte, a las 23:30 horas de un día sábado por la noche (lugar, día y hora de ocurrencia de los hechos) pueda tratarse de un lugar que reúna tales características y, por el contrario, parte de la misma prueba de cargo parece demostrar lo contrario. Así, el testigo L.E.T.D., víctima de los sucesos, refiere que el lugar en que los interceptaron (frente a un motel blanco de Av. La Cantera) estaba iluminado, existiendo más arriba una discoteca, aunque no sabe si estaba funcionando, y que por allí corre locomoción colectiva, aunque en ese momento ya no estaba pasando, agregando que el sitio eriazó al que los llevaron estaba un poco más allá de la distancia que supone hay entre su ubicación en la sala de la audiencia y las ventanas de la parte de acceso del público, que indicó con su mano. La víctima M.Á.T.J., a su turno, expresó que los sujetos los abordaron a la altura de un motel, que el lugar era iluminado, y que desde el lugar al que los llevaron después, pudo ver de pronto a P. que volvía, dándose cuenta que estaban cerca de la carretera. Y P.J.L.R., la tercera víctima, señaló también que habían pasado por el frente del motel y que

los llevaron a un sitio "más oscuro", donde los compelieron a beber alcohol, obligándolo a él después a acompañar a uno de los sujetos a una botillería a la que tardaron ocho minutos en llegar, lugar éste donde logró pedir ayuda; y finalmente, el policía Ramírez Cáceres, que refirió que el sitio del suceso estaba distante a veintisiete metros del motel y como a veinte metros de la carretera.

Por último, en cuanto al componente subjetivo de esta agravante, explicitado precedentemente, la prueba rendida por el Ministerio Público tampoco permitió establecerlo, sea porque sencillamente no tuvo tal propósito probatorio y sólo tangencialmente se aportaron antecedentes como el del testigo T.D. cuando refirió que los sujetos los hicieron cruzar la calle porque podían venir carabineros, lo que en todo caso no es indicativo de una intención diversa de la conducta que puede exhibir cualquier delincuente para cometer su fechoría con alguna mínima prevención de no ser sorprendido; en fin, sea porque tampoco apareció este elemento de la forma en que se fueron desencadenando los sucesos que terminaron con el total despliegue de la conducta criminal de los agentes, puesto que se encuentra acreditado que éstos interceptaron a sus víctimas en la vía pública, mientras caminaban por

una avenida, muy cercana a la carretera principal, en un sector iluminado, trasladándolos luego a un lugar que si bien podía ser abierto, inculto y oscuro, se encontraba en cambio a escasos metros de la parte iluminada del camino, el que por su naturaleza no podía ser un lugar falto de vigilancia policial, ya que aparte de unos moteles y una discoteca que estaba "más arriba", en el decir de uno de los afectados, también podía pasar la locomoción colectiva y a escasos ocho minutos caminando había un lugar de expendio de bebidas alcohólicas, características todas éstas que difícilmente permiten avizorar un ánimo en los sujetos de buscar la impunidad y un actuar sobre seguro, a través de las especiales condiciones del lugar escogido para perpetrar sus designios, sino, por el contrario, casi un desenfado y desprecio por tales seguridades, razones todas que llevan a este juez a concluir que no ha concurrido la agravante específica que se ha venido comentando.

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

Rol: 213-2004.

Dictada por los Jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena Caroline Turner González, Nury Benavides Retamal y Juan Carlos Espinosa Rojas.

- **Condena al acusado como autor de abusos sexuales reiterados, por estimar contrario a la lógica que siendo cinco las víctimas hayan podido ser abusadas a través de una única conducta. Además, a pesar de condenar a la pena de 3 años y un día, no se conceden medidas alternativas dado el carácter negativo del informe presentencial.**

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

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de abuso sexual reiterado del artículo 366 bis del Código Penal. El querellante acusó por el mismo delito, alegando, además, la concurrencia de la circunstancia del artículo 363 N° 4 y la agravante del artículo 12 N° 7, ambos del Código Penal. La Defensa solicitó la absolución de su representado alegando su inocencia. En subsidio solicitó se estimara como muy calificada la atenuante de la irreprochable conducta anterior, así como que no se considerara el informe presentencial desfavorable emitido por el Consejo Técnico del Centro de Reinserción Social. El Tribunal tuvo por acreditados tanto los hechos, como la participación en ellos del acusado. Respecto de las alegaciones del querellante, el Tribunal las rechazó por estimar que la corta edad de sus víctimas era el mismo supuesto que ya contempla la figura típica por la que se condenó, y porque al no haber estado el acusado al cuidado de los niños, difícilmente pudo aprovecharse de alguna especial confianza depositada en él. En cuanto a las alegaciones de la Defensa de no ser un delito reiterado, el Tribunal las rechazó manifestando que habiendo sido cinco los menores ofendidos, no resultaba lógico que hayan podido ser abusados en un mismo tiempo y ocasión y a través de una única conducta. Y si bien la atenuante invocada fue acogida, el Tribunal señaló que para calificarla era necesario haber acreditado los hechos que lo justificaran, no bastando la mera petición. Finalmente, respecto del informe presentencial, el Tribunal hizo suyas sus conclusiones, no otorgándole beneficio alguno de la ley 18.216.

Texto completo:

Antofagasta, siete de febrero del año dos mil cinco.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Los días treinta y uno de enero, primero y dos de este mes y año, ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, constituido por el juez Presidente de la Sala don José Delgado Ahumada y los jueces don Dinko Franulic Cetinic y doña Claudia Lewin Arroyo, se llevó a efecto la audiencia del juicio oral de la causa R.I.T. Nro. 181-2004, R.U.C. Nro. 0300169751-9, seguida por los delitos reiterados de abuso sexual en contra de **Eduardo Mauricio Araya Lobos**, cédula nacional de identidad N° 7.664.097-1, chileno, soltero, nacido en Antofagasta el 14 de mayo de 1955, de 49 años, trabajador independiente, domiciliado en calle Bellavista N° 4882 de esta ciudad.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por el fiscal don Cristián Aguilar Araneda asistido por la abogada doña Tamara Farrén Llantén, ambos con domicilio en calle Condell N° 2235 de esta ciudad, acusación fiscal a la que se adhirió –como querellante– el Servicio Nacional de Menores de la Segunda Región, representado por la abogada doña Patricia Durán Benett, con domicilio en Avenida Grecia Nro. 2030 de esta ciudad.

Asimismo intervino como querellante deduciendo acusación particular y demanda civil doña Marinka Álvarez Sapunar, representada a través del Centro Regional de Atención Integral a Víctimas de Delitos Violentos por los abogados Carlos Tello Luza y Sissi Bertoglio Cortés, todos con domicilio en Antofagasta Avenida Grecia Nro. 2032 tercer piso.

Por último, la defensa del imputado estuvo a cargo de la abogada de la Defensoría Penal Lici-

tada doña Marna Zepeda Duhalde, domiciliada en calle Latorre N° 2631 quinto piso de Antofagasta.

SEGUNDO: La acusación del Ministerio Público, a la cual se adhiere el Servicio Nacional de Menores, tuvo por fundamento la siguiente relación de hechos: “Durante los meses de marzo a noviembre de 2003, el acusado realizó actos de significación sexual y relevancia que afectaron a los menores J.M.V.C., B.A.V.G., K.G.E.Á. y A.Y.S.A., todos de tres años de edad a la fecha de comisión de los hechos. Anteriormente el acusado realizó actos de la misma naturaleza que afectaron a la menor M.M.C.F.M., actualmente de nueve años de edad. Estos actos consistieron en penetración digital en la zona anal y tocaciones en el pene por debajo de la ropa en el caso de los menores varones y, tocaciones en la vagina y/o vulva en el caso de las menores mujeres. Todos estos actos ocurrieron en el interior del jardín Tortuguina, donde el acusado se desempeñaba como auxiliar, ubicado en calle Paihuano N° 1169 de esta ciudad”.

A juicio del Ministerio Público, los hechos son constitutivos del delito consumado de abuso sexual reiterado, ilícito previsto en el artículo 366 bis del Código Penal, atribuyéndole al acusado la calidad de autor, en conformidad al artículo 15 N° 1 del mismo cuerpo legal.

Requirió el órgano acusador que al imputado se le imponga una pena de cinco años de reclusión menor en su grado máximo, las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, además la interdicción del derecho a ejercer la guarda y ser oído como pariente en los casos que la ley designa, la sujeción a la vigilancia de la autoridad durante el tiempo máximo permitido por la ley y el pago de las costas de la causa.

A su turno, los representantes de la querellante Marinka Álvarez Sapunar, acusadora particular, puntualizaron en sus alegaciones de apertura y cierre, que el hecho fundante de su acusación –que coincide con aquel imputado por el Ministerio Público, mas está circunscrito únicamente a la menor K.E.A.– constituye la figura agravada de abuso sexual del artículo 366 bis inciso 2° del Código Penal, por concurrir la circunstancia del

artículo 363 Nro. 4 del mismo cuerpo legal, esto es, cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual. De otra parte, reconoció la concurrencia de la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior que beneficiaría al acusado, en tanto que indicó que le perjudicaría la agravante del artículo 12 Nro. 7 del Código Penal, o sea, cometer el delito con abuso de confianza.

En atención a lo anterior requirió la imposición de una pena de 5 años de reclusión menor en su grado máximo, las accesorias legales y el pago de las costas de la causa. Además dedujo demanda civil por indemnización de perjuicios por concepto de daño moral, solicitando que el imputado sea condenado al pago de la suma de \$10.000.000.– más reajustes e intereses contados desde la dictación de la sentencia y hasta su pago íntegro y efectivo.

TERCERO: La defensa del acusado sostuvo en su alegato de apertura que su representado no es culpable, ya que no existirían elementos suficientes para acreditar su responsabilidad desde que la prueba del propio Ministerio Público acreditará que sus condiciones laborales no le daban ocasión ni le permitían la realización de los abusos que se le imputa, no obstante que respecto de algunos de ellos existieran constancias médicas que los acreditan.

CUARTO: El delito de abuso sexual, materia de la acusación fiscal de este juicio, requiere para su configuración que el hechor realice una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de doce años, cuando no concurren las circunstancias enumeradas en los artículos 361 o 363 del Código Penal, ello conforme a la redacción que –a la época de ocurrencia de los hechos– tenía el artículo 366 bis inciso 1° del Código Penal.

Lo que ha de entenderse para esta figura penal, como acción sexual, se ha precisado en el artículo 366 ter del Código Penal, que dispone que “se entenderá por acción sexual cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella”.

QUINTO: Con el fin de establecer la concurrencia de los elementos típicos reseñados, el

Ministerio Público presentó prueba testimonial, pericial y documental, la que para efectos de mejor comprensión y análisis, presentó en bloques, circunscritos éstos a cada uno de los menores ofendidos, para finalmente rendir las probanzas que tenían carácter general y común, lo que se pormenorizará a continuación y del mismo modo; prueba a la que adhirieron las dos partes que intervinieron como querellantes, una de ellas acusadora particular y demandante civil.

EN RELACIÓN A LA VÍCTIMA M.F.M.:

a) El ente acusador presentó el testimonio de la menor **M.M.C.F.M.**, quien escuchada a través de circuito cerrado de televisión, manifestó que tiene 9 años de edad, que sus hermanos se llaman José, Francisco, John y Ernesto. Señaló que, en una fecha en que no pudo precisar, cuando fueron a dejar a su hermano más pequeño al jardín infantil Tortuguita: “vino el Tío Eduardo y me llevó para una sala, cerró la puerta con llave con las cortinas corridas y las ventanas abiertas, yo veía a los niños almorzando. El tío me dijo que me desabrochara los pantalones y después me metió la mano adentro y empezó a tocarme la vagina, aquí abajo, lo hizo por debajo de la ropa”.

Precisó a petición del Ministerio Público que no recuerda qué edad tenía cuando ocurrió lo relatado, agregó además, que el tío Eduardo le pidió que le tocara el pene, lo que hizo con sus manos por sobre la ropa de éste, posteriormente apareció un hermano suyo y la llamó y ella le pidió al tío –dos veces– que abriera la puerta, lo que hizo en la segunda ocasión en que se lo solicitó. Expresó también que el tío Eduardo al que alude es quien hacía el aseo en el jardín, reconociendo al imputado cuando a través del circuito cerrado de televisión se le proyectaron los rostros de los asistentes a la audiencia.

Puntualizó frente a una pregunta de la abogada del Sename que lo que le hizo el tío Eduardo ocurrió una sola vez y que le contó a su papá lo sucedido.

Requerida por la defensa explicó que cuando ella era pequeña también asistió al jardín Tortuguita, que en tal época el tío Eduardo también trabajaba allí pero no le hizo nada.

b) También compareció doña **Laura Marjina Plaza**, madre de M., quien manifestó que ade-

más de M. tiene 4 hijos varones: José, Francisco, John y Ernesto, agregando que en una ocasión durante el año 2003, en fecha que no recuerda con precisión, M. se enfermó por lo que no fue a la escuela, sin embargo tenía que ir a buscar al colegio a sus otros hijos y para no gastar tanto en locomoción “hizo hora” en el jardín infantil al que asiste su hijo más pequeño, junto a la niña a quien dejó ir a jugar a un sector de juegos.

Señaló que pasó algún tiempo y se enteró que ese día el tío Eduardo, que hacía el aseo, le había hecho tocaciones a su hija, lo que ella no le develó de inmediato sino que le contó primero a su padre.

A petición de la Fiscalía reconoció al acusado como el tío Eduardo al que hizo referencia.

Consultada por la defensa precisó que todos sus hijos asistieron al jardín Tortuguita y que sólo M. tuvo problemas con el tío Eduardo, de lo que se enteró con posterioridad porque la niña le contó únicamente a su padre y éste no le contó a ella por temor a su reacción. También reconoció que su madre (abuela de la menor) requirió una medida de protección a favor de sus hijos por supuesto maltrato paterno y materno y que en la actualidad conserva el cuidado de los más pequeños.

c) Se aportó –como pericia– el testimonio de la **psicóloga María Cristina Orellana Urrea**, quien refirió haber cursado sus estudios en la Universidad Católica del Norte, que actualmente trabaja en el Proyecto Bahía Esperanza, que se ha especializado en maltrato y abuso sexual infantil desde el año 2003 cuando trabajó en Taltal en un centro de maltrato infantil, ingresando durante el año 2004 al proyecto en el que actualmente trabaja en procesos de reparación de menores víctimas de abuso sexual y evaluaciones periciales.

Vinculado con la pericia expresó que entre los meses de agosto a septiembre de 2004 evaluó pericialmente a la menor M.F.M. por sospecharse abuso sexual de parte de “un tío” del jardín infantil Tortuguita, lo que fue denunciado por la abuela materna de la niña quien además requirió una medida de protección por maltrato por ambos padres.

Dijo que la evaluó en dependencias del Proyecto Bahía Esperanza en 3 sesiones, la primera destinada a establecer “raport” o vínculos

necesarios para el proceso y evaluar las características básicas necesarias de la niña para poder evaluarla; en la segunda realizó una entrevista semiestructurada orientada a recoger el relato e indicadores relacionados con la experiencia vivida y en la última se evaluó sintomatología y cierre del proceso.

Refirió como resultados, que la niña tiene un adecuado desarrollo de sus habilidades lo que es un requerimiento básico que posibilitó la evaluación de manera correcta. Dijo que aunque en un principio presentó moderados signos tensionales, éstos fueron disminuyendo, pero frente a la exploración de la temática de abuso manifestó alto grado de ansiedad e incluso utilizó estrategias tendientes a evitar la exploración, sin embargo fue capaz de referir que en una ocasión en que con su familia fueron al jardín infantil a dejar a su hermano menor y "el tío Eduardo" la toma de la mano, la lleva a una sala donde la encierra y le realizó tocaciones en su vagina por debajo de la ropa y le pide que ésta toque su pene.

Explicó que los indicadores emocionales y conductuales observados en la niña, su coherencia emocional, lenguaje utilizado, la forma como devela los hechos, análisis de contenido del relato como su estructura lógica, engranaje contextual y referencia a detalles específicos, todos indicadores que, aunados, dan cuenta de un relato válido y veraz, descartándose una ganancia secundaria por parte de terceros.

Puntualizó a petición del Ministerio Público que la niña le dijo que los hechos ocurren en fecha no precisada del año 2003 y que específicamente consistieron en que el tío Eduardo, a quien conocía por ser el tío que regaba y hacía aseo en el jardín, la tomó de la mano y la lleva a una sala al lado de unos baños, cierra la puerta y le pide que se desabroche el pantalón, tocándola en su vagina por debajo de la ropa, también le pide que le toque el pene por encima de la ropa y que su hermano Francisco la encontró y habría visto cuando el tío la tocaba y pudo salir de la sala.

Como indicadores de validez del relato señaló que se encontraba la circunstancia que la niña da cuenta de un hecho en donde identifica un agresor, identifica una situación que describe con su dinámica, contexto y data de ocurrencia. Dijo que también existen indicadores emocionales y

conductuales asociados al relato que tienen que ver con la congruencia emocional y conductual en cuanto al contenido del relato y el lenguaje no verbal asociado a éste, como un alto grado de ansiedad frente a la exploración, presencia de silencios prolongados, evasión de preguntas tendientes a explorar la situación de abuso, manifestación de sentimientos de vergüenza, destacando que el alto grado de angustia se manifestó también porque la niña se defecó durante la entrevista exploratoria del abuso.

Dijo que la develación de la niña no fue voluntaria sino que a partir de lo referido por su hermano Francisco que la obliga a contarle a sus padres.

Añadió que también se aplicaron indicadores de validez de contenido de acuerdo a los criterios del "SVCA" que dan cuenta de un relato veraz, por cuanto tiene estructura lógica y coherente, da referencia a detalles específicos e inusuales respecto de la temática de abuso, se contextualiza dentro de las actividades que realiza la niña, que hace referencia a situaciones inesperadas como la aparición de su hermano Francisco y por último porque se trata de un relato que refiere olvidos o falta de memoria, lo que también indica validez de su contenido.

La deponente descartó la hipótesis de falsificación por parte de la menor, lo que siempre se plantea como posibilidad al inicio de la evaluación pericial, de manera que pudo concluir que efectivamente la niña fue víctima de una agresión sexual por parte de un sujeto identificado como "tío Eduardo".

Consultada por la abogada del Sename manifestó que la niña nunca dudó en cuanto a la identificación de su agresor y explicó que no es anormal que la menor no sea capaz de identificar la época en que ocurren los hechos, ya que acorde a su edad lo normal es que retenga el qué le hicieron, dónde, cómo, mas no lo pertinente al cuándo. En cuanto a las razones por las cuales no se habría defendido o pedido ayuda explicó que ello se debe a la dinámica de las agresiones a niños menores en que éstos se sienten culpables y responsables de lo ocurrido.

Requerida por la defensa puntualizó que la niña se presentó acompañada por su madre en la primera y segunda sesión, que no consideró

necesario utilizar como instrumentos de evaluación tests psicométricos, proyectivos o gráficos, sino que únicamente la entrevista semiestructurada, que no tuvo el carácter de evaluación o entrevista clínica pues no es lo más adecuado a un informe pericial como el solicitado. También en cuanto a los métodos y para garantizar la rigurosidad del proceso, indicó que al inicio de la evaluación se plantearon diversas hipótesis las cuales se contrastan durante el proceso y en relación a los resultados se pueden establecer las conclusiones.

Aclaró en relación a la evaluación de criterios de validez de contenido o "SVCA" que como se trata de un test no estandarizado para la población de Chile, sólo lo verificó cualitativa y no cuantitativamente, pero que en todo caso detectó 11 de los 19 ítems que contempla lo que es importante atendido el estado evolutivo de la niña, con 9 años, destacando la presencia de detalles inusuales que no tienen relación con la situación, la coherencia en el relato con hilo conductor en cuanto al tiempo, lo que unido a los indicadores emocionales y a la sintomatología asociada al abuso sexual, dan cuenta de un relato veraz.

Por último, indicó que la menor habló de lo ocurrido en la segunda sesión, que lo hizo claramente aunque utilizó mecanismos defensivos para evitar la exploración de momentos traumáticos.

d) El órgano acusador incorporó a través de su lectura resumida el certificado de nacimiento de M.F.M., nacida el 3 de junio de 1995 y el informe psicológico pericial de 7 hojas evacuado por la profesional María Cristina Orellana, respecto del cual declaró en la audiencia.

EN RELACIÓN A LA VÍCTIMA J.V.C.:

a) El Ministerio Público hizo comparecer al menor **J.M.V.C.**, quien escuchado a través de circuito cerrado de televisión, manifestó que tiene 4 años de edad, que ha asistido al jardín infantil Rabito y Tortuguita. Consultado por lo que hacía el "tío Eduardo" del Jardín Tortuguina, dijo "que le quitaba los juguetes a las tías" y que le tocaba los ojos (llevándose el dedo índice derecho al ojo), agregó que el tío lo tocaba "en el pote" que "con el dedo me tocó".

Requerido por la defensa para que dijera si su mamá le preguntó qué le habían hecho en el

jardín, manifestó que sí y que con su mamá fue a hablar de lo ocurrido con otra persona.

b) Compareció la madre del menor doña **Carmen Cordero Muñoz**, que dijo que su hijo J. es el mayor, que durante el año 2003 asistió al Jardín Tortuguita, que al niño le gustaba asistir, pero pasadas las vacaciones de invierno manifestó no querer ir al jardín, que se quejaba que le dolía el potito y no dejaba que se le lavara por lo que ella le preguntó las razones manifestando el niño "que el tío Eduardo del jardín le hacía maldad, que le metía el dedo en el potito". La deponente reconoció en la audiencia al acusado como el tío Eduardo del que le hablaba su hijo y señaló que éste tenía contacto con los niños, que incluso una de las tías le manifestó que les ayudaba a limpiarle el potito a los niños.

A petición del Sename manifestó no tener ningún motivo para incriminar al acusado, que lo hace porque le cree a su hijo el cual ha sido persistente en indicarlo como su agresor.

Consultado por el querellante señaló que del asunto conversó con la madre de otro niño llamado Ángel, de nombre Catherine.

Contrainterrogada por la defensa precisó que el niño le develó lo ocurrido en el mes de octubre del 2003 después que se enteraron por la madre del menor Ángel de lo sucedido a éste, entonces ella y su suegra le preguntaron a J. y éste les contó lo que le hacía el tío Eduardo. Posteriormente lo llevó a un médico que lo atendió en un Consultorio y extendió un dato de atención de urgencia, también lo examinaron en el Hospital y debió entrevistarla a ella y al niño, un psicólogo.

Afirmó por último, que la Directora del Jardín no las apoyó, que se hicieron reuniones y en ellas se decía que los niños estaban mintiendo.

c) Compareció además doña **Velinda Garcés Nuñez**, quien dijo ser abuela paterna de J., al cual cuidó cerca de un mes durante el año 2003, cuando asistía al Jardín Tortuguita, recordando que en una ocasión fueron citados a una reunión donde se les informó lo que ocurría, al regresar interrogó a su nieto y éste dijo que el "tío Eduardo le metía los dedos en el potito" y aun cuando antes de ello el niño se quejaba de dolor en esa zona, ella no pensó en nada malo y sólo lo lavaba.

Contrainterrogada por la defensa señaló que estuvo a cargo del niño aproximadamente en noviembre de 2003, que cuando asistió a la reunión en el jardín y habló la mamá de uno de los niños afectados, la tía planteó la posibilidad que los niños estuvieran mintiendo, que eso le dio la impresión “que la tía como que protegía al caballero”.

d) Prestó testimonio el médico cirujano don Robert Sornoza García, quien señaló trabajar durante el año 2003 en el Consultorio Corvallis de esta ciudad y que en tal condición examinó el 7 de noviembre a J.V. que al parecer se presentó acompañado de su abuela, la que indicó que la enviaban desde el jardín infantil y se encontraba preocupada por el motivo de la consulta. Manifestó que ante lo narrado por la abuela en orden a que al niño le dolía el ano, éste sólo asentía y señalaba la zona del potito.

Como hallazgo indicó que encontró la zona perianal enrojecida y lo derivó al Hospital Regional. A petición del Ministerio Público se le exhibe un documento denominado formulario de traslado, donde consta su apreciación y en el cual reconoce su firma.

Interrogado por el Sename señaló que no está en condiciones de afirmar o descartar si el niño fue víctima de abuso sexual, por cuanto los hallazgos encontrados pueden deberse a múltiples razones.

Contrainterrogado por la defensa puntualizó que cuando entrevistó al niño la abuela le decía a éste “dígame que el tío le hace tocaciones”.

e) Prestó testimonio –ofrecido como perito– el psicólogo don Pablo Llorente Rivera, quien indicó que la Fiscalía le pidió la evaluación pericial psicológica del niño J.V., entregándosele como antecedentes que se sospechaba de que un auxiliar del jardín infantil al que asistía, el “tío Eduardo” le habría realizado abusos sexuales, lo que el niño develó a su abuela paterna señalando que “ese tío le hacía maldad en el potito”.

Refirió el perito que para evaluar utilizó la entrevista semiestructurada y a través de una entrevista con la madre evaluó la sintomatología. Como resultados dijo que se trata de un niño moderadamente activo y afable, que el principio no denotó signos de ansiedad pero que modificó su

conducta al reconocer verbalmente el lugar de ubicación de su zona anal, comenzó a inquietarse y la conducta se agudizó cuando se exploró en relación a su permanencia en el jardín infantil y al hablar del tío Eduardo.

Indicó que el niño únicamente se limitó a verbalizar que “el tío Eduardo me hacía maldad”, afirmación que sostuvo mas no profundizó ni precisó, pero que acompañó con movilización ansiosa, con actitudes evitativas o de indiferencia, que además como el niño presentó sintomatología atribuible a abuso sexual concluyó como altamente probable que éste haya sido abusado sexualmente, por la conjugación de todos los antecedentes señalados, manifestando también que en relación a esos resultados informó la necesidad de hacer un trabajo reparatorio.

Consultado por el Ministerio Público acerca de su experiencia profesional, indicó haber cursado los estudios de psicología en la Universidad José Santos Ossa, que actualmente se desempeña en un proyecto especializado de reparación de maltrato y abuso sexual infantil “Bahía Esperanza”, área en la que se ha desempeñado por 2 años en tanto que como perito en la temática desde hace un año y medio.

Explicó que la evaluación de J. la hizo en 4 sesiones más una entrevista con la madre. Dijo que entre los indicadores emocionales que encontró destacó que cuando el niño verbalizó “que el tío le hacía maldad” se vio ansioso y evitativo del tema. Señaló además que advirtió efectos post traumáticos reactivos a una situación de abuso sexual, por ejemplo irritabilidad, agresividad, temor a hombres desconocidos, sentimientos de temor al estar en las inmediaciones del jardín infantil.

Precisó que el niño nunca se refirió a otra persona distinta del “tío Eduardo” como agresor y que tampoco encontró hallazgos que hicieran presumir una fabulación.

Consultado por el Sename en torno a las razones por las cuales el niño señaló en la audiencia que el tío le tocaba los ojos y le quitaba los juguetes, explicó que dichas expresiones aluden a verbalizar el malestar que el niño asocia a la experiencia de interacción con esa persona.

Durante el contrainterrogatorio de la defensa refirió que no estimó necesario aplicar tests

psicológicos al menor, que el método empleado esto es la entrevista semiestructurada no es más propia de una entrevista clínica sino de una pericial. También precisó que si evaluó cognitivamente al niño, específicamente en torno a la capacidad para distinguir entre lo real y lo no real, entre cosas ocurridas y las que no, entre lo que es verdad y lo que no lo es, concluyendo que tiene tal capacidad.

En cuanto a las razones por las cuales no sometió al control de validez del contenido de su relato o "SCVA", explicó que fue por la corta edad del niño y que en cuanto a la madre no correspondía aplicárselo a ella, por cuanto se la entrevistó únicamente para ver la sintomatología del niño.

También puntualizó que el niño sostuvo que el tío Eduardo "le sacaba los juguetes", "le sacaba la tortuga con ruedas" y "le tocaba la caca al Chago" sin que pudiera profundizar más en torno a esta última afirmación pues no lo consultó con la madre.

Finalmente a petición del tribunal, el profesional explicó que es posible que el niño ante él no haya pormenorizado con detalles la situación de abuso vivida, ya que sólo se refirió a que el tío le hacía maldad y que sin embargo 1 año y medio después –en la audiencia del juicio– sí lo pudiera expresar, por cuanto su mejor estado emocional actual y la circunstancia de haber recibido tratamiento terapéutico posibilita lo anterior.

f) El órgano acusador incorporó a través de su lectura resumida el certificado de nacimiento de J.V.C., nacido el 23 de junio del año 2000, el informe psicológico pericial de 6 hojas evacuado por el profesional Pablo Llorente Rivera, respecto del cual declaró en la audiencia y el formulario de traslado emanado del Consultorio Corvallis el 7 de noviembre de 2003 y suscrito por el médico Robert Sornoza, que lo reconoció en la audiencia.

EN RELACIÓN A LA VÍCTIMA B.V.G.:

a) El Ministerio Público hizo comparecer al menor **B.V.G.**, quien escuchado a través de circuito cerrado de televisión a modo de resguardo, expresó que tiene 4 años de edad, que antes iba al Jardín Tortuguita y que: "El tío Eduardo se portaba mal porque... no sé".

El Ministerio Público le preguntó qué le hacía el tío Eduardo y el niño respondió que no sabía. También afirmó recordar que su mamá estuvo triste explicando que fue "porque sí" y que no sabe si le contó a su mamá lo que le había hecho el tío Eduardo.

Agregó el menor –cuando se le consultó cómo se portaba el tío Eduardo con él– que "se portaba mal porque le tocaba el pene y el pote".

Requerido por el Sename, señaló que lo narrado ocurría en el jardín Tortuguita.

A petición de la defensa dijo que su mamá se lo contó "más días".

b) También declaró la madre del niño **doña Ana María Gatica Pinilla**, quien expresó que su hijo B. asistió al Jardín Tortuguita durante el año 2003, que entre abril y septiembre observó cambios como pesadillas, temor a dormir solo, que se orinaba en la cama y rechazo a asistir el jardín. En octubre de ese año se enteró que un tío que hacía el aseo le hizo abusos deshonestos a otro niño de nombre Ángel y en atención a ello le consultó si a él le había pasado lo mismo, respondiéndole el niño que sí, que el tío le metía los dedos en el potito por debajo de su ropa y le tocaba el pene.

Indicó que aunque en el jardín había otro auxiliar además del acusado, su hijo nunca tuvo dudas respecto de la persona de su agresor, al cual reconoce en la audiencia.

Manifestó desconocer si al acusado se le permitía el contacto con los niños.

Agregó que su hijo ha recibido apoyo de un psicólogo sin embargo presentó retrocesos cuando supo que debería declarar en el juicio.

Durante el contrainterrogatorio de la defensa precisó que interrogó a su hijo luego de enterarse de lo ocurrido con el menor A. y que no llevó a su hijo al médico ni quiso hacer denuncia "porque no quería que le pasara lo de ahora". Indicó que en el Jardín hicieron más de una reunión, que ella asistió a una y a la otra no.

c) El órgano acusador presentó –en condición de perito– a la **psicóloga Julia Rodríguez Valenzuela**, quien manifestó que a requerimiento de la fiscalía evaluó en enero del 2004 en dependencias del Proyecto Bahía Esperanza y en 4 sesiones, al menor B.V. y también consultó a su madre a través de una entrevista semiestructurada orien-

tada a evaluar eventuales cambios de actitud e indicadores asociados a la ocurrencia de la situación de abuso.

Indicó que las 2 primeras sesiones se destinaron a crear un vínculo de confianza con el niño y en las otras 2 exploró la situación y los indicadores de abuso.

La deponente señaló que a partir de una serie de elementos observados en la evaluación del niño y otros aportados por la madre concluyó la existencia de abuso sexual en la forma de tocamientos en la zona del pene y ano, identificando el menor a su agresor como “el viejo del jardín Tortuguita”, situando lo ocurrido en las horas de almuerzo, advirtiendo correlato emocional que acompaña al relato y descartando la influencia de terceros o ganancias secundarias.

Requerida por el Ministerio Público dijo que estudió en la Universidad Católica del Norte, que tiene experiencia en la temática de maltrato y abuso sexual desde el año 2002 cuando se desempeñó en el centro “Crecer Juntos” donde intervino a niños en evaluación, diagnóstico y tratamiento con niños víctimas de maltrato leve y moderado y a partir del año 2003 con igual función en el Proyecto Bahía Esperanza donde además se aborda la problemática de abuso sexual y comienza a realizar pericias.

El Ministerio Público le pidió a la perito que textualmente se refiriera a lo expresado por el niño y apoyada en su informe señaló como expresiones del niño: “mamá ¿cómo se llamaba el viejo que movía el pene?”, “el viejo me tocaba el pene y metía el dedo a pote” (al tiempo que indica con su dedo la zona y saca la lengua y es capaz de indicar la zona anal y genital), respondiendo además el niño que esto ocurría en el jardín y cuando estaban almorzando los niños.

En cuanto a los indicadores emocionales y conductuales asociados al abuso sexual presentados antes de la develación por el menor, indicó que fueron reportados por la madre por la edad del niño y tuvieron relación con el rechazo hacia el contexto físico del jardín, reacciones somáticas como dolor abdominal al llegar al jardín, llanto frecuente al sentirse que se separará de la madre, incrementando los sentimientos de apego a la madre, orinarse más de la cuenta, falta de apetito, presentó reacciones emocionales una vez

que mantiene contacto con el auxiliar del jardín, según dijo la madre cuando llegaban el tío miraba a B. y él bajaba la mirada, se metía el dedo en la boca, lo que significa una señal de temor e inversión frente a la figura de su agresor, destacando que ese gesto se repitió mucho durante la evaluación. También precisó que la conducta al regresar del jardín era de agresividad y que cuando al niño se le modificó la asistencia al jardín, a media jornada, su sintomatología disminuyó considerablemente.

En cuanto a lo ocurrido después de la develación constató que el niño rechazaba el contacto corporal, como también que se le aseara, de otra parte retrocedieron sus habilidades sociales.

Precisó que en las primeras sesiones se evalúan las habilidades cognitivas del niño dentro de las cuales se encuentra la relación mentira-verdad y como tal distinción era manejada por el niño, descartó una fabulación. También excluyó tal posibilidad porque el relato estaba expresado desde su perspectiva y con vocabulario de un niño de esa edad, además expresa interacciones de carácter sexual que difícilmente podrían ser conocidas por un niño de esa edad, por no corresponder a su estadio evolutivo, de manera que concluye que su relato es veraz.

Durante el contrainterrogatorio de la defensa, explicó que hizo entrevistas semiestructuradas y no clínicas porque el objetivo era indagar sobre la existencia de un relato y la sintomatología asociada. También dijo que no analizó la veracidad del contenido basado en criterios (SCVA) porque ello es más propio para niños mayores de 5 años, en cambio B. –acorde a la evaluación cognitiva realizada– no estaba capacitado para entregar ciertos antecedentes.

d) También se hizo comparecer al **perito psicólogo don Jorge Araya Cano**, que refirió que su experiencia en la temática de maltrato y abuso sexual infantil data del año 1999, que trabajó en evaluación y reparación de menores en tal condición en el Proyecto Bahía Esperanza, Hogar Cuna de Calama y centro Crecer Juntos.

En relación a la pericia indicó que entre junio y julio del año 2004 evaluó al menor B.V. en su consulta particular a petición del Ministerio Público, lo que hizo en tres sesiones con el niño y una con la madre, utilizando como instrumento

de evaluación la entrevista semiestructurada (de acuerdo a los parámetros que entrega la literatura especializada) y el desarrollo de una hora de juegos junto al niño.

Realizó conclusiones en seis áreas: 1.- Que el menor entregó un relato de interacciones sexuales abusivas ocurridas en el jardín Tortuguita, específicamente en el baño y lugar de la siesta; 2.- Que se trataba de interacciones de dos tipos: tocaciones del pene por debajo de la ropa y penetración digital por el ano; 3.- Que se identifica como agresor a una persona llamada "tío Eduardo" que hace el aseo en el jardín; 4.- Que aunque sus características evolutivas, cognitivas y lingüísticas no están totalmente desarrolladas, eran suficientes para darse a entender acorde su etapa evolutiva, las limitaciones más bien decían relación con no poder entregar la data o frecuencia de los hechos, 5.- Que la información proporcionada es altamente creíble y válida, esto es, refleja algo que el menor vivió y 6.- Que se definieron síntomas específicos asociados a una situación totalmente abusiva.

Interrogado por el Fiscal precisó que los instrumentos de evaluación utilizados fueron la entrevista semiestructurada y una hora de juegos con el niño, esto último porque tiene un carácter proyectivo en términos que el niño evidencia a través del juego sus conflictos, vivencias y deseos, de manera que es de gran utilización en el área forense.

En cuanto a las razones por las cuales no aplicó una entrevista estructurada, explicó que ésta tiene tópicos y secuencias que no pueden ser alteradas y en la exploración de abusos sexuales –por lo traumático– es preferible usar la semiestructurada que respeta más el ritmo del niño y se adecue a sus características.

Indicó, en cuanto a lo manifestado por el niño respecto de sus sentimientos, que cuando se le acercaba al tema demostraba angustia y ansiedad, resistiéndose a entregar información respecto de órdenes que no cumplió y que se asociaban al abuso, por ejemplo al solicitarle que se acostara sobre la alfombra, se bloqueó y no lo hizo, manifestando "el viejo que hace el aseo en el jardín". En la sesión siguiente espontáneamente explicó que el tío Eduardo le tocaba el pene fuerte y a él le dolía, que ello lo hacía introduciendo los de-

dos de la mano por debajo de la ropa y también en el potito y que a él le daban ganas de hacer caquita; elementos todos que dan cuenta de su veracidad. Dijo que el niño también manifestó que él le contó a su mamá y ésta se puso triste.

En cuanto a los indicadores que le permiten concluir un relato veraz, señaló el perito que se trata de un relato espontáneo, esto es que no respondió necesariamente a las preguntas que el evaluador planteaba, que aunque se trata de un relato fragmentado, tiene un hilo lógico que se mantiene en el tiempo, posee una cantidad de detalles importantes en consideración a su etapa evolutiva, fue capaz de describir sensaciones subjetivas, asociarlo a emociones y ponerlas en su cuerpo e identifica claramente a su agresor, afirmación de la que nunca vaciló ni dudó, lo que también contribuye a concluir lo real de su vivencia.

Consultado por la abogada de Sename en torno a las razones por las cuales el niño –frente a otro evaluador– haya sido más escueto en su relato y no identificara con tanta claridad al agresor; el perito explicó que ello se debe al desarrollo de su memoria porque aunque los niños pequeños la tienen desarrollada entregan información de acuerdo a múltiples factores, por ejemplo, influye la experticia del evaluador en la cantidad de información que el niño entrega, el vínculo que logren establecer con el evaluador, las características del contexto donde se desarrolle la evaluación, el tiempo dedicado a la generación del "raport", el tiempo establecido entre suceso y evaluación y transcurso del tiempo que también le permite elaborar esos recuerdos.

Durante el contrainterrogatorio de la defensa precisó que se utilizó la entrevista semiestructurada tanto a la madre y al niño, descartando el uso de una estructurada, que se utiliza más en evaluaciones clínicas y porque no era acorde al objetivo de la evaluación requerida.

En cuanto a los índices de veracidad del contenido del relato o "SCVA", dijo que los utilizó cualitativa y no cuantitativamente, porque se trata de un instrumento no estandarizado para nuestro país.

Precisó que realizó una evaluación del nivel de desarrollo intelectual del niño, lo que reviste importancia por ejemplo al tiempo que le

permitió descartar hipótesis como que éste haya sido sugestionado y porque un retraso cognitivo puede implicar la entrega de menor información. Sólo en el evento de sospechar un déficit intelectual se aplican instrumentos de evaluación adicionales.

Por último dijo que no evaluó la veracidad del relato de la madre porque no era sujeto de su pericia.

e) El órgano acusador incorporó a través de su lectura resumida el certificado de nacimiento de B.V.G., nacido el 22 de octubre del año 2000 y los informes psicológicos periciales, ambos de 8 hojas evacuados por los profesionales Julia Rodríguez Valenzuela y Jorge Araya Cano, respecto de los cuales declararon en la audiencia.

EN RELACIÓN A LA VÍCTIMA A.Y.S.A.:

a) En primer término se aportó el testimonio de su madre **doña Katherine Araya Plaza**, que manifestó en tanto fuera interrogada por el Ministerio Público, que su hijo A. de 4 años de edad asistió al Jardín Tortuguita durante el año 2003, al inicio se comportaba “travieso” como todo niño, sin embargo a mitad del año (junio–julio) cambió su comportamiento totalmente, se puso agresivo, “disparatero” y no quería ir al jardín, para evitarlo se escondía debajo de las mesas o se arrancaba a la calle.

Agregó que el 23 de octubre del 2003 observó un moretón en el cuello y el niño le dijo que se lo había hecho el “tío Eduardo”, a la mañana siguiente constató manchas de sangre en su cama, las que atribuyó a un posible sangrado de narices del padre que dormía con el niño. Ese día cuando lo retiró el jardín al medio día, el niño le pide que lo lleve al baño porque le dolía la zona anal, cuando lo limpió el confort presentaba sangre y eso no era común en él; requirió explicaciones a la tía Leticia a cargo del niño y otra tía de nombre Raquel le dijo que lo llevara al Hospital.

Continuó narrando que en el trayecto le consultó al niño por lo ocurrido y éste le contó que: “el tío Eduardo le metió el dedo en el potito y que le dolió”, respecto del cuello le expresó: “que el tío Eduardo lo había pescado así” (exhibiendo el movimiento de presión en la zona anterior y posterior del cuello). Preciso también que, su hijo le dijo que esto ocurrió en varias oportunidades,

en la hora en que los niños dormían y el último día que durmió en el jardín fue el 23 de octubre

Respecto de quién era el tío Eduardo al que aludía su hijo, refirió que era el auxiliar del jardín, reconociendo en la audiencia al imputado.

Agregó que con posterioridad su hijo se puso agresivo y atrevido, incluso lo sorprendió tratándose de cortar el pene con un cuchillo y tratándose de introducir un palo de escoba en el ano.

Reconoció la deponente que asistió a una reunión que se convocó en el jardín y las tías le negaron la ayuda aduciendo que ella y su hijo, mentían.

Requerida por el Sename expresó que el niño ha sido persistente en sindicar al acusado como su agresor y que en varias ocasiones cuando fue a buscar a su hijo pudo observar que el tío Eduardo interactuaba con los niños al momento de ponerles las colchonetas para que durmieran, que tanto él como los niños estaban juntos en la sala. En ese mismo sentido manifestó que no sabía si las tías recurrían al tío para llevar a los niños al baño, darles comida o cuidarlos mientras dormían, aunque sabía que los asustaban con llamar al tío Eduardo si no se comían toda la comida.

Durante el contrainterrogatorio de la defensa fue confrontada con una declaración anterior en la que reconocía que con anterioridad al 23 de octubre su hijo también había llegado del jardín con moretones y sin embargo no les dio mayor importancia, entregando en la audiencia como explicación que eso no lo dijo inicialmente pues sólo al moretón del cuello –por su ubicación– le causó cuidado y por eso le preguntó al niño. También reconoció que en una ocasión sorprendió a su hijo con un menor de 11 años llamado Tito, que le exhibía el pene en el baño de su casa y que la tía del nivel le llamó la atención porque A. le mostraba el pene a los otros niños.

b) El Ministerio Público hizo comparecer como **perito** al médico Director del Servicio Médico Legal de esta ciudad **don Martín Romero Marsilli**, que manifestó que el 27 de octubre de 2003 examinó a A.S. de 3 años de edad, su madre le relató que fue víctima de abuso sexual por un funcionario del jardín infantil hacía 72 horas. Al examen general observó una excoriación en el cuello

de 0.5 por 0.5 cms. Al examen urogenital, esto es, pene, escroto y testículos, no observó nada fuera de lo normal. En cuanto al examen proctológico, o sea, la zona anal, constató un ano recto y normotónico sin lesiones agudas. Pudo concluir únicamente que la escoriación consistía en una contusión producida por cualquier objeto romo o contundente, compatible con un apretón de una mano en el cuello, que actuó tangencialmente a modo de frotamiento, cuya data era menor a 10 días.

c) También en condición de perito depuso la **psicóloga doña Samantha Flores Leal**, quien indicó que realizó entre diciembre de 2003 y enero de 2004 la evaluación del niño A.S., en 4 sesiones utilizando como técnica la entrevista semiestructurada. El niño le impresionó con habilidades cognitivas acordes a su edad, con buen desarrollo del lenguaje expresivo y comprensivo, lo que le permitía expresar sentimientos acordes al relato.

Manifestó que el menor le refirió una situación de abuso sexual de la que fue víctima por parte de “un tío Eduardo”, no observando en su narración influencias de terceros. Concluyó que el relato le impresionó válido, que a lo menos la situación de abuso ocurrió en una oportunidad, que el niño logró identificar el contexto en el que sucedió y la persona de su agresor, que previo a la revelación el menor se negaba a asistir al jardín y con posterioridad rechazó regresar a éste y por último que el pronóstico era favorable en la medida que recibiera atención especializada.

Interrogado por el Fiscal precisó que de las 4 sesiones, en dos estuvo con su madre y en dos solo.

Puntualizó en cuanto a lo narrado por el niño que éste planteó la situación de abuso en el contexto del jardín infantil, para ello se le consultó cómo había aprendido a pintar y respondió que lo hizo con la tía Raquel, que allí también había tíos y “que el tío Eduardo le hizo una cosa” al tiempo que se repliega físicamente y genera estrategias para evadir el discurso, apreciándosele incómodo, no obstante locuaz pudo clarificar que el tío Eduardo trabaja en el jardín, y utilizando expresiones como: “que lo iban a matar los pacos”, “yo lo voy a matar porque me hizo una cosa”, “los bomberos le van a echar agua”, todo lo cual evidencia agresividad, luego de lo cual el niño se retrajo y afirmó despacio “me metió la mano en el

potito”, al tiempo que emitía sonidos que expresaban sus sentimientos de desagrado y miedo.

Afirmó la deponente que por la madre supo que previo a la revelación el niño se negaba a asistir al jardín, constatando –al regresar– llanto fácil y agresividad. Con posterioridad reveló un intento por introducirse objetos en el ano y presentó masturbación compulsiva, que siendo una conducta exploratoria normal en los niños, cuando se transforma en compulsiva puede tender a dañarse a sí mismo en señal de autorresponsabilizarse.

Señaló que excluyó la posibilidad de fabulación porque las vivencias sexuales no son comunes en niños menores, cuando éstos evocan situaciones aquellas dicen relación con experiencias vividas y es raro que evoquen cosas anormales como introducirse objetos en el ano, lo que sólo pudo hacer en la medida que lo vivió.

Además indicó que el niño fue persistente en su imputación al “tío Eduardo”.

A petición del Sename se refirió a que estudió en la Universidad Católica del Norte y que en Proyecto Bahía Esperanza de reparación y evaluación del abuso sexual infantil trabaja hace dos años y medio.

Se le consultó por la posibilidad que la sintomatología observada en el niño tuviera un origen distinto del abuso sexual, descartando tal evento tanto por lo observado por ella como por lo relatado por la madre.

Requerida por la defensa afirmó que no obstante realizar una entrevista semiestructurada llevó hipótesis previas, y que no podía usar una entrevista estructurada y rígida, porque debía adecuar la entrevista a las hipótesis planteadas y también por las características del niño.

Indicó que no utilizó el test de control de veracidad de contenido del relato o SCVA, en atención a la edad del niño, aunque reconoció que se pueden utilizar algunos parámetros más, en forma cualitativa.

En cuanto a las razones por las cuales no utilizó ningún test para evaluar la veracidad de lo afirmado por la madre, indicó que la entrevista a ella realizada se consideró únicamente para entregar información, no se parte o concluye derechamente en torno a su validez.

En relación a la expresión del niño “lo van a matar los pacos” y la posibilidad de inducción por un tercero adulto en atención a los términos de la afirmación más propia de un adulto, la perito dijo que esa verbalización del niño alude a una fantasía tendiente a reparar el daño o defenderse, se trata de un lenguaje que bien puede presentarse en un niño, “paco” es parte del lenguaje común o coloquial, de igual modo cuando dijo “los bomberos le van a echar agua”.

Por último afirmó que su capacidad cognitiva fue evaluada únicamente en términos cualitativos y que no estimó necesario realizar exámenes de sugestionabilidad o de personalidad.

d) Compareció a la audiencia don Jorge Araya Cano, perito psicólogo, quien señaló que en mayo y junio de 2004 perició a A.S.A. utilizando como metodología la entrevista semiestructurada al niño y la observación en sesión de juegos, fueron 3 sesiones con el niño y una con la madre. Constató como antecedentes relevantes aquellos que le reveló la madre en cuanto a la forma de develación y sintomatología conductual del niño antes y después de aquello. En cuanto al niño y su comportamiento observó un primer rechazo a estar a solas con el evaluador y con las figuras adultas masculinas lo que da a entender sensación de desprotección frente a ellas, posteriormente a través del “raport” la situación cambió y se generó un vínculo que permitió la realización de la pericia.

Señaló que el menor le impresionó con habilidades cognitivas normales acordes a su edad, el niño puede darse cuenta y explicar sus vivencias, apreció que su capacidad imaginativa es alta, mas ese aspecto dice relación por ejemplo con situarse a sí mismo como un héroe. Al consultársele por un suceso manifestó baja capacidad de evocación, es decir le es difícil recordar, sin embargo a través de la hora de juego pudo referir vivencias, lo que acorde a la literatura especializada es explicado, en términos que a través de comportamientos lúdicos y más entretenidos el niño es capaz de evocar mejor eventos traumáticos, así A. pudo narrar una situación, utilizando juguetes a su alcance y dijo: “tío Eduardo del jardín mío le hace cosas malas a los niños”, “no voy al jardín más”, “me metió el dedo en el potito, me dolía mucho, yo estaba acostado en la

siesta, así en las colchonetas” (se situó sobre la alfombra acostado de lado), “los niños estaban durmiendo, no hay nadie y aprieta el cuello fuerte, así con la mano”, “metió el dedo fuerte para dentro”, “me bajó también el pantalón”, al tiempo que el niño graficaba ambos movimientos en tanto se expresaba y cambiaba su voz. Con posterioridad el niño utilizando muñecos, una mujer y un niño, generó un diálogo haciendo juegos de voces: la mujer pregunta ¿dime que te pasó? y el niño responde: me metió el dedo en el potito tantas veces, me duele; la mujer dice: hay que llevarlo al hospital para que lo revisen y le saquen la sangre, tiene sangre en el potito; la mujer pregunta: ¿quien fue? y el niño responde cambiando su emocionalidad transmitiendo sentimientos de rabia y frustración: ¡te dije que fue el tío Eduardo, el del jardín!; al tiempo que el niño lanzó juguetes, agredió al evaluador físicamente y rompió materiales. Todos los elementos le permitieron concluir un relato creíble o sea que es parte de una vivencia, descartando las otras hipótesis planteadas como condicionamientos externos, sugestionamiento por parte de un tercero u obtención de ganancia secundaria.

Interrogado por el Ministerio Público precisó que el niño siempre identificó a su agresor como “el tío Eduardo del jardín, el tío del aseo”, no obstante que también se exploró en torno a otras personas que pudieron haberlo agredido, posibilidad que el niño excluyó.

Explicó el perito que descartó también la posibilidad de fabulación por cuanto eso se detecta al caer los niños en variaciones de su relato, introducen nuevos elementos, cambian los contextos y situaciones, introducen otras personas, no aluden a sensaciones corporales, todo lo cual no se apreció en el relato de A.

Requerido por la abogada de Sename, en torno a la posibilidad de condicionamiento del menor por parte de un adulto y entregar la cantidad de detalles aportados y manifestar la persistencia observada, explicó el perito que –por la edad del niño y por no tener capacidad de evocación plenamente desarrollada– es casi improbable “entrenarlo” en torno a un relato, pues no es capaz de atender a todos los elementos que el adulto le pudiera entregar, en todo caso de ocurrir es fácilmente detectable por el evaluador pues el

niño espontáneamente hace referencias como “mi mamá me contó o me dijo que dijera algo”.

Durante el contrainterrogatorio de la defensa señaló que la madre del niño le refirió que éste le develó lo ocurrido al día siguiente al 23 de octubre –cuando llegó con moretones en el cuello– pues el 24 lo fue a buscar al jardín y al llevarlo al baño notó la presencia de sangre en el “potito”, de manera que en el trayecto al hospital el niño le contó.

Puntualizó que el niño poseía habilidades cognitivas dentro de los parámetros normales, lo que pudo evaluar por ejemplo a través de su capacidad para resolver problemas y por los elementos que el niño utiliza o integra al momento de explicar la realidad que vive.

También se le consultó –por el tribunal– por la posibilidad que el niño sea influenciado por un adulto, a través de preguntas reiterativas y afirmativas en torno a lo que le pudo haber ocurrido y al respecto el perito señaló, que tal evento siempre se planteaba como hipótesis la que fue descartada, por cuanto los relatos condicionados se advierten por ser rígidos y estructurados, carecen de correlato emocional, no aparecen en sus pautas de juego y ello es porque no se sustentan en una vivencia.

e) Por último el órgano acusador incorporó a través de su lectura resumida el certificado de nacimiento de A.S.A., nacido el 31 de julio del año 2000, los informes psicológicos periciales, de 5 y 9 hojas evacuados por los profesionales Samantha Flores Leal y Jorge Araya Cano, respectivamente al tenor de los cuales declararon en la audiencia e informe de lesiones Nro. 597–2003 evacuado por el doctor Martín Romero Marsilli el 4 de noviembre de 2003, conforme al cual depuso en el juicio y que constató al examen del 27 de octubre de 2003 una lesión tipo escoriación en la cara anterior del cuello de 0,5 por 0,5 cm.

EN RELACIÓN A LA MENOR K.E.A.:

a) El Ministerio Público hizo comparecer a la madre de la menor **doña Marinka Alvarez Sapunar**, que manifestó que su hija K. de 4 años asistió durante el año 2003 al jardín Tortugueta y a contar de octubre de 2003 se comenzó a comportar agresiva, lloraba para asistir y por ello la llevó a una psicóloga del Consultorio Rendic que la dejó nuevamente citada para el día 14 de noviem-

bre. Ese día aprovechó de consultar también a un doctor por estar afónica y la psicóloga le consultó en relación a si en el jardín se habían detectado situaciones de abuso, lo que ya se sabía pero que no le preocupaba porque no se trataba de niños del nivel de su hija, sin embargo se lo manifestaron al doctor y éste la examinó encontrando su himen perforado con data de un mes aproximadamente producto de tocaciones. Se le sugirió abordar a la niña en otro contexto para que relatar lo ocurrido y ella la llevó a un parque, donde la niña vio a un caballero que regaba y dijo “mira igual que el tío Eduardo” y le preguntó si ese tío jugaba con ella y la niña le dijo que un día él la sentó en sus piernas y después le dijo: “ya K. ahora anda a jugar”.

Explicó que la niña después continuó asistiendo al jardín con ganas y que el tío Eduardo ya no trabajaba allí.

En relación a la develación manifestó que ocurrió con posterioridad, un día en que la niña sintió deseos de orinar y entró al baño donde estaba la hermana de la deponente y ante ella le dijo: “tía Jessica, es verdad que el Tío Eduardo me tocó la vagina y me dolió”, “no le conté a mi mamá porque el tío Eduardo me dijo que le iba a comprar muchos chester que me quedara calladita”. Después le narró a la deponente lo mismo contado a la tía, agregando que ocurrió en el patio y en el jardín.

La testigo se refirió a la conducta posterior de su hija señalando que no le gusta que la toquen, que la bañen, no duerme con ella, rechaza a los hombres y por algún tiempo decía que se iba a casar con mujeres porque los hombres eran malos.

Puntualizó que la niña siempre ha inculcado al tío Eduardo, que se trata del auxiliar del jardín y reconoce como tal al acusado en la sala de audiencia.

Requerida por la querellante, que también la presentó como testigo de la acción civil, la deponente manifestó que el médico que atendió a su hija en el consultorio se llamaba Mario Gando y exhibido que le fuera el documento de atención por éste emitido, lo reconoció.

Precisó que la educadora a cargo del nivel de su hija era doña María Canales y que no

recuerda haber conversado con ella sobre el tema, sí recuerda haberlo hecho con una tía de nombre Ninoska y con la directora.

Respecto del daño sufrido por su hija ésta presentó un cambio de un 100%, le pega a sus primos, no juega con sus amigos y no asiste a ningún jardín infantil, aunque la inscribió para el presente año. Actualmente recibe tratamiento terapéutico en Bahía Esperanza donde le han explicado que los cambios obedecen al abuso sexual sufrido.

Contrainterrogada por la defensa, señaló que en noviembre de 2003 se realizó una reunión en el jardín infantil donde se les informó que se adoptaría una medida de protección a favor de los menores y allí se enteró que existían situaciones de abuso en el nivel. Dijo que cuando llevó a la niña al médico este le dijo: "a la niña le han hecho tocaciones hace un mes atrás y tú no te diste cuenta".

b) El órgano acusador trajo al juicio como perito, a la **psicóloga doña Julia Rodríguez Valenzuela**, que indicó que evaluó en dependencias de Bahía Esperanza, en diciembre de 2003 y enero de 2004 a la menor K.E. de 3 años y 6 meses; en 4 sesiones con la niña y una con la madre.

Apreció a la niña que colaboró con la evaluación, con habilidades cognitivas adecuadas y respecto de lo investigado la niña entregó un relato que da cuenta de la ocurrencia de situaciones de connotación sexual identificando al autor como el "tío Eduardo", quien le habría realizado tocaciones en la vagina.

Manifestó que el relato de la niña le impresionó veraz por una serie de elementos como el correlato emocional que acompaña a su discurso, es capaz de referir al jardín como contexto, se refiere a la persona del agresor al cual identifica y respecto del cual manifiesta sentimientos, menciona a otras personas del jardín, la madre da cuenta de una sintomatología asociada al abuso.

Interrogada por el Fiscal precisó que la menor situó lo ocurrido en el jardín infantil, dijo también que el tío la toca con la mano por debajo de la ropa.

En cuanto a la posibilidad de fabulación la descartó a través de la evaluación y conductas presentadas, sin embargo reconoció que la niña manifestó "fantasías compensatorias o reparatorias" como "el tío Eduardo se lo comieron los di-

nosaurios" lo que le permite sentirse más segura y protegida. También indicó que la niña fue persistente en su incriminación.

Consultada por la querellante en torno a la evaluación del daño manifestó que el daño psicológico lo pudo concluir a partir los cambios conductuales referidos por la madre y también a través de los cambios que percibió en tanto la evaluaba al explorar la situación de abuso pues en ese momento se torna irritable, aumenta su nivel de angustia, trata de desviar la atención implementando estrategias de tipo conductual y responde de manera molesta. Agregó que también concluye el daño con los cambios previos a la develación como los sentimientos de agresividad al regresar a su casa, relación conflictiva con sus hermanos y primos, lenguaje a gritos al punto de quedar afónica gritando "cállate, cállate" cuando se le preguntaba cómo le fue en el jardín. Además la madre refirió terrores nocturnos que demostraban angustia y ansiedad y tendencia al aislamiento. Después de la evaluación la niña también evidenció síntomas como rechazo al contacto corporal particularmente al aseo en su zona genital por su madre. En cuanto al rechazo a asistir a un jardín por parte de la niña, manifestó que será necesario buscar alternativas para facilitar que asista.

Durante el contrainterrogatorio de la defensa precisó que lo pertinente a las conductas previas y posteriores a la develación lo supo porque se lo planteó la madre de la niña y decían relación con un quiebre en su conducta, con comportamientos que antes no tenía y que después de la develación la menor mantuvo. La perito puntualizó que ella también apreció la agresividad de la niña durante la evaluación.

Indicó que ella no es la actual terapeuta de la niña.

c) También compareció a la audiencia, en su condición de perito, el **psicólogo don Jorge Araya Cano** quien indicó que entre mayo y junio de 2004 perició a K.E. utilizando entrevistas semiestructuradas, observación en sesión de juegos y recabando antecedentes con la madre.

Señaló a modo de conclusión que: 1.- Durante la evaluación la niña entregó un relato que

da cuenta de interacciones sexuales entre ella y un adulto que identifica como tío Eduardo, esto habría ocurrido cuando los niños duermen la siesta, sobre las colchonetas y consistieron en penetración digital, lo que habría ocurrido en más de una oportunidad y que no develó de inmediato a su madre; 2.- El relato da cuenta de una interacción sexual abusiva por cuanto el agresor utilizó estrategias de coerción para imponer la ley del silencio, como al manifestarle “que se quedara calladita porque le compraría chester”; 3.- Que evaluó el discurso como creíble por la coherencia lógica en términos formales, de contenido y secuencia, por tener detalles extensos y contextualizados especialmente de acuerdo a la etapa evolutiva de la niña, por la referencia a sensaciones corporales como el dolor físico o sentirse mal; todo lo cual permite concluir que la niña se refirió a una experiencia vivida, descartándose las hipótesis de condicionamientos, de búsqueda de ganancias secundarias, de construcción de relato en forma artificiosa con el objeto de dañar a alguien, porque la menor no tendría las capacidades para hacer eso.

Interrogado por el Fiscal puntualizó que necesitó de mayor tiempo para generar “raport” con la niña porque la madre espació en el tiempo la asistencia a las evaluaciones.

Respecto a las razones de la niña para no develar lo ocurrido a su madre indicó que ello pudo ser posible porque la evocación de lo sucedido le causaba niveles de angustia y tristeza y además por cuanto el agresor era percibido como autoridad por la niña y ella se supeditó a su voluntad cuando éste le decía que “era un secreto”.

Precisó que la menor nunca caviló en torno a la imputación del agresor describiéndolo con nombre y por las funciones que realizaba, aunque en todo caso también se la evalúa en torno a posibles abusos ocurridos en su entorno familiar, lo que excluyó.

En atención a haber periciado a 3 menores abusados en el mismo entorno y a los patrones similares hallados, señaló que son comunes las circunstancias en que se dan los abusos, también el temor o la reticencia de los niños para hablar del tema por la connotación traumática de los eventos al ser asociados al dolor corporal, lo que excluía la percepción como un cariño, ade-

más es similar el abuso propiamente tal a través de penetración digital ya sea anal o vaginal, también lo es la contextualización en el espacio del jardín infantil, a la hora de la siesta, en las colchonetas, como también respecto de un idéntico agresor, el tío Eduardo; todo lo cual hace imposible que los niños hayan estructurado este relato condicionados por un adulto. Difieren la sintomatología o los efectos causados a cada uno de los niños, aunque el potencial daño para todos ellos lo estimó altísimo razón por la cual recomendó psicoterapia.

A petición del querellante indicó que ha realizado más de 200 informes periciales en materia de abusos sexuales.

Refirió que la niña le relató que la habían llevado donde un médico y pudo discriminar entre la tocación propia del examen y aquella que constituyó una agresión, porque dijo que el doctor la tocó en forma buena “para ver si estaba sana” además que lo hizo en presencia de un adulto de confianza.

En cuanto a si percibió daño en la menor afirmó que ello ocurre y lo percibió por las conductas y estados emocionales que no tienen que estar presentes en niños de esa edad, por ejemplo el rechazo al contacto corporal estrecho con el evaluador a través de la imposición de límites corporales, efecto que es importante y que revela un daño a nivel de la confianza que los niños necesitan para desarrollarse adecuadamente, porque se perciben en riesgo y eso les puede traer problemas serios de orden social; no obstante indicó que el pronóstico es bueno en la medida que cuente con apoyo psicoterapéutico especializado.

Requerido por la defensa afirmó que la niña se refirió a muchas situaciones de abuso pero no contaba con la capacidad de situarlas temporalmente.

Respecto de la posibilidad que la niña en el tiempo agregue más antecedentes a su relato dijo que ello era posible por ejemplo para un niño que ha pasado un proceso terapéutico que lo haga recordar más detalles que no reveló al inicio por lo traumático, también depende del apoyo del grupo familiar. Puntualizó que la niña narró lo sucedido a una tía de nombre Jessica en el baño y luego a su madre, mas no inmediatamente de ocurridos los hechos.

d) Por último el órgano acusador incorporó a través de su lectura resumida el certificado de nacimiento de K.A.S., nacida el 18 de junio del año 2000, los informes psicológicos periciales, de 6 y 9 hojas evacuados por los profesionales Julia Rodríguez Valenzuela y Jorge Araya Cano, respectivamente al tenor de los cuales declararon en la audiencia y una hoja de atención del Consultorio Rendic que firma el médico Mario Gando Yulan de 14 de noviembre de 2003 que como hipótesis diagnóstica indica –en lo atinente al juicio– himen perforado en estudio.

EN RELACIÓN A LA PRUEBA DE ORDEN GENERAL Y COMÚN A TODOS LOS MENORES OFENDIDOS:

a) El órgano acusador hizo comparecer a **doña Leticia Rodríguez Campillay, educadora de párvulos**, que refirió trabajar en el jardín Tortuguita y que durante el año 2003 lo hacían 18 personas, dos de las cuales eran hombres: el tío Julio y el tío Eduardo, auxiliares de aseo. Dijo que al jardín asistían 200 niños aproximadamente y que en su nivel tenía 32, en horario de 8,30 a 16,30, almorzando cerca de las 12,30, después de las 16.30 existía extensión horaria para niños de mamás que trabajaban, para ello los niños se juntaban en una sola sala, de su nivel eran alrededor de 6 menores.

También dijo que después de esa hora se quedaban niños cuyas madres se atrasaban en retirarlos y cuando ello ocurría se quedaban con ella o la técnico.

Consultada por el Ministerio Público dijo que en octubre de 2003 la mamá de un niño llamado A. pasó con él al baño y luego la llama para mostrarle el confort con sangre luego de limpiarle el “potito”, supo que la mamá lo llevó al médico y no lo envió más al jardín, informando que le habían señalado que las lesiones correspondían a abusos.

Agregó que también se realizaron denuncias por otros chicos de su nivel: J. y B., respecto de abusos realizados en el recinto del jardín infantil por el “tío Eduardo”, reconociendo en la audiencia al imputado.

Precisó que ella llevó a la madre de A. a conversar con la directora porque estaba muy alterada frente a la imputación de su hijo al tío

Eduardo, dijo que después se hizo una reunión para informar a los apoderados que se estaba haciendo un sumario, en la cual se les percibió molestos y alterados, pero que comprendieron que se estaba haciendo lo que correspondía.

A petición del Sename y en torno a si durante la jornada de trabajo el acusado realizaba actividades con los niños, la deponente manifestó que eso no ocurría, circunscribiendo la respuesta a lo que ocurría en su nivel, en términos que nunca se le encargó vigilarlos o cuidarlos. Respecto de la afirmación de la madre de uno de los menores (J.) en el sentido que el tío sí hacía actividades, explicó que ello pudo ser porque el acusado las ayudaba en los asuntos de computación. Afirmó –en tal sentido– que en las horas de almuerzo las funcionarias hacían turnos para el cuidado de los niños.

Contrainterrogada por la defensa indicó que en su nivel los baños que usaban los niños estaban dentro de las salas y las únicas que los llevaban al baño eran la educadoras o las técnicas, nunca los auxiliares porque no les correspondía.

En cuanto a la preparación de la sala para la siesta indicó que tal labor le correspondía al tío Eduardo u otro auxiliar y cuando ello se hacía los niños no estaban presentes, al dormirse los niños tampoco quedaban solos, se hacían turnos para cuidarlos.

Precisó que en la hora de patio se juntaban los dos niveles de manera que totalizaban 60 niños.

Se le consultó sobre la posibilidad que los abusos se hubieran cometido en tanto los niños dormían la siesta, excluyendo tal posibilidad “mientras yo estuve” y si pudo ello ocurrir cuando los niños iban al baño, también lo descartó en atención que el baño estaba dentro de la sala y siempre había una tía con ellos.

Reconoció que algunas madres colaboraban con el aseo y para ello se quedaban después de retirar a sus hijos.

En torno a este último tema, se le consultó por el tribunal si era posible que los auxiliares de aseo tuvieran contacto a solas con los niños, señalando la testigo que ello era posible después de la jornada cuando los niños se quedaban a cargo de sus madres por alguna actividad o por colaborar con el aseo.

Puntualizó finalmente a petición del Ministerio Público que las madres colaboradoras iban al jardín pasadas las 16,30 horas y dejaban a sus niños con las tías o fuera de las salas – sentados– aunque reconoció que era posible que en esos momentos los niños hayan sido perdidos de vista por las tías o las madres y accediera a ellos un tercero auxiliar del jardín e incluso un desconocido que ingresara al mismo.

Respecto del cumplimiento de la reglamentación interna precisó que no se cumplían todas ni siempre, básicamente por problemas de personal, mas en su nivel y en su horario sí se cumplían.

b) Prestó testimonio doña Rebeca Morales Ardiles, que señaló haber sido la directora del Jardín Tortuguita durante el año 2003, a cargo de 17 funcionarios, dos de los cuales eran hombres: Eduardo Araya y Julio Tapia, auxiliares de servicios, el último de los cuales presentó una asistencia irregular ese año por continuas licencias médicas. Aclaró que en la actualidad trabaja en un establecimiento educacional y que ya no labora para la Junta Nacional de Jardines Infantiles o Junji.

Señaló que en total y en promedio asistían 180 párvulos entre 3 meses a 5 años, desde sala cuna a transición mayor, desde las 8,30 a las 16,30 horas.

Agregó que en octubre del 2003 la apoderada de un niño de nombre J. acusó al auxiliar Araya de abusos consistentes en introducción digital. Después otra educadora planteó una situación similar respecto de un niño que presentó sangramiento y también se recibieron otras denuncias, totalizando 3 o 4, todas en las que se inculpaba al referido auxiliar; lo cual puso en conocimiento de la jefatura del servicio que destinó al funcionario a la oficina regional.

Interrogada por la Fiscalía en relación a si tuvo problemas con el señor Araya como funcionario, indicó que como directora muchas veces le llamó la atención por su presentación personal y por la no presentación óptima a trabajar, que incluía frecuentes atrasos, lo que se debía a un trabajo extra que éste tenía como ayudante de cocina.

Se le consultó en relación a si encontró alguna explicación que permitiera la ocurrencia

de los abusos y manifestó que tal tema se analizó bastante porque a los niños no se les dejaba solos, salvo cuando los niños eran retirados y algunas de sus madres, las llamadas madres colaboradoras, apoyaban en el aseo y mientras limpiaban los niños circulaban por el jardín sin mayor vigilancia, se iban detrás del tío para ayudarlo por ejemplo llevándole la escoba, la pala, a correr sillas, en general ellos circulaban solos por comedor, baños y salas. Afirmó que J., B., A. y C., todos eran hijos de madres colaboradoras.

Fue consultada por alguna denuncia anterior en el jardín infantil y dijo recordar que antes tenían dos auxiliares: Eduardo Araya y Juan Carvajal y un grupo de apoderadas acusó a éste último, al cual se le sacó de sus funciones cuando en definitiva fue absuelto de los cargos. Supo –extraoficialmente– que se le absolvió porque los niños reconocían al tío más bajo como autor de los abusos y tal funcionario era notoriamente alto, siendo más bajo Eduardo Araya. También dijo haber indagado antecedentes de Eduardo Araya en otro jardín, informándose que una apoderada lo acusó, luego de lo cual él mismo pidió el cambio de jardín, llegó al Tortuguita, sin embargo a ella nadie le comunicó de tal situación, la supo con posterioridad.

Se le exhibió una hoja resumen mensual de asistencias y atrasos del mes de octubre del 2003 explicando que hasta el 23 de octubre se desempeñó en su jardín, que a contar del 24 de octubre lo hizo en jardín Caracolito y que desde el 30 de ese mes se le destinó a la oficina regional.

Interrogada por la querellante señaló que piensa que las madres colaboradoras permitían el contacto de sus hijos con el acusado, cuando éstas ayudaban con el aseo, porque le tenían confianza.

A petición de la defensa, y relacionado con la afirmación de la testigo Leticia Rodríguez en orden a que después del horario de salida los niños eran cuidados por las tías o bien quedaban sentados fuera de sus salas mientras sus madres hacían el aseo; manifestó que ello pudo ocurrir sólo hasta las 17,20 horas, que era el horario de término de la jornada, pues después aún quedaban grupos de madres en el jardín.

Por último dijo que Eduardo Araya trabajó con ella 6 o 7 años, que sus problemas de atrasos y presentación eran mejorados una vez que se le llamaba la atención, mas continuamente recaía.

c) Se aportó también el testimonio de **Haylén Ayllu Cuitiño**, actual directora del Jardín Infantil Dumbo, quien señaló que entre 1983 y 1999 se desempeñó como directora del jardín “Banderita Chilena”, donde trabajaban 5 funcionarios varones, entre ellos Eduardo Araya Lobos. Dijo recordar que en 1996 hubo una apoderada que hizo un reclamo en orden a que “el tío le tocó la guatita a su hijo” y el funcionario se mostró muy sorprendido, negándolo. Dijo que ella informó la situación, se investigó y “todo quedó en nada”. Posteriormente el acusado pide su traslado de jardín en forma voluntaria ignorando las razones personales que tuvo para ello, clarificando que no fue por ninguna medida del servicio, afirmando no recordar claramente si antes o después que él se fuera llegó otro funcionario de nombre Ruperto Olivares y que siempre fueron 3 varones y una mujer auxiliares, nunca 5 en total.

d) Compareció –no obstante que el Ministerio Público pretendió dispensarla, a lo que no se accedió por ser **testigo común de la defensa-doña María Angélica Canales Rodríguez**, educadora de párvulos, quien refirió que desde el año 2001 trabaja en el jardín Tortugueta y por ello conoce al acusado Eduardo Araya, quien era auxiliar de aseo, el que a veces les ayudaba con trabajos de computación porque tenía conocimientos para ello; sin embargo no tenía interacción con los niños, por ejemplo no los llevaba al baño y al menos –en su nivel, medio menor con 29 niños en promedio– frente a la falta de auxiliares de párvulos ella nunca le pidió ayuda.

Respecto de la acusación ésta se realizó en el nivel a cargo de Leticia Rodríguez, también medio menor, supo que se hizo un sumario y recibieron instrucciones de no hablar del tema. Pasado un mes de la denuncia una apoderada de su curso, madre de la niña K.E. le mostró un certificado que decía que ésta había sido abusada, refiriéndole que la niña inculpaba al tío Eduardo, situación de la que da cuenta a la directora encargándose ella del resto del procedimiento.

Explicó que ella contaba con una técnico auxiliar de párvulos más 2 estudiantes en prácti-

ca, que nunca se quedaban solas con los niños pues entre ella y la técnico hacían turnos en la hora de colación; en cuanto a la hora de siesta, cerca de las 13,00 horas los niños tampoco quedaba solos.

Afirmó que durante el año 2003 el tío Eduardo se encargó del aseo en dos oportunidades ocasiones en que los niños permanecían en el patio, que además ayudaban a ello algunos apoderados.

En cuanto a la época de la denuncia, precisó que fue en octubre y en noviembre recibió la denuncia de la niña de su nivel; a raíz de estos hechos se realizó una reunión de apoderados con la directora y la tía del nivel afectado.

Interrogada por el Ministerio Público indicó que su horario de trabajo era de 8,30 y 17,20 pero algunos días se quedaba hasta las 19,30 trabajando en sala con la técnico, sin niños porque los de extensión horaria que eran 15 o 20 permanecían en otra sala.

Puntualizó que Eduardo Araya estuvo prácticamente todo el año solo a cargo de todo el jardín, pues el otro auxiliar, don Julio, se enfermó, tal déficit se cubría con el apoyo de algunas apoderadas que concurrían después de retirar a su niños, también había un grupo de madres que después de ese horario se quedaban conversando y sus niños jugando en el patio, por lo que pudo ser posible que esa instancia hayan interactuado con el tío Eduardo, pero eso ya es responsabilidad de sus madres.

Consultada por la querellante indicó que el abuso de la niña E. pudo ocurrir en ese período esto es, después de las 16,30 horas y que no duda de lo afirmado por la apoderado, como también reconoció que el documento por ella exhibido decía “himen perforado”.

SEXTO: Que la prueba a que se ha hecho referencia en el motivo que antecede, apreciada libremente, de acuerdo al artículo 297 del Código Procesal Penal, produce en el tribunal la convicción necesaria para establecer, más allá de toda duda razonable, que entre los meses de marzo a noviembre de 2003, el acusado –que se desempeñaba como auxiliar de servicios menores del jardín Infantil Tortugueta– realizó actos de significación sexual y de relevancia a los menores J.V.C., B.V.G., K.E.A., A.S.A. y M.F.M., consis-

tentes en tocaciones por debajo de la ropa en la zona vaginal y vulvar de las víctimas mujeres e introducción digital en la zona anal y tocaciones en el pene, respecto de los ofendidos varones.

Los hechos así descritos permiten acreditar el delito de abuso sexual previsto y sancionado en el artículo 366 bis inciso 1° del Código Penal en relación con el artículo 366 ter del mismo cuerpo legal –conforme a la redacción que el primero de ellos tenía a la época de ocurrencia de los hechos– delito que fue cometido en forma reiterada, pues resultó justificado que el imputado realizó –con 5 niños menores de 12 años de edad– acciones de relevancia y significación sexual, distintas del acceso carnal.

La prueba ya aludida, no obstante la corta edad de los menores ofendidos y las limitaciones de expresión que evidenciaron algunos de éstos en la audiencia y aquellos que no declararon en el juicio, ante sus madres y/o evaluadores, fue de todos modos categórica, precisa y principalmente persistente en el tiempo, tanto en relación a los actos de abusos sufridos como respecto de la persona del agresor, de manera que se estimó contundente y suficiente como para destruir la presunción de inocencia que amparaba al inculpado, cuya versión alternativa de los hechos –cuyo análisis se hará más adelante– no minó la convicción adquirida por el tribunal a través de la prueba de cargo, que por lo demás respecto de algunas testigos fue incluso común a la defensa, ni menos introdujo alguna duda razonable que sustentara la absolución pedida por su defensa.

No se estuvo con la parte querellante y acusadora particular en cuanto a calificar los hechos, respecto de la menor K.E.A., como aquella figura agravada del abuso sexual por la concurrencia de la circunstancia prevista en el numeral 4° del artículo 363 del Código Penal, esto es, engañar a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual, por cuanto lo que permitió el actuar del acusado fue la corta edad de su víctima supuesto ya contemplado en la figura típica, en tanto que la maniobra desplegada por aquel en orden a ofrecerle golosinas, no fue la que le permitió acceder a la niña, sino que tendió a asegurarse que ésta no develara lo ocurrido.

SÉPTIMO: Pormenorizando de qué modo la prueba de cargo permitió acreditar los elementos del tipo penal configurado, tenemos que las acciones de significación sexual y de relevancia, de que fueron víctimas los menores ofendidos, que sin duda fueron abusivas tanto por su edad y por el contexto en que se les realizaron, se establecieron de manera categórica con sus relatos. Es así como **M.F.**, la mayor de ellos, relató en la audiencia que el tío Eduardo le pidió se desabrochara los pantalones, le metió la mano adentro tocándole la vagina, por debajo de la ropa, todo lo cual realizó en una sala a la cual la lleva y cierra con llave. **J.V.**, con un lenguaje limitado por su corta edad y declarando en la audiencia, ante una persona extraña, en un ambiente cargado de formalismos, poco familiar y acogedor, pudo no obstante ello indicar que el tío Eduardo lo tocaba en el “poto” y que “con el dedo me tocó”. Por su parte, **B.V.**, en circunstancias y situación similar a la de J., manifestó “que el tío Eduardo se portaba mal porque le tocaba el pene y el poto”. En cuanto a **A.S.**, no prestó testimonio en la audiencia, pero su versión de lo ocurrido en el jardín infantil al que asistía se introdujo a partir de lo manifestado por su madre Catherine Araya que explicó que el día que constató –al limpiar a su hijo en la zona anal– que este sangraba, lo interrogó en el trayecto al Hospital y éste le dijo que el tío Eduardo le metió el dedo en el “potito” y que le dolió, como también que el tío Eduardo lo había pescado del cuello fuerte y que eso ocurrió en la hora en que los niños dormían. Por último, algo similar se puede decir respecto del relato de **K.E.**, que tampoco prestó declaración en la audiencia, haciéndolo su madre Marinka Alvarez que señaló que si bien su hija no le reveló lo acontecido inmediatamente, lo hizo con posterioridad primero frente a una hermana de ella, tía de la menor, cuando estaba en el baño con ella, diciendo la niña espontáneamente “el tío Eduardo me tocó la vagina y me dolió” y “no le conté a mi mamá porque el tío Eduardo le dijo que le iba a comprar muchos “chester”, que se quedara calladita”.

Desde la perspectiva subjetiva lo narrado por los niños se estimó absolutamente veraz, en la medida que han relatado persistentemente lo mismo en diversas instancias a sus familiares, a los psicólogos que los han evaluado y algunos de

ellos en el juicio mismo, revistiendo fundamental importancia para concluir lo anterior lo que técnicamente explicaron los peritos psicólogos que depusieron dando fe de la credibilidad de los relatos y excluyendo la posibilidad de fabulación o manipulación de los niños por parte de terceros. La totalidad de los peritos refirieron tener vasta experiencia en la temática de abuso sexual, 4 de ellos (María Cristina Orellana, Pablo Llorente, Julia Rodríguez y Samantha Flores) trabajan actualmente y desde hace más de 1 año en el Proyecto Especializado de Evaluación y Reparación Bahía Esperanza, para menores víctimas de maltrato infantil grave y abusos sexuales, en tanto que el psicólogo Jorge Araya lo hizo por largo tiempo en ese y otros centros, refiriendo además una importante trayectoria docente y de capacitación.

Tales profesionales aludieron como elementos de veracidad del relato de los niños, entre otros: a) que aunque fragmentado –por la corta edad– su discurso era coherente y contextualizado espacialmente (al jardín infantil, los baños, lugar donde duermen siesta) y temporalmente (en la hora de la siesta), como también determinaban sin duda alguna al agresor, b) que al ser abordados sobre lo ocurrido se mostraban irritables, agresivos, incómodos, desarrollando estrategias de evasión, c) que algunos pudieron referirse a lo ocurrido a través de la observación en sesión de juegos reproduciendo diálogos y movimientos, ambiente lúdico que garantiza una mejor expresión de sus vivencias y d) que sus madres revelaron conductas de sus hijos, tanto anteriores como posteriores a la develación que se asociaban necesariamente –por su corta edad– a haber vivenciado una situación de abuso sexual, por ejemplo rechazo a la interacción con los evaluadores varones en el caso de las niñas como también al contacto corporal estrecho, masturbación de tipo compulsiva, intentos de autoagresión en zonas genital o anal, rechazo a asistir al jardín infantil, agresividad, etc.

Relacionado con lo anterior, todos los peritos psicólogos señalaron haber evaluado también si los niños contaban con las habilidades cognitivas básicas para expresarse, darse a entender, referirse a emociones y distinguir entre lo realmente ocurrido y lo que no ha sucedido, entre la mentira y la verdad y todos fueron contestes en indicar que los menores evaluados sí contaban

con tales capacidades mínimas, excluyendo tajantemente la posibilidad que hayan sido condicionados por lo afirmado o preguntado por terceros o que hayan fabulado en torno al tema, evento que el tribunal también excluye desde que lógicamente niños de tan corta edad no son capaces de aprender un discurso de tal naturaleza, menos cuando no poseen experiencia de tipo sexual.

Por otra parte en el plano objetivo y referido particularmente a los abusos sufridos por los menores J.V., A.S. y K.E. se cuenta como pruebas que corroboran sus relatos: 1.– La declaración del médico Robert Sornoza que dijo haber examinado a J. el 7 de noviembre del 2003 y hallado enrojecida su zona anal, extendiendo un documento que ordenaba una interconsulta, aun cuando no estuvo en condiciones de afirmar si ello se debía a una situación de abuso; 2.– El testimonio del médico legista Martín Romero quien refirió haber examinado a A. el 27 de octubre de 2003 y que manifestó que aun cuando a nivel genital y proctológico no constató anomalías, sí advirtió de una escoriación de 0.5 por 0.5 cms. en la cara anterior del cuello que se explica por la acción de una contusión con elemento contundente que actuó tangencialmente o por frotamiento, pudiendo tratarse del apretón de una mano, hallazgo que es compatible con lo que el niño le relató a su madre y a los peritos que lo evaluaron en orden a que: “el tío Eduardo lo había pescado así” (exhibiendo a su madre el movimiento de presión en la zona anterior y posterior del cuello) o “los niños estaban durmiendo, no hay nadie y aprieta el cuello fuerte, así con la mano” (al tiempo que ante el psicólogo Araya demostraba el movimiento y cambiaba el tono de voz) y 3.– El documento extendido por el médico Mario Gando Yulan del Consultorio Rendic que examinó a la menor K. sugiriendo como hipótesis diagnóstica himen perforado en estudio, lo que es compatible con la penetración digital vaginal que la niña relató a su madre y evaluadores.

A lo anterior deben unirse los testimonios de las madres de todos los menores víctimas, quienes como ya se ha dicho relataron diversas conductas o cambios de comportamientos, en el período anterior como posterior a las denuncias, que fueron asociadas por los psicólogos a efectos de los abusos sexuales sufridos.

Por último la **relevancia de las acciones sexuales** abusivas, exigida por la ley penal para sancionar únicamente conductas de trascendencia se hizo evidente con lo declarado por los psicólogos que evaluaron a los niños y dieron cuenta del daño sufrido y de sus cambios conductuales, los cuales no se explican con conductas leves menores.

OCTAVO: Establecida la comisión del delito, sin perjuicio de hacernos cargo luego de las alegaciones de la defensa de Eduardo Araya Lobos, corresponde señalar que la misma prueba con la que se acreditó el hecho punible, permitió establecer la participación del acusado en calidad de autor.

El principal elemento incriminador resultó ser la imputación precisa que las cinco víctimas realizaron de su persona, sindicación que ha sido persistente en el tiempo en la medida que a todos a quienes los niños han relatado los hechos le han referido como autor de las tocaciones al “tío Eduardo” precisando además que se trataba del tío que hacía el aseo o el tío que regaba en el jardín infantil.

Resulta de importancia destacar que la gran mayoría de los peritos psicólogos que evaluaron a los niños se plantearon diversas hipótesis al inicio de su trabajo en términos de explorar la posibilidad que los niños hubiesen sido condicionados por los relatos de terceros adultos o bien fabularan respecto de lo narrado o por último que habiendo experimentado una situación de abuso sexual, ésta se haya dado en otro entorno diferente al jardín infantil con un agresor diverso del imputado, hipótesis que sustentada en la experticia que dijeron poseer –lo que se hizo más que evidente para el tribunal– descartaron por completo, afirmando todos ellos que la persistencia en la incriminación y la circunstancia que los niños no dudaran nunca en la identificación determinada de su agresor, constituían precisamente elementos que permitían concluir un relato veraz.

De tal manera que frente a relatos –aunque escuetos en la audiencia– verosímiles, completos –respetando la etapa evolutiva de los niños–, persistentes y consistentes con el resto de las pruebas, se ha estimado que tienen el valor de prueba completa para desvirtuar la presunción de inocencia que amparaba al acusado, ya que llevaron unívocamente a establecer la convicción, más allá de

toda duda razonable, que el acusado Araya Lobos intervino en la ejecución del delito establecido, de una manera inmediata y directa, esto es, como autor del mismo, conforme a lo establecido en el artículo 15 N° 1 del Código Penal.

NOVENO: Que la defensa del acusado pidió la absolución de su parte, sosteniendo una versión alternativa de lo ocurrido negando categóricamente haber abusado sexualmente de algún niño con los cuales no tenía contacto directo, versión que sustentó en el testimonio del acusado, que renunciando a su derecho a guardar silencio, manifestó que cuando se le acusó ante la directora del jardín, desde hacía una semana que no se desempeñaba en el Tortuguita, pues lo hacía en otro establecimiento, cuando se reincorporó se le notificó de la denuncia y se le separó del jardín, lo que situó a fines de octubre.

Dijo a requerimiento del Ministerio Público que se casó a los 18 años con Claudia Henríquez, de la cual se encuentra anulado y con dos hijas de tal unión de 21 y 18 años de edad. Actualmente tiene una pareja y un hijo común de 14 años.

Se refirió a sus tres últimos trabajos señalando que en la Junji trabajó como auxiliar de servicios menores desde el año 1992 ingresando al jardín Banderita Chilena para ser trasladado al Tortuguita en 1997, en torno a las razones de ello dijo que en el Banderita Chilena sobraban auxiliares menores. Antes trabajó para el Ministerio de Bienes Nacionales y en un supermercado para una empresa de seguridad.

Puntualizó que en el Jardín Banderita Chilena no tuvo problemas de ningún tipo como los de este juicio.

Respecto de sus labores como auxiliar de servicios menores afirmó categóricamente que no se tiene relación directa con los niños, que se debe hacer aseo y mantención de las salas, reparaciones, adecuar las salas para las actividades de los niños, lo cual se realizaba cuando éstos no estaban presentes, por ejemplo dijo que él hacía aseo en las salas cuando ellos estaban en el baño y que hacía aseo en los baños cuando los niños no estaban allí.

Agregó que su horario de trabajo era de 8,30 a 17,20, que los niños se retiraban a las 16,30 y a partir de esa hora se hacía aseo, retirándose alrededor de las 18 o 19 horas.

Indicó que existía otro auxiliar de servicios varón, don Julio Tapia quien durante el año 2003 tuvo una asistencia bastante irregular, presentando licencias por padecer diabetes, licencias de entre 7 a 15 días, lo que significaba una recarga de trabajo para él.

Dijo que antes de la denuncia nunca tuvo problemas con alguna madre o algún niño y que ignora la razón por la cual 5 niños lo acusan, insistiendo que cuando se denuncian los hechos él se desempeñaba hacía una semana en el jardín Caracolito y la semana anterior trabajó sólo medio día porque estaba en un curso, agregó que fue retirado del jardín el 27 de octubre de 2003 y enviado a la oficina regional donde trabajó como estafeta hasta marzo de 2004 cuando renunció.

Interrogado por la abogada de Sename dijo que no conoce a los niños que lo acusan, que sabe que son del nivel medio menor, o sea del primer año que entran al jardín y que como no se relaciona con ellos le es difícil poder reconocerlos. Indicó que ni siquiera hablaba con ellos por que su trabajo no se lo permitía.

Respondió que durante las horas de almuerzo de las tías permanecía en las salas una técnico o quien destinara la directora, pero él por normativa no se podía responsabilizar por los niños, por lo que nunca vigiló sus salas en tanto dormían. Dijo que el trato entre todos era de tío o tía.

Requerido por su defensa señaló que sus labores las realizaba en todos los niveles, no sólo en el medio menor donde ocurren los problemas y en los restantes no hubo denuncia alguna.

Precisó –respecto del cambio del jardín Banderita al Tortuguita– que la directora le consultó a los 4 auxiliares quién se quería trasladar y nadie quiso de manera que ella lo decidió y lo escogió a él quizá por ser el último en llegar a trabajar a ese establecimiento.

Respecto de sus calificaciones indicó que siempre estuvo en listas 1 o 2.

En cuanto a la distribución de las salas manifestó que existían dos sectores, los del nivel afectado tenían el baño dentro de la sala y un patio cerrado fuera de ésta.

También dijo que él no llevaba los niños al baño, que esa actividad que se hacía después de ingerir los alimentos era de rutina y estaba a car-

go de la técnico y la educadora. Afirmó además que cuando él preparaba la sala para la siesta, los niños no estaban y cuando dormían se quedaba en la sala la educadora o la auxiliar.

Respecto de su destinación por una semana al jardín Caracolito fue para reemplazar a una auxiliar que la destinaron a manipuladora de alimentos.

También le exhibieron el registro de atrasos e inasistencias de octubre de 2003, afirmando que sólo trabajó en el jardín Tortuguita hasta el 17 de octubre pues entre el 20 y el 24 de ese mes lo hizo en el Caracolito y a partir del 27 en la oficina regional. Insistió que la denuncia se hizo durante la semana que él no estuvo en el jardín, que al regresar se impuso por la directora que en atención a ello sería trasladado a la oficina regional y que se realizaría un sumario, respecto del cual en definitiva fue sobreseído, sumario que concluyó con posterioridad a su renuncia a la Junji (marzo de 2004).

DÉCIMO: En otro orden, la defensa aportó el testimonio de **Leticia Rodríguez Campillay, Rebeca Morales Ardiles, María Angélica Canales Rdriguez y Haylen Ayllu Cuitiño**, cuyos dichos ya fueron pormenorizados al analizar la prueba de cargo, por cuanto se trató de testigos comunes a todos los intervinientes.

Por último, la defensa incorporó, realizando una lectura resumida, como **prueba documental: a)** un acta de acuerdo de junta calificadora planta de auxiliares de la Junta Nacional de Jardines Infantiles correspondiente al período 1ª septiembre de 2002 a 31 de agosto de 2003, en el que consta que el acusado fue calificado con nota 9.78 en rendimiento, 10.0 en condiciones personales y 9.87 en comportamiento funcionario, con puntaje final de 98.86 y lista de calificación Nro. 1; **b)** hoja resumen mensual de atrasos, asistencias e inasistencias correspondientes a los funcionarios del Jardín Tortuguita durante el mes de octubre de 2003, del que se advierte que el acusado desempeñó sus funciones en tal establecimiento hasta el día 23 de octubre inclusive para hacerlo a contar del día 24 en otro establecimiento y a contar del 30 de dicho mes en la oficina regional y **c)** copia de resolución de la Dirección Regional de la Junji II Región que con fecha 24 de junio de 2004 dicta sobreseimiento en sumario administrativo

instruido con ocasión de la denuncia que hiciera una apoderada por abuso sexual de su hijo.

UNDÉCIMO: Que en su alegato de clausura la defensa insistió en la absolución del acusado, realizando un análisis de la prueba rendida orientando sus argumentaciones a desvirtuar el poder de convicción de la prueba de cargo y sin perjuicio que el tribunal al razonar en la forma realizada en los motivos sexto, séptimo y octavo ya se ha hecho cargo de gran parte de tales alegaciones, se hace necesario complementar el razonamiento que llevó al tribunal a estimar más que suficiente la prueba rendida, desechando las razones por las cuales la defensa intentó desconocer su contundencia.

En efecto como importante cuestión la abogada defensora atacó la rigurosidad y exhaustividad de los informes periciales incorporados a través de los testimonios de 5 psicólogos, señaló entre otras razones que algunos de los informes eran genéricos y básicos, que los peritos no tenían la condición de psicólogos clínicos infanto juveniles, en cuanto al procedimiento de entrevista utilizado afirmó que los niños no se les interrogó de manera tal que dieran sus respuestas de forma espontánea, insinuándose que de algún modo se les condicionó, echó de menos la aplicación de tests proyectivos como el dibujo de la figura humana y por último estimó que habría sido necesario someter a las madres a un test de veracidad de contenido de su relato.

En torno a todo lo anterior, considerando que lo manifestado por la defensa son meras opiniones personales, por lo demás lega en la materia y que no aparecen refrendadas en el juicio por antecedente alguno y que los psicólogos que depusieron en la audiencia dieron evidentes muestras de su experticia en la materia, entregando detalladas y fundadas explicaciones de sus conclusiones, en nada se afectó la apreciación que el tribunal se formó a su respecto.

En otra línea argumental la defensa insinuó que los relatos de las madres y abuela de uno de los menores ofendidos permitían concluir que fueron condicionados a narrar los hechos en la forma insinuada por los adultos relevantes, posibilidad que los psicólogos que depusieron se hicieron cargo de descartar absolutamente, principalmente en atención a la edad y estadio evoluti-

vo de los niños, que les impedía reproducir –sin ser advertido por los evaluadores– un relato aprendido de un adulto, explicando que ello era fácilmente detectable frente a relatos rígidos, estructurados, sin correlato emocional y porque en el transcurso de la evaluación se cambiaban detalles y personas.

La defensa estimó que con lo declarado por las educadoras de párvulos María Canales y Leticia Rodríguez, que comparecieron a la audiencia y que refirieron trabajar aún en el jardín afectado, quedó suficientemente acreditado que el imputado no tenía acceso a los niños, ni menos estuvo en condiciones de quedar a solas con ellos y que en tal sentido se contradijo la testigo Rebeca Morales, directora del jardín en la época de ocurrencia de los hechos, quien además dio cuenta de un mal funcionario no obstante lo cual estaba calificado en lista sobresaliente.

Para estimar el tribunal, que por el contrario sí se acreditó que el acusado se relacionaba con los menores y haciéndonos cargo de la versión alternativa de los hechos presentada por éste en orden a que sus labores no permitían contacto alguno con los párvulos que facilitara los abusos, se ha tenido presente que aun cuando doña María Angélica Canales y doña Leticia Rodríguez no afirmaran que Araya Lobos les colaboraba en actividades de vigilancia o interactuara con los niños –actitud entendible desde que aún trabajan en el establecimiento– tampoco fueron categóricas a la hora de descartar de plano tal posibilidad, de hecho mencionaron que fuera de la jornada escolar cuando los niños eran entregados a sus madres, muchas de éstas permanecían en el jardín conversando o colaborando en actividades de aseo, dejando a sus hijos deambular por el recinto ocasión durante la cual es perfectamente posible que el acusado los abordara. En tal sentido doña Rebeca Morales, Directora del Jardín Tortugueta en la época y actualmente no vinculada a la institución (Junji), por ende estimada a juicio del tribunal como más imparcial, afirmó que cuando las madres colaboradoras apoyaban con el aseo, dejaban que sus hijos circularan por el recinto e incluso algunos niños “ayudaban” al tío Eduardo llevándole la escoba, palas o corriéndoles las sillas.

Incluso una de las madres afirmó que el imputado colaboraba con las tías a llevar al baño

a los niños “que les limpiaba el potito” y ocurre que algunos niños contextualizaron lo ocurrido en dicha dependencia. Otra progenitora insinuó que el acusado interactuaba con ellos a la hora de almuerzo, desde que afirmó que cuando su hijo no se comía toda la comida le decían que llamarían al tío Eduardo. Por último, el mismo imputado reconoció que una de las labores era preparar las salas colocando colchonetas para que los niños durmieran la siesta y que ello lo hacía cuando los menores no estaban, lo que aparece descartado por los propios infantes que en su mayoría sitúan los episodios abusivos en el lugar y con ocasión de la siesta.

Finalmente el contacto habitual y familiar con los niños, insistentemente negado por el acusado y su defensa, lógicamente se concluye a partir de las expresiones contestes de los menores en orden a ubicar perfectamente a la persona del tío Eduardo, como el que regaba o hacía aseo en el jardín, el que les colocaba las colchonetas, o quien les quitaba los juguetes, pareciendo improbable que un niño de tan corta edad pueda referirse en forma tan certera respecto de alguien con quien no se vinculan directamente.

Por último, no deja de ser importante que en el relato del inculpado se apreciaron importantes omisiones en torno a antecedentes que podrían significarle responsabilidad en los hechos investigados, como por ejemplo que no se refiera a la existencia de madres colaboradoras con el aseo que permanecían en el establecimiento al concluir la jornada dejando a sus hijos deambular por el recinto sin custodia especial.

En similar sentido, cuando insistió a modo de excusa que cuando se denunció el abuso de uno de los menores (referencia a A.S., cuya madre puso los hechos en conocimiento de la directora el día 24 de octubre de 2003) él no se encontraba trabajando en el jardín Tortuguita desde hacía una semana porque lo habían destinado a contar del 17 de ese mes al jardín Caracolito, afirmación que no resultó ser cierta conforme se advierte de los documentos control de atrasos, asistencias e inasistencias del mes de octubre de 2003 de ambos establecimientos, acompañados por la propia defensa, reconocido y explicado por quien dirigía el jardín en tal época doña Rebeca Morales, en términos que de tales antecedentes cons-

ta que el día 23 de octubre Eduardo Araya trabajó en el jardín Tortuguita, que comenzó a laborar en el jardín Caracolito el día 24 de octubre para ser destinado a la oficina regional el 30 de dicho mes.

Otro tanto ocurre cuando explicó que fue trasladado desde el jardín Banderita Chilena al Tortuguita por decisión de su directora frente al exceso de auxiliares, en circunstancia que tal persona doña Haylen Ayllú precisó en la audiencia que la solicitud de traslado la realizó el propio acusado ignorando los motivos, pero coincidentemente después que se investigara una denuncia de una apoderada en orden a que Araya Lobos le había hechos tocaciones “en la guatita” a su hijo, incidente al que el imputado no aludió habiéndosele consultado expresamente en torno a problemas de tal índole.

Como cuestión final la defensa –sin mayor fundamentación y aludiendo a una sentencia de la ltma. Corte de Apelaciones de esta ciudad que no determinó– alegó que los hechos acreditados no constituían reiteración de delitos, aseveración de la que el tribunal no puede menos que discrepar, desde que fueron cinco los menores ofendidos y no se vislumbra lógicamente de qué modo pudieron ser abusados en un mismo tiempo, en una misma ocasión y a través de una única conducta.

DUODÉCIMO: Que beneficia al acusado la minorante del artículo 11 Nro. 6 del Código Penal, esto es, su irreprochable conducta anterior acreditada con el mérito del extracto de filiación y antecedentes incorporado por el Ministerio Público, en el cual consta que se encuentra exento de anotaciones prontuariales pretéritas, circunstancia que no se tendrá como muy calificada – conforme a la solicitud que la defensa realizara en la audiencia de rigor– por las razones que más adelante se señalarán.

Por otra parte, la acusadora particular estimó que respecto del ilícito que afectó a la menor K.E.A. perjudicaría al acusado la agravante del artículo 12 Nro. 7 del Código Penal de cometer el delito con abuso de confianza, lo que –como se anticipó en la deliberación– fue desestimado por el tribunal, acogiendo de este modo lo alegado por su defensa, desde que el acusado desempeñaba en el lugar de ocurrencia de los hechos labores de auxiliar de servicios o aseo, condición

que no lo situaba al cuidado de los niños, de manera que si accedió a los mismos no fue aprovechándose de una especial confianza depositada en él por las madres de éstos o por las educadoras o auxiliares de párvulos encargadas de sus cuidados, únicamente estuvo en condiciones de interactuar con los menores ofendidos sirviéndose de un descuido de sus guardadores.

DECIMOTERCERO: Que la figura de abuso sexual de la que se ha estimado responsable al acusado se encontraba sancionada –a la fecha de ocurrencia de los hechos– con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados, sin embargo, habiéndose establecido que la conducta desplegada por el agente corresponde a delitos reiterados de abuso sexual por cuanto fueron cinco los menores ofendidos, el tribunal –a partir del grado inferior– aumentará la pena en dos grados, llegando a una de presidio menor en su grado máximo, que se fijará en tres años y un día, habida consideración que al acusado le beneficia la atenuante de irreprochable conducta anterior.

La sanción en la forma antes indicada surge a partir de que es más beneficioso para el acusado la aplicación del artículo 351 del Código Procesal Penal, que el artículo 74 del Código Penal, sistema este último que habría significado la posibilidad de imponerle 5 penas de reclusión menor en su grado medio, mínimamente de 541 días cada una de ellas, lo que evidentemente excede los 3 años y 1 día que en definitiva se le aplicaron.

DECIMOCUARTO: Tampoco se concederá al acusado beneficio alguno de aquellos contemplados en la ley 18.216, en atención a que en la opinión calificada del Consejo Técnico del Centro de Reinserción Social, luego de evaluado, no era recomendable otorgarle ningún beneficio.

Para sostener las conclusiones del informe presentencial que el organismo técnico evaluó del acusado y que se incorporó en la audiencia, se presentó por el Ministerio Público como **peritos a la Asistente Social Pilar Martínez Cáceres y a la psicóloga Carmen Olmedo Estay.**

La primera profesional, esto es la asistente social, refirió haber realizado junto con la psicóloga el informe presentencial del imputado, informe que además fue evaluado por el Consejo Técnico

del Centro de Reinserción Social. Para recabar información se entrevistó al imputado y su familia y se realizó una visita domiciliaria, en tanto que la psicóloga lo entrevistó y aplicó el test de Rorchar.

En cuanto a su área señaló que el imputado tiene 49 años, es soltero, mantiene convivencia, residiendo en el sector centro norte de la ciudad, en la actualidad cesante. Fue criado por su madre únicamente, quien era asesora de hogar y después fue suplementera, mas recibió apoyo por parte de la pareja estable de ésta. Presentó ciertos problemas en relación al curso de su educación media, la que pudo concluir a los 30 años. Posee hábitos laborales desarrollados, comenzó su actividad laboral en el programa de empleo mínimo, después en la Seremi de Justicia, en una Notaría y en Bienes Nacionales, todas labores administrativas, desarrollando también trabajos como maestro de cocina. Ingresó en el año 1997 a la Junji.

Como antecedentes mórbidos se refirió consumo habitual de alcohol por tres años, detenido desde mayo del 2003.

En cuanto a las conclusiones del consejo técnico no recomendaron la libertad vigilada por su bajo control de impulsos y por las características de personalidad del acusado de tipo narcisista que podrían hacer poco eficaz un tratamiento por poseer baja empatía, externalizar la responsabilidad de sus actos (locus de control externo) y ello lo haría poco permeable a las orientaciones de un delegado.

A petición de la defensa precisó que el locus de control externo significaba en términos simples culpar a otros de los actos de que uno es responsable y que las características de personalidad permiten estimarlo reacio a cumplir las indicaciones de un tratamiento en libertad.

Consultado por el tribunal indicó que pese a que tiene hábitos laborales y apoyo familiar, este último es utilitario y funcional, de manera que no se estima eficiente en términos de constituir una forma de control.

A su turno, **la perito psicóloga** refirió que evaluó las características de personalidad del imputado, éste se presentó a la entrevista en forma colaboradora, con un discurso fluido, impresionando intelectualmente dentro del rango nor-

mal promedio, con adecuada capacidad de planificación y realización de tareas.

Refirió que por su personalidad introvertida, egocéntrica y rígida, con pensamiento estructurado, tiende a impresionar a los demás por un manejo adecuado del lenguaje y presentar una actitud seductora al entablar conversación. Dijo también que presentaba dificultad para resolver conflictos, evadiendo sus responsabilidades. En cuanto a la capacidad de ejecución en relación a lo propuesto por éste, es buena, manifiesta una confianza excesiva en sus capacidades, las que sobredimensiona, tratando de compensar una autoestima disminuida.

A nivel de mecanismos de autocontrol presenta deficiencias por poseer una conducta impulsiva, tender a gratificar en forma inmediata sus necesidades, con baja tolerancia a la frustración y el stress.

También advirtió un comportamiento agresivo encubierto, con mecanismos represores que controlan tal conducta.

No obstante su juicio de realidad es conservado, en el área de la afectividad aunque ésta es infantil, posee capacidad para establecer vínculos estables pero éstos son gananciales a sus requerimientos.

Concluyó que sus características de personalidad son del tipo narcisista, lo que lo dificulta para conectarse con sus emociones, tiende a intelectualizar las cosas, posee baja capacidad empática, menor capacidad para considerar las necesidades de los demás y presenta un sentido de grandiosidad que le hace necesitar que el medio lo valide. La medida alternativa no se recomendó por: 1.- Su dificultad de control de impulsos lo deja expuesto a satisfacer en forma inmediata sus necesidades, centradas en él, considerando en menor grado las demandas del medio; 2.- Su trastorno de personalidad narcisista hace poco eficaz un tratamiento terapéutico en términos de poca recepción a las orientaciones que se le entreguen; 3.- Su baja capacidad empática y 4.- Porque en la forma de resolver sus conflictos tiende a externalizar la responsabilizar en el medio.

A petición del Ministerio Público precisó que las características encontradas en el imputa-

do, por lo general corresponden a personas que han cometido delitos sexuales y estafas.

Consultado por la parte querellante dijo que las características del imputado lo dejan más expuesto a cometer conductas desadaptadas y precisó que para el desarrollo de su evaluación aplicó una entrevista clínica y el test de Rochard que evalúa personalidad.

Contrainterrogada por la defensa explicó que existen ciertas características de personalidad que están asociadas a un buen o mal pronóstico y en tal sentido los hallazgos al imputado la hacen concluir que será difícil y poco eficaz modificar sus conductas a través de las orientaciones de un delegado.

En cuanto al apoyo familiar, no sólo se exige que éste exista –como de hecho ocurre– sino que se requiere que sea significativo para el imputado, en términos de control externo, esto es, que sus orientaciones sean internalizadas.

La defensa, controvertió esa opinión técnica tanto en la audiencia del juicio como en la audiencia requerida para los efectos del artículo 345 del Código Procesal Penal, señalando que tal informe no era vinculante para el tribunal y entregando sus apreciaciones personales, en temas propios de una disciplina (la psicología) que no es su especialidad como tampoco lo es la del tribunal, de manera que si la defensa pretendió invertir la opinión del Consejo Técnico señalado, debió –en la oportunidad correspondiente– ilustrar al tribunal con pericias que permitieran confrontar la conclusión del referido consejo, la que se estimó técnicamente fundamentada sin posibilidad de ser desacreditada al tenor de una evaluación psicológica paralela –absolutamente desconocida para el tribunal– a la que aludió la defensa en la audiencia ya indicada.

DECIMOQUINTO: También en la audiencia del artículo 345 del Código Procesal Penal la defensa solicitó que la atenuante del artículo 11 Nro. 6 del Código Penal, esto es la irreprochable conducta anterior del acusado se estimara como muy calificada al tenor del artículo 68 bis del Código Penal, refiriendo que su representado se habría desempeñado como bombero por largo tiempo y en sus actividades laborales destacaba en forma especial y meritoria, petición a la que el

Ministerio Público, Sename y querellante se opusieron sustentados en que nada de ello se acreditó fehacientemente en el juicio.

Por las razones indicadas por los acusadores y por cuanto la especial calificación de una atenuante al tenor de dicha norma legal, beneficio del todo excepcional, requiere por parte de la defensa algo más que sólo invocarla, necesita ineludiblemente acreditarla por los medios que establece la ley y permitir a los restantes intervinientes confrontar el mérito de tales antecedentes, el tribunal desestimaré tal petición.

La defensa también planteó aplicar las sanciones de acuerdo con el artículo 74 del Código Penal y acorde a su estimación de penas probables conceder al acusado el beneficio de remisión condicional de la pena, en subsidio pidió la sanción de acuerdo con el artículo 351 del Código Procesal Penal. Al respecto el tribunal ya razonó en torno a que esta última disposición legal era más beneficiosa al imputado.

En cuanto a la acción civil:

DECIMOSEXTO: Que la querellante doña Marinka Alvarez Sapunar, en su condición de madre de la menor ofendida K.E.A. y a través del Centro Regional de Atención Integral a víctimas de delitos violentos, dedujo demanda civil pidiendo que se condenara al acusado al pago de la suma de \$ 10.000.000 como indemnización por el daño moral experimentado, esto es el daño psicológico y sufrimientos sufridos a consecuencia del delito. Fundó su acción en los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, artículos 59, 60, 109 letra c) y 261 letra d) del Código Procesal Penal en relación al 254 del Código de Procedimiento Civil.

DECIMOSEPTIMO: Que acreditada la existencia del hecho punible y la responsabilidad que en el mismo le cupo al acusado, se estableció el primer presupuesto procesal de la pretensión de la actora, 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 del acusado para litigar respecto de esta acción.

De igual manera, determinado que la demandante civil actuó en representación de su hija la menor víctima del delito, está demostrada su legitimación activa en la pretensión, desde que se acompañó el certificado de nacimiento que acredita tal parentesco.

DECIMOCTAVO: Que se encuentra acreditado en el juicio que la menor K.E.A. fue víctima de tocaciones en su zona vaginal por parte del acusado y que tal situación abusiva por cierto –tratándose de una niña de 3 años a la que se le pide silencio a cambio de recibir golosinas– le ocasionó un daño emocional, del que dieron cuenta en forma objetiva su madre Marinka Álvarez y que fundamentaron técnicamente los psicólogos Julia Rodríguez y Jorge Araya, refiriendo que rechaza el contacto corporal incluso de su madre para asearla, el acercamiento de figuras masculinas, aumento de su nivel de agresividad e irritabilidad al ser abordado el tema del abuso y presentación de terrores nocturnos.

Tales circunstancias permiten, lógica y racionalmente, establecer como un hecho de la causa que sufrió daño moral, es decir, que experimentó dolor, pesar o angustia como consecuencia del hecho dañoso, sin perjuicio del alcance mayor que el concepto de daño moral tiene como lesión a intereses extrapatrimoniales, en el presente caso, la forma como se verá afectado su desarrollo social por los sentimientos de desconfianza generados, el rechazo a las figuras masculinas y la negativa a asistir a un jardín infantil, instancia necesaria para apoyar su formación integral, conclusión que de todos modos se impone, sin perjuicio que los peritos hayan indicado que su pronóstico era favorable en la medida que recibiera tratamiento reparatorio.

DECIMONOVENO: Así, encontrándose determinado que la hija menor de la demandante padeció de daño moral, debe hacerse lugar a la demanda por este concepto, estimando el tribunal que la suma de dinero demandada parece proporcionada al dolor acreditado y al daño causado.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 11 N° 6, 63, 14 N° 1, 15 N°1, 24, 26, 29, 45, 50, 68, 74, 366 bis inciso 1°, 366 ter, 372 del Código Penal, 47, 59, 60, 109 letra c), 152, 261

letra d), 295, 296, 297, 340, 341, 342, 344, 345, 346, 348 y 351 del Código Procesal Penal, artículos 2314, 2329 y 2330 del Código Civil y artículos pertinentes de la Ley 18.216, se declara:

I.– Se condena a **EDUARDO MAURICIO ARAYA LOBOS**, ya individualizado, a la pena única de **tres años y un día de presidio menor en su grado máximo** y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autor de delitos de abusos sexuales reiterados en perjuicio de los menores M.F.M., J.V.C., B.V.G., K.E.A. y A.S.A., perpetrados en esta ciudad entre los meses de marzo a noviembre del año 2003.

II.– Asimismo se le condena a la pena de interdicción del derecho de ejercer la guarda y ser oído como pariente en los casos que la ley designe y de sujeción a la vigilancia de la autoridad por el término de tres años, en el sentido de declarar antes de ser puesto en libertad, el lugar en que se propone fijar su residencia.

III.– Que además se condena al acusado, al pago de las costas de la causa.

IV.– Que atendido lo razonado en la consideración décimocuarta de la sentencia, el acusado deberá cumplir su condena privado de libertad, la que se le empezará a contar desde su efectivo ingreso al Centro Penitenciario que corresponda, sirviéndole también de abono, si procediera, el tiempo que hubiere estado detenido por esta causa, según lo determine en su oportunidad el señor Juez de Garantía de la causa.

IV.– Que se hace lugar, con costas, a la demanda civil interpuesta por doña Marinka Alvarez sapunar, en representación de su hija menor K.E.A., y se condena al acusado a pagar la suma de \$10.000.000.– (diez millones de pesos) por concepto de daño moral, reajustados y con intereses corrientes entre la fecha de esta sentencia y la de su pago efectivo.

V.– Devuélvanse a los intervinientes los documentos incorporados en la audiencia.

Oficiese a los organismos que correspondan comunicando lo resuelto y remítase copia de esta sentencia al tribunal de garantía de esta ciudad para su cumplimiento, en la oportunidad que corresponda.

Regístrese.

Se previene que el Magistrado don José Delgado Ahumada fue del parecer de acoger la demanda civil impetrada por la suma de \$5.000.000.– en atención a sus propios fundamentos.

Redactada por la juez señora Claudia Lewin Arroyo.

RIT N° 181–2004.–

Pronunciada por los jueces titulares del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta don José Delgado Ahumada, don Dinko Franulic Cetinic y doña Claudia Lewin Arroyo.

- **Condena al acusado como autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, en grado de consumado por aplicación del artículo 450 del Código Penal. Con ocasión de haberse invocado la agravante de reincidencia en delito de la misma especie, el fallo discute este factor entre los delitos de robo por sorpresa y robo en lugar habitado.**

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

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado en grado de frustrado, alegando la concurrencia de la agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal. La Defensa sostuvo que faltó el elemento fuerza, además de concurrir las atenuantes del artículo 11 N° 7 y N° 1, en relación con el artículo 10 N° 1, del Código Penal. El Tribunal tuvo por acreditadas tanto la ocurrencia del hecho como la participación del acusado, condenando por el delito de robo en lugar habitado, cometido en la modalidad de escalamiento, en grado de tentado, que por disposición del artículo 450 del Código Penal se castiga como consumado. En cuanto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, acogió las atenuantes alegadas por la Defensa. La primera, porque se demostró que el imputado presenta un retardo mental moderado, traducido en la evidente torpeza de sus actos, que implica que el juicio de reproche como factor integrante de la culpabilidad se encuentre disminuido. La segunda, porque el acusado efectuó un depósito de dinero estando privado de libertad, así como porque la víctima no sufrió más daño que saber que habían intentado robarle. Finalmente, en cuanto a la agravante invocada por la Fiscalía, ésta fue rechazada, en voto dividido, por estimar la mayoría que el robo por sorpresa y el robo en lugar habitado no son delitos de la misma especie, atendido que el primero es más bien una figura de hurto agravado, en tanto el segundo protege además de la propiedad la integridad de las personas.

El voto de minoría sostuvo que son delitos de la misma especie en primer lugar aquellos que protegen un mismo bien jurídico. En segundo lugar, aquellos en que la forma de ataque a dicho bien sea similar. En el caso de los delitos de robo por sorpresa y robo en lugar habitado, ambas figuras típicas protegen la propiedad y en ambas la comisión es prevaliéndose de la indefensión de la víctima, sea por la sorpresa, sea burlando los dispositivos de protección.

Texto completo:

Antofagasta, ocho de febrero del año dos mil cinco.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que con fecha tres del presente mes y año, ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, constituido por el juez Presidente don Dinko Franulic Cetinic e integrado además por los jueces señora Myriam Urbina Perán y don José Delgado Ahumada, se llevó a efecto la audiencia del juicio oral de la causa rol interno del tribunal N°182-2004, seguida en contra de **EMILIO ALBERTO JOFRÉ ESPINOZA**, soldador, cédula nacional de identidad N°11.820.093-4, chileno, de 33 años de edad, domiciliado en

avenida Carlos Oviedo Cavada N°3774 de esta ciudad.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por la Fiscal Adjunto doña Lorena Rodríguez Gálmez, domiciliada en Condell N° 2235, de esta ciudad.

La defensa del imputado estuvo a cargo del Defensor Penal Público, don Enrique Letelier Loyola, con domicilio en Balmaceda N° 2536, oficina 303, Antofagasta.

SEGUNDO: Que el Ministerio Público fundó su acusación en que el día 05 de mayo de 2004, en circunstancias que carabineros se encontraba de servicio en la población, recibieron un llamado de Cenco con el objeto que se constituyeran en el inmueble de calle Granaderos N°

484 de esta ciudad, de propiedad de Manuel Butron Peet, ya que era objeto de un robo. Ante lo cual, los funcionarios policiales se constituyeron en el lugar, encontrando en la afuera del inmueble antes indicado una serie de especies que se veían en la vía pública. Al llegar al inmueble carabineros procede a ingresar al mismo, sorprendiendo al imputado que se encontraba en una de las dependencias de la casa habitación, lugar donde se guardan todas las especies que se encontraron en el frontis de la vivienda y que dicha colindaba con la puerta de la pieza de servicio, en cuyo interior se encontraba la asesora del hogar escondida en un closet, al sentir ruido en la dependencia antes descrita, procediendo a su detención y encontrando entre sus ropas un desatornillador cruz y dos desatornilladores paletas, de propiedad del afectado. Hace presente que la forma de ingreso al inmueble fue mediante el escalamiento del portón del antejardín de dos metros de altura.

A juicio del Ministerio Público los hechos descritos son constitutivos del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, ilícito previsto y sancionado en el artículo 440 N° 1 del Código Penal, con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, en grado de frustrado, pero de conformidad al artículo 450 del Código Penal, se castiga el delito como consumado, desde que existe principio de ejecución.

Señala asimismo, que al imputado no le beneficia ninguna aminorante de responsabilidad penal y que le perjudica la agravante prevista en el artículo 12 N° 16 del Código Penal.

Solicita se le imponga al imputado la pena corporal de diez años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos, la pena accesoria de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, las costas de la causa.

TERCERO: Que la defensa del acusado, en su alegato de apertura, sostuvo que en el presente caso, falta el elemento fuerza, por lo que el hecho debe derivar en una figura distinta a la sostenida en la acusación. Señaló además, que concurre en beneficio del acusado la atenuante del artículo 11 N°1 en relación con el artículo 10 N°1 del Código Penal y, no existe la agravante de rein-

cidencia específica, pues no hay similitud en la modalidad del ataque en el delito por el cual fue condenado anteriormente, esto es, robo por sorpresa y el hecho objeto del presente juicio.

CUARTO: Que para establecer los elementos del tipo penal por el cual acusó, esto es, apropiación de especies muebles ajenas, que se encuentran en lugar habitado, sin la voluntad de su dueño, con ánimo de lucro y usando, para su ejecución, fuerza en las cosas, la fiscalía hizo comparecer a estrados, en primer lugar, a don **Manuel Butron Peet**, dueño de casa del inmueble afectado, quien señaló en el mes de mayo del año pasado, en circunstancias que en horas de la noche, se encontraba durmiendo junto a su familia, sintió golpes dentro de la casa, se asomó por la ventana, viendo carabineros en el patio de la casa, quienes le dijeron que bajara porque habían entrado a robar y que tenían al autor detenido en el furgón, cuando llegó junto a los funcionarios policiales, les dijo que en dependencias interiores duerme Madeline, la persona que les ayuda en la casa, fueron a verla y ésta se encontraba escondida en la parte superior de un closet, muy asustada. También revisaron el resto de la casa, por si hubiera otros sujetos en el interior de la propiedad. Luego se dio cuenta que algunas especies de su propiedad estaban tiradas en el camino hacia el garage, cuya puerta estaba abierta, y también afuera de la casa había otras. Señaló que el portón del garage sólo se abre por dentro, para hacerlo por fuera deben utilizarse las llaves o bien emplearse fuerza, pero de esto último no había señales, además cuando se fue a acostar, la puerta estaba cerrada. Las cosas que estaban afuera de la casa, eran herramientas, bolsos con ropa y una bicicleta y, en el interior del patio, en el pick up de su camioneta había más ropa, todas esas cosas estaban en la pieza contigua a la de Madeline, habitación que cuando fue a verla, se encontraba desordenada.

Ante una pregunta de la señora fiscal, el testigo respondió que Madeline estaba oculta en el closet porque tenía miedo, ya que sintió que trataron de abrir la puerta de su habitación. Indicó además el testigo que la pieza desde donde trajeron especies, está al lado de la de Madeline, tiene puerta y ventana y se usa como bodega, la puerta sólo estaba cerrada con picaporte.

La fiscal procedió a exhibir fotografías, correspondientes a diversas especies, que el testigo reconoció como de su propiedad, y eran parte de aquellas que se encontraban en la bodega y que fueron encontradas tanto fuera de la casa como en el patio. Fotografías que fueron incorporadas en la audiencia como medios probatorios.

Doña **Madeline Serey Carmona**, señaló que estudia y trabaja como nana en la casa del señor Butron. En la noche de un día de principios de mayo del año pasado, había terminado de estudiar porque tenía prueba al día siguiente, y se disponía a dormir, cuando escuchó unos ruidos, la verdad es que los había sentido antes, pero no le había dado importancia porque siempre se sienten como ecos, ya que al lado de la casa hay un edificio de departamentos, se percató que la luz del pasillo que conduce a su habitación estaba encendida y escuchó a alguien decir: "tienes derecho a guardar silencio", también sintió una risa y la voz de la señora Mónica, que es la dueña de casa, que le decía "Madeline enciértrate", lo que no podía hacer porque nunca la ha dejado cerrada ni con llave ni con picaportes. Como no sabía lo que pasaba, al darse cuenta que trataban de abrir la puerta de su pieza, se puso a forcejear, cuando se fueron, los que ella creía que eran los tipos que habían entrado a la casa, procedió a esconderse en un closet, allí permaneció hasta que abrieron la puerta y entró gente, reconociendo la voz de don Manuel, momento en el cual salió del closet. Agregó que junto a su pieza, se encuentra otra que los dueños de casa ocupan como bodega.

Respondiendo a una pregunta de la señora fiscal, la testigo señaló que a su habitación se puede llegar tanto por el portón como por la puerta principal. Ese día se percató que las puertas estaban cerradas, porque las vio así.

Por su parte el Sargento 2° de Carabineros **Armando Gallardo Subiabre**, señaló que el día 05 de mayo pasado, en circunstancias que se encontraban en la rotonda de la ruta 28, recibieron un comunicado de Cenco, que les informaba que en un inmueble ubicado en la calle Granaderos, se estaba efectuado un robo, por lo que concurren al lugar, demorándose alrededor de dos minutos en llegar, percatándose que el portón de madera de entrada de vehículos estaba abierto, se bajó junto a su compañero, al mirar, vieron que

en una pieza que se encuentra al fondo, la luz estaba encendida y en el interior había un sujeto que estaba como escogiendo especies, por lo que él ingresó por el portón, en tanto su compañero lo hizo por el otro lado, lo observaron por alrededor de un minuto, vieron que tenía un bolso a sus pies, elegía cosas y las guardaba dentro. Además, se habían percatado al llegar, que afuera del inmueble se encontraban algunas especies, como una bicicleta y unas cajas con herramientas. Una vez que se dieron cuenta que el sujeto estaba sustrayendo especies, procedieron a intimarlo para que saliera de la pieza, lo que hizo sin oponer resistencia, lo detuvieron, le leyeron sus derechos y lo trasladaron al furgón, después bajó el dueño de casa.

Igualmente se procedió a exhibir, mediante su proyección, fotografías de las especies, que el testigo reconoció como aquellas encontradas tanto afuera de la casa como en el patio de la misma.

Respondiendo a una pregunta de la señora fiscal, el declarante manifestó que sólo era posible abrir el portón desde el interior, o desde afuera pero con llave. También indicó que cuando entrevistó al dueño de casa, éste le señaló que cuando se retiró a dormir, todas las puertas habían quedado cerradas, por lo que piensa que el sujeto tuvo que haber saltado la muralla, que no es muy alta.

Al ser contrainterrogado por el abogado defensor, el declarante respondió que fue un vecino del edificio de departamentos que queda al lado, quien llamó a carabineros pues había visto a un individuo ingresar al inmueble de calle Granaderos, pero dicha persona no pudo ser identificada.

Ante una pregunta de uno de los miembros del tribunal, el testigo señaló que no vio huellas de escalamiento.

También declaró don **Ilton Cortés Pinto**, Cabo 2° de Carabineros, señalando que ese día conducía el carro policial, alrededor de las 03:35 horas, Cenco les comunicó que en una casa de calle Granaderos se estaba efectuando un robo, por lo que inmediatamente concurren al lugar, verificando que en el exterior del domicilio había unas especies consistentes en una bicicleta, dos bolsos y una caja de herramientas y que el portón de acceso de vehículos, se encontraba semiaabierto, pero no se veía forzado; procedieron a

hacer una inspección ocular, percatándose que en una dependencia que se encuentra al interior, al lado de la que ocupaba la empleada de la casa, había un sujeto sustrayendo especies, por lo que ingresaron hasta allí, lo detuvieron, no oponiendo resistencia, se le leyeron sus derechos y lo condujeron al furgón, después procedieron a tomar contacto con el dueño de la casa, quien bajó desde el segundo piso y reconoció como de su propiedad las especies que estaban fuera del domicilio.

Finalmente declaró, mediante el sistema de video conferencia, el perito Teniente de Carabineros **Jorge Hidalgo Manríquez**, quien apoyándose en el mecanismo de power point, señaló que el día 05 de mayo de 2004, a solicitud de la fiscal de la causa, concurrió al domicilio ubicado en calle Granaderos N°484 de Antofagasta, para realizar diligencias periciales de interés criminalístico. Indicó que el sitio del suceso, correspondiente a una construcción sólida de dos niveles, cuyo frontis está orientado hacia el norte, mantiene un deslinde perimetral consistente en un muro de concreto, con un enrejado metálico apostado en la parte superior de éste, mantiene dos vías de acceso al interior, una de ellas se encuentra al costado poniente del deslinde, consistente en un portón para ingreso y salida de vehículos y al costado oriente un acceso para peatones, los que no presentan señales de forzamiento; al realizar una inspección ocular en detalle, al costado oriente del acceso peatonal, se observan señales de limpieza por el polvo y óxido que mantiene la parte superior de unos barrotes del enrejado metálico, atribuibles a maniobras de escalamiento; una vez traspuesto el ingreso para peatones por el sector sur, al oriente pero por el interior del muro de concreto, se observan señales de apoyo y desplazamiento, también atribuibles a maniobras de escalamiento; continuó señalando, que al costado poniente se observa un pasillo dispuesto de oriente a poniente, el cual comunica hacia un patio lateral de estacionamiento de vehículos orientado de norte a sur, a este último costado, al inspeccionarlo se pudo constatar que existen unas dependencias, una de las cuales está destinada a bodega, no pudiéndose verificar la otra, porque tenía activado el mecanismo de seguro; al inspeccionar la bodega, se observó en el suelo un fragmento de rastro plantar de calzado, también había señales de desorden y registro, compati-

bles con el delito de robo. Agregó el perito, que posteriormente, por instrucciones del fiscal de turno, se trasladó a dependencias del Retén Playa Blanca, donde el imputado accedió voluntariamente a que se le tomaran sus huellas dactilares y las impresiones plantares del calzado que usaba; el fragmento de rastro plantar encontrado en la bodega del inmueble, no mantenía la idoneidad necesaria para proceder a un cotejo. Como conclusión señaló que, en el inmueble de calle Granaderos N° 484 de Antofagasta, se encontraron huellas de desplazamiento atribuibles a escalamiento, las vías de acceso a la vivienda, tanto externa como internamente, no presentaban señales de forzamiento.

Al ser contrainterrogado, el perito señaló que existen huellas de desplazamiento por el interior del muro, entre el acceso vehicular y el acceso peatonal y también al lado izquierdo de la entrada principal, no pudiendo precisarse si tienen o no la misma data, pero sí que ambas fueron realizadas con el mismo calzado, también puede precisar que las señales de limpieza de polvo y de óxido en el enrejado eran recientes.

QUINTO: Que la prueba aportada por la fiscalía justifica de manera bastante los elementos que conforman el delito en su etapa de desarrollo de tentado.

Si bien sólo uno de dichos elementos fue objeto de controversia en el juicio, a saber, el modo de comisión del hecho, con las declaraciones del dueño de casa, de la empleada, de los dos carabineros y del perito, se pudo establecer que el inmueble ubicado en calle Granaderos N°484 de esta ciudad, al que ingresó el acusado, se trataba de una casa habitación, que sirve de domicilio a don Manuel Butron y su familia, quienes al momento de los hechos, se encontraban en su interior, como también la empleada de la casa, la que ocupaba una dependencia interior.

Sobre las cosas objeto del intento de apropiación, tales bienes fueron identificados como propios por el señor Butron en las fotografías que se proyectaron en la audiencia, apreciándose en las mismas su carácter de especies muebles.

El ánimo de lucro, surge del tipo de cosas y de la naturaleza del hecho, que no permite vislumbrar una finalidad que no sea la de obtener una ventaja patrimonial con el apoderamiento.

En cuanto al modo de ingreso al inmueble, es decir, el medio comisivo empleado, los referidos antecedentes, han permitido inferir, que fue el escalamiento. A esta conclusión se pudo lógicamente arribar, considerando que don Manuel Butron manifestó que al irse a acostar vio que las puertas y el portón estaban cerrados y que la única forma de abrir este último era por el interior o bien usando una llave, lo que fue corroborado por los carabineros que llegaron al lugar, quienes no apreciaron señales de fuerza, lo que resulta compatible con lo atestiguado por el perito, quien claramente expresó que en la inspección ocular del sitio del suceso no se habían detectado signos de forzamiento o fracturas, pero sí, existían huellas en la parte interior del muro divisorio de la propiedad, y también rastros de limpieza en uno de los barrotes de la reja metálica del antejardín, lo que el tribunal pudo apreciar mediante las fotografías que forman parte del peritaje y que fueron exhibidas en la audiencia. Antecedentes que lógicamente permiten concluir, que el ingreso a la propiedad se realizó por vía no destinada al efecto.

SEXTO: En consecuencia, la prueba de cargo, libremente apreciada, ha permitido tener por establecido, más allá de toda duda razonable, que en horas de la madrugada del día 05 de mayo de 2004, el acusado ingresó, escalando un muro existente en el frontis, al inmueble ubicado en Granaderos N°484 de esta ciudad, habitado por don Manuel Butron Peet y su familia, para acceder al antejardín del mismo y una vez allí ingresó a una dependencia interior que servía como bodega, desde donde intentó apropiarse de diversas especies, siendo sorprendido in fraganti dentro de la propiedad, por funcionarios de Carabineros, quienes llegaron al lugar luego de haber sido alertados de que allí se estaba cometiendo un ilícito.

Faltando sí, el desapoderamiento, pues el hechor si bien sacó, desde la bodega, algunas especies que colocó en la calle, no alcanzó a comportarse, en relación a ellas, con ánimo de señor y dueño.

SÉPTIMO: Los hechos así descritos configuran el delito de robo con fuerza en lugar habitado en grado de tentado, previsto en el artículo 440 N° 1, en relación con los artículos 7 y 432, todos del Código Penal, por cuanto el agente, ingresó mediante escalamiento, a dependencias de un

inmueble habitado, desde donde intentaba apropiarse de especies muebles ajenas, con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, habiendo dado principio de ejecución al delito por hechos directos, pero faltando uno o más para su complemento.

OCTAVO: Que la defensa en su alegato de clausura, señaló que el Ministerio Público indicó en su acusación que el acusado ingresó al inmueble escalando el portón del antejardín, lo cual suscita dudas respecto a si se podrá condenar, sin exceder los términos de dicha acusación. Ello porque ninguno de los testigo que declararon en el juicio se refirió a la forma de ingreso, y la única persona que pudo hacerlo, que fue quien llamó a Carabineros, no fue citado para que compareciera a estrados, pues no pudo ser identificado, además dicho testigo no le dijo a Cenco que había visto a alguien escalar, sino dentro del inmueble. Respecto al peritaje, el defensor sostuvo que contiene ciertas impresiones, tales como la existencia de huellas plantares en dos zonas diferentes de la parte interior del muro, lo que se pudo apreciar en las fotografías, una al costado izquierdo de la puerta y la otra en la zona comprendida entre el portón y la puerta, donde hay un árbol, indicando el perito que ambas huellas son del mismo agente, no pudiendo precisar si corresponden a una acción de saltar desde el exterior al interior o vice y versa. Ante esta situación, el defensor se planteó la duda de que si el Ministerio Público señaló que se ingresó escalando, cómo es posible que existan estas dos huellas en diferentes lugares? Agregó que sería ilógico suponer que el imputado saltó dos veces, cuando era fácil abrir el portón desde el interior hacia el exterior –lo dijeron los testigos–, tampoco se ha probado que entraron dos personas, o bien que ingresó por una zona y luego saltó por otra. Señaló además, que según lo expuesto por el perito, no pudieron cotejarse las referidas huellas con el calzado del imputado, por lo que estima que no está probado que las huellas encontradas en el interior del muro, correspondan al acusado. En consecuencia, al no encontrarse acredita la fuerza, hay que estar a la figura básica del artículo 432 del Código Penal, esto es, hurto.

NOVENO: Que al concluir el tribunal, como ya se consignara, que el modo de ingreso a la

propiedad afectada fue el escalamiento, no se ha excedido los límites de la acusación, pues si el acusado trepó por el portón o por el muro del inmueble, no altera el hecho concreto contenido en la acusación, es decir, que se ingresó a un lugar habitado mediante escalamiento, lo que quedó claramente acreditado mediante el peritaje incorporado por el órgano acusador y que fuera analizado en los considerandos precedentes. Tampoco altera lo concluido, el hecho que hubiesen huellas plantares en dos zonas diferentes de la parte interior del muro divisorio.

DÉCIMO: En cuanto a la participación del acusado, si bien su presencia en el lugar y hora de ocurrencia del hecho, no fue controvertida por la defensa, sino aceptada por ésta, ella ha resultado, además, establecida a través del reconocimiento que hicieron en la audiencia, los dos funcionarios aprehensores Armando Gallardo Subiabre e Ilton Cortés Pinto, quienes lo sindicaron como el sujeto que se encontraba en una dependencia interior del inmueble de calle Granadero N° 484, que sirve como bodega, intentando sustraer especies que allí se encontraban, por lo que procedieron a detenerlo.

UNDÉCIMO: De esta forma, ha quedado establecida, más allá de toda duda razonable, la participación inmediata y directa, es decir como autor, que al acusado le ha cabido en el delito de robo en lugar habitado en grado de tentado.

DUODÉCIMO: Que beneficia al acusado la atenuante de reparación celosa del mal causado, prevista en el artículo 11 N°7 del Código Penal, y que fuera invocada por la defensa, acreditada con el documento que incorporó en la audiencia, consistente en un comprobante de depósito judicial por la suma de \$40.000. Tal consignación ha sido estimada bastante, por estos sentenciadores, para configurar la señalada atenuante, considerando que el acusado se encuentra en prisión preventiva desde la comisión del ilícito – 05 de mayo de 2004– por consiguiente, la misma ha significado un gran esfuerzo de su parte o de sus familiares y, tomando en cuenta además, el grado de desarrollo del delito, que indica que no se produjo más daño al afectado que la impresión de ver vulnerada su propiedad.

DÉCIMOTERCERO: Que la defensa también invocó, en favor de su representado la ate-

nuante establecida en el artículo 11 N°1 en relación con el artículo 10 N°1, ambos del Código Penal. Basó su alegación en que el acusado tiene un retardo mental moderado, tuvo educación diferencial y toda su actuación en el hecho demuestra torpeza.

DECIMOCUARTO: En tal sentido, la defensa rindió prueba pericial, mediante la declaración de la psicóloga **Victoria Leiva Eaton**, quien señaló que realizó una evaluación psicológica al imputado en las dependencias del C.C.P., utilizando para ello la prueba de inteligencia para adultos de Wessler y el test de la persona bajo la lluvia, a través de una entrevista de alrededor de una hora y media, concluyendo que presenta retardo mental moderado, que compromete su nivel de maduración, de aprendizaje y de ambientación social. Desde el punto de vista social, se destaca que podría eventualmente manifestar conductas avaladas en su juicio personal que estarían fuera de los criterios de moralidad y ética del contexto en el que se encuentra. Frente a situaciones desconocidas para él y/o problemáticas, puede recibir la información del medio, pero no logra integrarla ni retenerla. A nivel intelectual, presenta deficiencia en la habilidades analíticas y sintéticas, que son la base del razonamiento, por ello no puede realizar funciones cognitivas de nivel superior.

Agregó la perito, que paralelo a los métodos ya señalados, se trabajó con un test proyectivo porque inicialmente tuvo dudas sobre lo que el imputado le estaba diciendo, para evaluar organicidad y elementos de juicio de realidad, dicho test le entregó indicadores que tienen que ver con debilidad mental y algunas alteraciones en el juicio de realidad o en el acercamiento a ella. Respecto a su desarrollo moral, manifestó la perito, que no se condice con una persona de 33 años, que es la edad que tiene el acusado.

Asimismo señaló, que el imputado tiene educación especial incompleta y su capacidad analítica es deficiente, casi nula. También indicó que es deficiente su capacidad de abstracción.

DÉCIMOQUINTO: De acuerdo a lo expuesto por la perito psicóloga, el acusado tiene un retardo mental moderado y su desarrollo moral es inferior al de una persona de 33 años, que corresponde a su edad biológica. Ciertas actuaciones

realizadas por éste y que han configurado el hecho ilícito del que ha resultado responsable, reflejan –en esto el tribunal acoge lo señalado por el abogado defensor– una torpeza propia de una persona con dichas características. En efecto, no es lógico que un ladrón encienda la luz de la dependencia desde donde pretende sustraer especies, considerando que se trata de un lugar habitado, tampoco lo es el hecho que deje las especies fuera de la casa, desde donde cualquiera que circulara por el sector podría verlas e incluso llevárselas, siguiendo él en una habitación al interior de la casa, desde donde ninguna visibilidad tenía hacia el frontis. Además, que las otras huellas plantares en los muros interiores, bien pueden explicarse por un intento de salir de allí, lo cual sigue siendo ilógico, desde el momento que el portón estaba sin llave.

No estamos aquí en presencia de una persona inimputable, donde la salud mental del hechor lo vuelve absolutamente incapaz de comprender y valorar la ilicitud de su actuar. En el presente caso, las deficiencias y limitaciones intelectuales y morales del acusado, apreciadas por el tribunal, hacen que su juicio de reproche –factor integrante de la culpabilidad– se encuentre disminuido, el que es necesario considerarlo en base al desarrollo bio–psicosocial de una persona determinada y no acudir al criterio del hombre medio.

Así las cosas, se acoge la atenuante invocada por la defensa, prevista en el artículo 11 N°1 en relación al artículo 10 N°1, ambos del Código Penal.

DÉCIMOSEXTO: La fiscalía señaló además, que perjudica al acusado la agravante prevista en el artículo 12 N°16 del Código Penal, esto es, ser reincidente en delito de la misma especie. Al efecto, incorporó como prueba los siguientes documentos: **a)** extracto de filiación y antecedentes de Emilio Jofré Espinoza, en el que entre otras anotaciones, consta que el 15 de junio de 2002, fue condenado a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, como autor del delito de robo por sorpresa consumado; **b)** copia autorizada de sentencia dictada por el Juzgado de Garantía de esta ciudad, de fecha 15 de junio de 2002, dictada en causa Ruc N°0100062498–1, en cuya parte resolutive se señala que se conde-

na a Emilio Alberto Jofré Espinoza y a otro acusado, a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, como autores del delito de robo por sorpresa, en perjuicio de Raúl Rolando Castro Geraldo, previsto y sancionado en el artículo 436 del Código Penal, en grado de consumado, hecho perpetrado en esta ciudad el día 27 de octubre de 2001, se acompaña certificación de ejecutoriada; **c)** oficio N°115 de fecha 21 de julio de 2004 emanado del Alcaide del Centro de Detención Preventiva de Tocopilla, que señala que Emilio Alberto Jofré Espinoza ha cumplido la pena de 541 días impuesta en causa Ruc N°0100062498 del Juzgado de Garantía de Antofagasta.

DÉCIMOSEPTIMO: Que la mayoría del tribunal estima que no perjudica al acusado la referida agravante de reincidencia específica contemplada en el artículo 12 N°16 del Código Penal, acogiendo así, lo invocado por la defensa en su alegato de clausura, en cuanto señaló que no se está frente a delitos de la misma especie.

Gran parte de nuestra doctrina ha aceptado que para determinar que dos delitos son de la misma especie, ha de atenderse al bien jurídico protegido y a las modalidades de comisión o formas que reviste el ataque. Es esta la opinión de los profesores Cury y Garrido Montt, a la cual se ha adherido últimamente, don Alfredo Etcheberry, rectificando su posición anterior, (Texto y Comentario del Código Penal chileno, Tomo I, Sergio Politoff y Luis Ortiz Quiroga, pag. 215 y 216).

Si bien en ambos casos estamos frente a delitos que afectan la propiedad, robo por sorpresa el anterior y robo en lugar habitado el objeto del presente juicio, es necesario señalar que en este último, también se protege la seguridad e integridad física de los moradores del lugar, lo que explica su mayor penalidad. En tanto, dada la forma de ejecución del delito de robo por sorpresa, parece más acertado estimarlo como una forma especial de hurto agravado. Esta particular forma de ejecución deja al tipo penal en cuestión en tierra intermedia entre el hurto y el robo, cuya penalidad se encuentra morigerada en relación a las demás figuras de robos.

DÉCIMO OCTAVO: Que en consecuencia, según la opinión de la mayoría del tribunal, benefician al acusado dos circunstancias atenuantes sin que lo perjudiquen agravantes.

El delito del que ha resultado responsable el acusado, tiene asignada la pena de presidio mayor en su grado mínimo, y aunque se encuentra en la etapa de tentado, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 450 del Código Penal, debe castigarse como consumado. Existiendo dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante, se rebajará la pena en un grado, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 68 inciso 3° del Código Penal, quedando en presidio menor en su grado máximo.

DECIMONOVENO: Que del extracto de filiación y antecedentes del acusado, se desprende que no reúne los requisitos establecidos en la ley 18.216, por lo que no procede concederle ninguno de los beneficios alternativos contemplados en ella.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 7, 11 N° 1 y 7, 14 N° 1, 15 N° 1, 24, 29, 50, 68, 69, 432, 440 N°1 y 450 del Código Penal y, artículos 47, 259, 295, 296, 297, 340, 341, 342, 344 y 346 del Código Procesal Penal, se declara:

I.- Que se condena a **EMILIO ALBERTO JOFRÉ ESPINOZA**, ya individualizado, a la pena de **tres años y un día de presidio menor en su grado máximo**, como autor del delito de robo en lugar habitado en grado de tentado, perpetrado en esta ciudad el día 05 de mayo del año 2004.

II.- 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 la condena y, se le condena también al pago de las costas de la causa.

III.- Que no reuniendo, los requisitos señalados en la ley 18.216, no se concede al sentenciado ninguno de los beneficios contemplados en dicha norma legal, por lo que deberá cumplir efectivamente la pena corporal impuesta, sirviéndole de abono el tiempo que ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad por esta causa, esto es, desde el 05 de mayo del año 2004 a la fecha, según consta en el auto de apertura de este juicio oral.

Devuélvase al Ministerio Público los documentos incorporados durante el juicio.

Ofíciase, en su oportunidad, a los organismos que corresponda para comunicar lo re-

suelto y remítanse los antecedentes necesarios al Juez de Garantía de la causa, para la ejecución de la pena.

Se previene que el Juez Dinko Franulic Cetinic estuvo por considerar concurrente respecto del imputado la agravante de reincidencia en delito de la misma especie prevista en el N° 16 del artículo 12 del Código Penal, teniendo para ello presente lo siguiente:

Encontrándose acreditado que el acusado con anterioridad fue condenado como autor del delito de robo por sorpresa, pena que cumplió efectivamente, sin que hayan transcurrido los plazos previstos en el artículo 104 del Código Penal, no puede sino concluirse que es reincidente en delitos de la misma especie.

En efecto, sin perjuicio de disentir de la opinión del señor abogado defensor en orden a que las legislaciones y la doctrina han abandonado esta agravante pues, por el contrario, Códigos Penales modernos, como el español de 1995, la han mantenido, al tiempo que, en ese país, más allá de las razones legislativas, destacados penalistas como Cerezo Mir, Serrano Gómez, Jaen Vallejo, Manzanares Samaniego, Martínez de Zamora y Romeo Casabona, se han manifestado, desde la doctrina, en su favor por distintos tipos de razones, a saber: alarma social, mayor capacidad criminal, mayor probabilidad de delinquir en el futuro, mayor culpabilidad, mayor culpabilidad en base a la situación en que se encuentra la víctima, mayor peligrosidad, causa de agravación del injusto; basándonos, precisamente, en los dos autores nacionales que el señor defensor citó en su alegato, debemos concluir que en este caso la agravante invocada por la acusación perjudicaba al acusado.

Centrada la discusión en qué debe entenderse por delito de la misma especie, si recurrimos al profesor Enrique Cury deberíamos convenir que: "hay que desestimar la idea, afirmada en otra época por una parte de la jurisprudencia, con arreglo a la cual "delito de la misma especie" quiere decir "el mismo delito". Esa opinión, que significa confundir la identidad de la especie con la tipicidad, formaliza exageradamente el requisito, además, no encuentra apoyo en el texto de la ley."

Luego de descartar que sea aplicable el precepto del artículo 509 del Código de Procedimiento

Penal, el profesor Cury señala: “La expresión “especie” debe entenderse aquí en el sentido de naturaleza o esencia, pues, de acuerdo con la interpretación que usualmente se otorga a la agravante de reincidencia específica, ella encontraría su justificación en una tendencia del sujeto a profesionalizar su actividad delictiva, incurriendo siempre en infracciones de la misma índole. Ahora bien, como la naturaleza de los hechos punibles se deduce fundamentalmente de su objeto jurídico, el criterio prevalente considera que, en principio, son de la misma especie cuando los tipos correspondientes tienen por objeto la protección del mismo bien jurídico. Este, sin embargo, es sólo un punto de partida, pues la identidad de especie o naturaleza, también depende, hasta cierto punto, de la forma que adopta el ataque, por tal motivo, aunque ambos son atentados contra la propiedad, no constituyen delitos de la misma especie la estafa y el robo con violencia o intimidación en las personas.” ...

Agrega don Enrique Cury: “Cuando alguno de los delitos ejecutados por el sujeto es plurisubsistente, esto es, de aquellos cuyo tipo destinado a proteger a dos o más bienes jurídicos, la decisión sobre la identidad de especie presenta dificultades especiales. Es efecto, es prácticamente imposible ofrecer una regla firme para tales casos, y el intérprete deberá resolver cada uno de ellos teniendo en consideración la importancia relativa que la ley atribuye a los distintos bienes jurídicamente protegidos en la fundamentación del tipo respectivo. Sólo podrá afirmarse la reincidencia específica cuando el que constituye el objeto jurídico del otro u otros delitos concurrentes aparezca muy destacado en el plurisubsistente, y el modo de ataque sea, además, esencialmente semejante. Con arreglo a estos puntos de vista me parece posible sostener que son delitos de la misma especie, por ejemplo, la malversación de caudales públicos mediante sustracción y el hurto o la apropiación indebida.” (todas las citas en Derecho Penal, Tomo II, páginas 143 y 144, Enrique Cury Urzúa).

Descontado que el bien jurídico protegido en el delito de robo por sorpresa como en el de robo en lugar habitado es el mismo, debe analizarse si entre uno y otro existe una forma similar de ataque al bien jurídico y, siguiendo al profesor Cury, debemos descartar, desde luego, que dicha forma debe

ser idéntica, pues los ejemplos que nos proporciona son esclarecedores en el punto. En el caso que nos ocupa, es evidente que en ambos casos el agente obró contra la voluntad de la víctima prevaleciendo de la indefensión de esta, ora por la sorpresa ora por la vulneración de dispositivos de protección.

Ahora, si se trata de dilucidar el punto de las modalidades de su comisión, la opinión del otro autor citado por la defensa, el profesor Mario Garrido Montt, permite desvirtuar, completamente, los fundamentos esgrimidos por la defensa. Así, luego de señalar que delitos de la misma especie son aquellos que protegen un mismo bien jurídico lo que debe complementarse con el examen de la modalidad de ejecución del delito inherente a cada tipo penal, nos precisa: “o sea, con la manera como según la descripción legal se debe lesionar al bien jurídico protegido. En efecto, se da la posibilidad de que sean iguales las formas de ataque del bien jurídico que ambos tipos protegen; así ocurriría en el hurto y en el robo con fuerza, que tienen como bien jurídico a la propiedad entendida en sentido amplio, y los medios de ataque comprendidos en los tipos, si bien no son iguales, poseen semejanza (en el hurto el apoderamiento subrepticio, en el robo el apoderamiento forzado); son, por ende, delitos de la misma especie.” (Derecho Penal Tomo I, páginas 213 y 214, Mario Garrido Montt).

Así, aun aceptando, como por lo demás lo dijo el defensor, que el robo por sorpresa no sea otra cosa que un hurto agravado, necesariamente debemos entender que se trata de un delito de la misma especie que el delito de robo con fuerza, y quien nos lo dice, paradójicamente, no es sino, el tratadista traído a colación por la defensa. Por lo mismo, nada más cabe agregar.

Regístrese.

Redactada por la Juez **Myriam Urbina Perán** y la prevención por su autor.

Rit.N°182-2004.

PRONUNCIADA POR LOS JUECES DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ANTOFAGASTA, DINKO FRANULIC CETINIC, MYRIAM URBINA PERÁN Y JOSE DELGADO AHUMADA.

CORTES DE APELACIONES

- **Acoge recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, indicando que para la configuración del delito de receptación la Ley contempla la tenencia de los bienes hurtados o robados a cualquier título, por lo que no es procedente exigir otros requisitos como los elementos de la posesión.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia.

Resumen:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal absolvió a los acusados del delito de receptación por haber faltado en los hechos una posesión con sus características propias, las que incluyen que las especies ingresen a la esfera de custodia de quien las posee, quedando bajo su exclusiva vigilancia y protección. La Fiscalía interpuso un recurso de nulidad señalando que se había dictado el fallo con una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en él, por cuanto se absolvió. La Corte acogió el recurso señalando que el artículo 456 bis del Código Penal sólo contempla que los bienes hurtados o robados los tenga en su poder el autor a cualquier título. La ley no exige sobre esos bienes posesión con sus características propias, ni de ninguna otra calificación como de custodia, esfera de custodia, vigilancia exclusiva o protección. Ahondando en el argumento, agregó que la procedencia delictual de los bienes, que sí es requisito, no puede dar lugar a actos o consecuencias virtuosas como son la posesión, vigilancia, protección o custodia, y que luego absurdamente fueren elementos de un delito. Entonces, habiendo exigido la sentencia un requisito no considerado en la ley para que la conducta punible imputada sea tal, ésta incurrió en una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Texto completo:

Valdivia, diez de diciembre de dos mil cuatro.

VISTOS:

En causa RUC 0400196800-4, RIT 31-2004 por receptación. Fs. 17, el Ministerio Público pide que se declare la nulidad del juicio oral y de la sentencia definitiva del 29 de octubre de 2004 que absolvió a Daniel Alonzo Cossio Jaramillo y Sergio Esteban Ortiz Gatica de la acusación de ser autores de receptación consumada de once bolsas de harina robadas a Rodolfo Segundo Vera Cárcamo el 1º de junio de 2004 en Paillaco. Invoca como causales de anulación la de la letra b) del artículo 373 y, en subsidio, la de la letra e) del artículo 374, ambos preceptos del Código Procesal Penal. Atribuye a ambas causales influencia sustancial en lo dispositivo del fallo. Expone: 1º.- Letra b) artículo 373. En la sentencia, aparecen dos errores en la aplicación del

derecho que influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo: 1º) Sostiene que, es elemento que configura la receptación, la posesión con sus características propias de las especies hurtadas o robadas lo que incluye, necesariamente, el que las especies ingresen a la esfera de custodia de quien las posee, que se encuentren bajo su exclusiva vigilancia y protección. 2º) Excluye, al absolver y según los hechos acreditados, que la receptación pueda quedar en grado de tentativa. IIº.- La letra e) del artículo 374, subsidiaria de la anterior. La sentencia no cumple los siguientes requisitos del artículo 342: letra c), no contiene la valoración de los medios de prueba que fundamentaren las conclusiones relativas a los hechos que da por probados; d)* no expresa las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias para fundar el fallo en lo concerniente a la ausencia del elemento de posesión, y d)**

en cuanto a calificar el desempeño de los carabineros como de agentes encubiertos y fuera de lo permitido por la ley.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Efectivamente la sentencia, en su motivo octavo, argumenta que no se da en la especie la posesión (por los inculpados de receptación de la harina mal habida) ...con sus características propias... que incluye, necesariamente, que las especies ingresen a la esfera de custodia de quien las posee, que se encuentren bajo su exclusiva vigilancia y protección... y fundado en ello, absuelve.

SEGUNDO: Resulta de ello manifiesto que, para el Tribunal, tal posesión y sus características propias son elementos que deben concurrir en los hechos para que configuren la receptación.

TERCERO: El artículo 456 bis del Código Penal que describe la receptación como delito sólo contempla que los bienes hurtados o robados los tenga en su poder, a cualquier título quien conozca o no pueda menos que conocer su origen. No exige, sobre esos bienes, posesión con sus características propias, ni de ninguna otra calificación, ni custodia ni esfera de custodia ni vigilancia exclusiva ni protección. La procedencia delictual de los bienes, que sí es requisito, no puede dar lugar a actos o consecuencias virtuosas como son la posesión, vigilancia, protección o

custodia que, luego y absurdamente, fueran elementos de un delito.

CUARTO: Este fundamento de la sentencia es, pues, una errónea aplicación del derecho en cuanto exige en la conducta punible imputada un requisito no considerado en la ley para que sea tal e influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo si, en su virtud, absuelve al acusado por ella.

QUINTO: Este vicio da lugar a anular la sentencia y el juicio oral de acuerdo con lo que dispone el artículo 386 del Código Procesal Penal.

SEXTO: Aceptada como suficiente la causal de nulidad antes expuesta se hace innecesario pronunciarse sobre las demás alegadas en subsidio incluido lo referente a si es posible la tentativa como grado de ejecución de la receptación.

Y lo que disponen los artículos 259, 373, 375, 376, 378, 379, 383, 385 y 386 del Código Procesal Penal, **SE RESUELVE:** SE ANULAN la sentencia recurrida y el juicio oral en que fue dictada. **REMÍTANSE** los autos al Tribunal no inhabilitado que corresponda para que disponga la realización del nuevo juicio oral.

Regístrese y devuélvanse.

Dictada por los Ministros de la Segunda Sala de esta I. Corte de Apelaciones don Darío Carretta Navea, Hernán Rodríguez Iturriaga (redactor de este fallo) y el abogado integrante don Francisco Javier Contardo Cabello.

Rol 245 04.

- **Acoge recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público estableciendo que no es requisito del porte ilegal de armas el que éstas se encuentren inscritas a nombre de un tercero. Se señala, además, que el artículo 5 de la Ley 19.366 contiene una presunción de participación punible que altera el principio de presunción de inocencia contemplado en la ley procesal.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Talca.

Resumen:

El Ministerio Público interpuso un recurso de nulidad en contra de la sentencia que absolvió a los acusados de los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes y tenencia ilegal de armas de fuego. Como fundamentos expuso que la sentencia, luego de dar por acreditada la existencia del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, los absuelve porque no sería posible argumentar una responsabilidad penal grupal, incurriendo en evidentes errores de derecho. Respecto del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, los absuelve porque no se rindió prueba respecto de si estaban inscritas o no, agregando que se trataría de un hecho no punible al ser su inscripción un hecho imposible por su mal estado de conservación, resultando en abierta contradicción con los principios de la lógica y las máximas de la experiencia al apartarse de las proposiciones fácticas a las que el propio Tribunal llegó. La Corte hizo suyos los argumentos de la Fiscalía, y acogió el recurso señalando que para dar por configurado el delito de tenencia ilegal de armas no es necesario acreditar si ésta se encuentra inscrita a nombre de un tercero o no, agregando que no es requisito legal que el arma esté en condiciones de ser inscrita; siendo lo anterior un error de derecho que influyó sustancialmente en la sentencia al fundamentar su decisión absolutoria. En cuanto al delito de tráfico ilícito de estupefacientes hace presente que el mismo Tribunal da por acreditado que en el domicilio de los acusados se encontró droga, y que si bien es cierto que no todos los moradores de una casa deben saber todo lo que hay en ella, resultó ser un hecho probado que la droga estaba en lugares tan visibles como la cocina y refrigerador de la vivienda, situación agravada por la presunción del artículo 5 de la Ley 19.366 que obligaba a los acusados a demostrar su inocencia y no a la Fiscalía a demostrar su culpabilidad como había sostenido el Tribunal, no teniendo relación con un tema de responsabilidad penal grupal, siendo efectivamente contrario a la lógica y máximas de experiencia absolver a los acusados por las razones esgrimidas.

Texto completo:

Talca, veintiocho de diciembre de dos mil cuatro.

VISTO:

Estos autos RIT N° 66–2004 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Linares Ministerio Público contra Jerónimo del Tránsito Muñoz Aravena, Silvia del Carmen Ramos Soto y Ricardo Enrique Muñoz Ramos, procedimiento ordinario de acción pública por tráfico ilícito de drogas, tenencia de armas de fuego y tentativa de homicidio, suben a esta Corte en virtud del recurso de nulidad que se indica a continuación.

Y CONSIDERANDO:

1º) Que a fojas 20 doña Carola D'Agostini Ibáñez, Fiscal Adjunto de Linares interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva pronunciada el 19 de noviembre de 2004 por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Linares, por la que se absuelve a los acusados Jerónimo del Tránsito Muñoz Aravena, Silvia del Carmen Ramos Soto y Ricardo Enrique Muñoz Ramos de la acusación fiscal deducida en su contra, que los estimó responsables, en calidad de autores, de los delitos de tráfico ilegal de drogas o estupefacientes, a los tres imputados y del de homicidio simple en grado de tentativa al último de los señalados, perpetrados el 17 de abril de 2004, en el

Sector Los Puquios, de la comuna de Yerbas Buenas. Expone que el Ministerio Público acusó a Muñoz Aravena, a Ramos Soto y a Muñoz Ramos, en calidad de autores de los referidos ilícitos, fundado en que el 17 de abril de 2004, alrededor de las 22 horas, personal de la sección OS7 de Carabineros tomó contacto con Muñoz Aravena, sospechoso de tráfico de drogas, con quien concurren hasta el Sector Los Puquios de Yerbas Buenas, donde acordaron la compra de Cannabis Sativa y que en los momentos en que dos funcionarios realizaban dicha transacción con Marcial Muñoz Ramos, el padre de éste, Jerónimo Muñoz Aravena, comenzó a forcejear con estos funcionarios, instantes en que Ricardo Muñoz Ramos disparó directamente sobre los policías con un arma de fuego, no logrando impactarlos, siendo repelido por el disparo efectuado por uno de los funcionarios, siguiendo con los disparos Marcial Muñoz Ramos para luego darse a la fuga con Jerónimo Muñoz Aravena y Ricardo Muñoz Ramos en una camioneta. Indica que en esos mismos instantes y en virtud de una orden de entrada y registro autorizada por el tribunal, en el domicilio ocupado por Silvia Ramos Soto, Jerónimo Muñoz Aravena, Marcial Muñoz Ramos y Ricardo Muñoz Ramos, personal de OS7 encontró guardados en distintos lugares de la casa, un total de 7 kilos y 299 gramos de cannabis sativa elaborada, situación conocida de todos los habitantes de ese domicilio, sin contar con autorización competente para la guarda y posesión de dicha droga y cuyo destino era la comercialización. Agrega que posteriormente, en la mañana del 18 de abril pasado, personal de la policía encontró en el mismo domicilio 5 plantas de 1,5 metros de altura y 835 gramos de la droga guardada en una bodega de la casa, amén de dos escopetas, una de las mismas sin marca ni número de serie y otra sin número de serie ni marca y diferentes municiones correspondientes a cartuchos para escopeta, situación conocida de todos los habitantes de ese domicilio, sin tener las armas inscritas, ni permiso para su porte o tenencia. Indica que en el curso del respectivo juicio oral, se rindieron por el Ministerio Público pruebas testimoniales, periciales, materiales y documentales, destinadas tanto a acreditar los hechos punibles invocados, como la participación en calidad de autor que en él se

atribuyó a cada uno de los acusados y que, sin embargo, el Tribunal resolvió absolverlos ya que, no obstante las seis proposiciones fácticas que en su concepto se lograron acreditar durante el desarrollo del juicio, al referirse a la "Calificación Jurídica de los hechos Acreditado" en su Considerando Séptimo y analizadas particularmente en el Considerando Octavo, estima que, para el caso del primer delito materia de la acusación, esto es, Tráfico de Drogas o Estupefacientes, si bien se da por acreditada su existencia, no se condena a los acusados, por estimar que no es posible argumentar en su contra una suerte de responsabilidad grupal, puesto que las responsabilidades penales son personales y en cuanto al segundo de los ilícitos, es decir, Tenencia ilegal de Armas de Fuego, considera que no se dan los requisitos del tipo, pues en su concepto "... había dos armas de fuego, pero respecto de ellas se ignora si se encontraban inscritas, toda vez que no se produjo en el juicio prueba alguna respecto a dicha circunstancia, información que bien habría podido obtenerse en la medida que se logró determinar sus respectivos números de serie" y, por último, en cuanto al delito de Homicidio Simple en grado de Tentativa, por el que se acusaba a Ricardo Muñoz Ramos, estimó en definitiva que no se había acreditado su participación en la acción imputada. Señala que tanto en lo atinente al delito contemplado en el artículo 5 de la ley 19.366 como acerca del delito contemplado en el artículo 9 de la ley 17.798 se ha incurrido en el fallo en el motivo de nulidad contemplado en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, así como en el motivo absoluto de nulidad previsto en la letra e) del artículo 374, en relación con los artículos 342 letra c) y 297 del mismo cuerpo normativo puesto que de la simple lectura del mismo se infiere que en su dictación no se ha cumplido con las exigencias legales pertinentes, toda vez que ha omitido ponderar toda la prueba rendida, no contiene una exposición clara, lógica ni completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, su fundamentación no permite reproducir el razonamiento empleado para arribar a las conclusiones que expone, el razonamiento utilizado en su fundamentación como las conclusiones a que éste lleva, se alejan de toda lógica y, por último, al apre-

ciar la prueba se contradicen de un modo más que evidente los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Manifiesta que en este fallo, contrariando y omitiendo normativas legales expresas, como requisitos que toda sentencia definitiva debe cumplir, no se pondera la prueba rendida, de acuerdo a lo que la lógica le exige para bastarse a sí mismo, o sea, no la analiza ni la examina con rigor ni detalle, produciéndose una división disonante y del todo discordante entre lo que se da por acreditado y la calificación jurídica que a ello se asigna, o, peor aún, no se le da ninguna, como ocurre en lo que dice relación con la participación que cupo a los tres acusados en los ilícitos que se les imputan, con lo que lo resuelto carece de un real análisis de los hechos debatidos, conforme a lo que la lógica y la experiencia hubiese permitido, omitiéndose de este modo una exigencia legal que el fallo debió contener, es decir, un razonamiento, valoración o ponderación que en ningún caso puede alejarse o contradecir la lógica ni las máximas de la experiencia. Concluye que en el fallo en cuestión se omite la realización de un examen cuidadoso, lógico, completo y total de la prueba rendida, y de los fundamentos o razones que se tuvieron en cuenta para desestimarla o acogerla al momento de referirse a ella, y su fundamentación no permite la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia, ni este razonamiento muestra el más mínimo apego, sino más bien una abierta contradicción con los principios de la lógica y las máximas de la experiencia, exigencias expresas que el legislador ha impuesto al ente sentenciador al momento de dictar una resolución definitiva conforme lo indican las normas legales precedentemente indicadas. Precisa que el fallo impugnado ha violado así lo preceptuado por el artículo 297 y 342 letra c) del Código Procesal Penal, pues ha vulnerado en su fundamentación y consiguiente conclusión, el apego que todo veredicto debe tener a los principios de la lógica y las máximas de la experiencia pues, de haberlo hecho, hubiese sido posible sostener que durante el desarrollo del juicio se acreditaron todos y cada uno de los elementos constitutivos de los materia de la acusación, como asimismo que en éstos quedó acredi-

tada la participación de los acusados, siendo además su actuar culpable y penado por la ley, conclusiones a las que se arriba sin alejarse de las proposiciones fácticas a las que el propio tribunal llegó. Agrega que el error de derecho así cometido ha influido substancialmente en lo resolutivo de la sentencia, como a su vez han sido vulneradas las máximas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, llegando incluso a omitir el análisis de todos los medios de prueba rendidos y que si el Tribunal no hubiere incurrido en el error de no ponderar y no analizar toda la prueba efectivamente rendida respecto de la calificación jurídica de los hechos materia del juicio como de la participación en estos de los acusados, habría dado por satisfecha tal carga y avanzado en la dictación de una sentencia condenatoria, que era la arreglada a derecho, de lo cual surge que el único modo de reparar el perjuicio producido al Ministerio Público, en cuanto hacer efectiva la pretensión punitiva del Estado, es la anulación tanto del fallo impugnado como del juicio oral en que se pronunció, a fin de hacer posible un nuevo juzgamiento con tal fin por todo lo cual y de conformidad a lo dispuesto por los artículos 352, 372 y siguientes del Código Procesal Penal, solicitaba la anulación del juicio y de la sentencia impugnada, determinando el estado de procedimiento en que debe quedar, a fin que el Tribunal no inhabilitado que corresponda disponga la realización de un nuevo juicio oral fijando día y hora para tal efecto.

2º) Que en el fallo en análisis y en lo atinente al delito contemplado en el artículo 9 de la ley 17.798, pese a tener por acreditado que en el domicilio de los imputados –por ende, en su poder– se encontraban dos armas de fuego, se estima que tal circunstancia no es constitutiva del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, conclusión que se afinca en que, según señala la sentencia, se ignora si las mismas estaban inscritas a nombre de un tercero o, lisa y llanamente, no estaban registradas. Según el predicamento de que se hace cita en el apartado anterior, la circunstancia de que el arma de que se trate se encuentre inscrita, excluye la comisión del ilícito en referencia, pese a que ella se encuentre en poder de una persona distinta de aquélla a cuyo nombre está registrada.

3º) Que en concepto de esta Corte el criterio que informa tal predicamento constituye un error de derecho, –cuya manifiesta evidencia hace superfluo abundar en mayores consideraciones encaminadas a ilustrarlo– que ha tenido influencia sustancial en lo dispositivo del mismo, toda vez que en él se ha fundado la decisión absolutoria.

4º) Que, por otra parte y en lo referente al delito contemplado en el artículo 5 de la ley 19.366, en la letra a) del razonamiento cuarto del fallo en que incide el presente recurso, se da por acreditado que en distintos lugares de la casa habitada por los inculpados se encontraron, en una oportunidad, 7,320 kgs. de marihuana y, con posterioridad, 5 plantas de la misma hierba y otros 805 gramos, ya elaborados. En el motivo séptimo de la referida sentencia se declara que dicho hecho constituye el hecho punible de tráfico de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, en grado de consumado.

5º) Que, luego de asentar tal conclusión, en el razonamiento octavo se sostiene que no se ha acreditado que a los tres acusados haya correspondido participación en tal sosteniendo al respecto "...que la responsabilidad es personal y no grupal, no pudiendo establecerse una responsabilidad general, en perjuicio de todos, cuando no ha podido establecer más allá de toda duda razonable, el grado de participación que pudiere atribuirse a cada uno de ellos, más allá del hecho de vivir en la misma casa en que vivía el tercero que llevó a cabo la transacción con parte de la droga que estaba guardada en la vivienda común" acerca de lo cual se agrega que la única razón que dan los testigos para acreditar que los acusados sabían de la guarda (de la droga) y cooperaban a la misma era la de que el tercero que se concertó para la venta de ella vivía en la misma casa y, enseguida, se precisa "... ni siquiera a (sic) podido establecerse en la audiencia, si los tres, sólo alguno, sólo dos de los acusados o ninguno de ellos, participó en este ilícito..."

6º) Que estos sentenciadores participan de lo sustentado por el Ministerio Público, en cuanto a que tal predicamento se encuentra en abierta pugna con los principios de la lógica. Efectivamente, si bien parecería plausible sostener que no todos los moradores de una vivienda se encuentran enterados de lo que se oculta

en su interior, ello resulta derechamente cuando, como ocurre en la propia reseña efectuada en la sentencia en análisis, se indica que la droga elaborada se encontraba en sitios tan visibles como lo son el refrigerador y la cocina de la vivienda. Por ende, en el fallo recurrido no se satisface la exigencia contenida en el artículo 297 del Código Procesal Penal, deficiencia ésta que, en relación con lo preceptuado por la letra c) del artículo 342 de dicho cuerpo legal, configura la causal de nulidad prevista en la letra e) de su artículo 374.

7º) Que, por otra parte, cabe también tener presente que en el fallo en estudio se sostiene que, en conformidad a la presunción consagrada en el artículo 4 del Código Procesal Penal, los acusados no se encuentran obligados a demostrar su inocencia, trasladándose todo el peso de la prueba a quien los incrimina. Al respecto, es preciso recordar que el inciso 2do. del artículo 5 de la ley 19.366 contiene una suerte de presunción toda vez que señala que "se entenderá que trafican ... los que guarden tales sustancias o materias primas..."; ahora bien, resulta obvio que en tal hipótesis, esto es, en la de guardadores de tales sustancias se encuentran (salvo prueba en contrario) todos y cada uno de los moradores de un inmueble en cuyo interior y en muy diferentes pero visibles lugares del mismo se mantiene ("guarda") la droga.

8º) Que, tan solo a mayor abundamiento, corresponde detenerse en aquella aseveración que se efectúa en el fallo en examen, en cuanto a que ni siquiera se puede afirmar que los moradores del inmueble sean encubridores, "... por ser parientes de los señalados en el artículo 17 del Código Penal: tal predicamento resulta también erróneo, puesto que la despenalización de una cierta conducta no significa que la misma no pueda llegar a configurarse; en otras palabras, el hecho que el inciso final del precepto citado exima de castigo a quien, no reportando provecho propio o no facilitando el del hechor, encubre a su cónyuge, o a su hermano, o a su padre, no significa que no adquiera él tal calidad –encubridor– sino, tan solo, que no será pasible de castigo por ello.

Por estos fundamentos y lo dispuesto en los artículos 297, 342, 352, 372, 373 letra b), 374

letra e) y 384 del Código Procesal Penal, SE ACOGE el recurso de nulidad deducido en la presentación de fojas 20 por la Fiscal Adjunto de la ciudad de Linares doña Carola Milena D'Agostini Ibáñez y, por consiguiente, se declaran nulas tanto la sentencia de 19 de noviembre de 2004, escrita de fojas 1 a 19, dictada por la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Linares, como la totalidad de lo obrado en el juicio oral en que ella incide, debiendo pro-

ceder el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal no inhabilitado que corresponda a la realización de un nuevo juicio.

Insértese en el acta respectiva.

Redacción del Abogado Integrante señor Sergio Barrientos Bravo.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 2014-201 RPP.

- **Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la Defensa en atención a que en este tipo de recursos a la Corte le está vedado alterar los hechos que se haya tenido por acreditados por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de La Serena.

Resumen:

La Defensa interpuso un recurso de nulidad en contra de la sentencia condenatoria sosteniendo que los jueces habrían infringido el artículo 342 letra c) en relación con el artículo 297, ambos del Código Procesal Penal, al estimar como prueba suficiente para acreditar las características del vehículo conducido la declaración de un funcionario policial, infringiendo con ello las normas de la lógica y las máximas de la experiencia. En subsidio alegó una errónea aplicación del derecho por haber estimado configurado el delito pese a faltar elementos concretos de peligrosidad, estimando que el ilícito en cuestión se trata de una figura de resultado. La Corte rechazó el recurso señalando que en virtud del principio de la inmediatez a una Corte le está prohibido alterar los hechos que haya fijado un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, recordando que los jueces de dicho Tribunal son soberanos para apreciar la prueba y su suficiencia. En cuanto a la alegación subsidiaria, declaró que el artículo 196 letra D de la Ley 18.290 no exige la concurrencia del elemento perjuicio, bastando la conducción del vehículo de transporte de pasajeros sin la licencia correspondiente.

Texto completo:

La Serena, siete de enero de dos mil cinco.

VISTOS:

En estos antecedentes Rol Único 04000136149-5, por sentencia dictada el día 22 de noviembre de dos mil cuatro por el Tribunal Oral en lo Penal de la comuna de Ovalle, se condenó al imputado HERNÁN ENRIQUE DAVID CORTÉS PIZARRO a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público mientras dure la condena, y al pago de las costas de la causa, como autor del delito de conducir un vehículo motorizado de transporte de pasajeros sin contar con la licencia profesional requerida, previsto y sancionado en el artículo 196 letra D, en relación con el artículo 12, de la ley 18290. El fallo se pronunció por los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle doña Adriana Celedón Bulnes, quien manifestó su voto en contrario y su decisión de absolver al acusado por estimar que no se había formado una convicción más allá de toda duda razonable de que efectivamente se cometió el hecho punible objeto de la acusación; y con los votos de mayoría de los se-

ñores Juan Villa Martínez y Roberto Guzmán Concha. El Defensor don Marco Antonio Jurin Rake-la, a fojas 22, ha deducido recurso de nulidad en contra de dicha sentencia fundado, como motivo principal, en la causal considerada en el artículo 374 letra c) y, subsidiariamente la del artículo 373 letra b), del Código Procesal Penal. En cuanto a la primera causal, estima que el tribunal oral infringió lo dispuesto en la letra c) del artículo 342 del referido texto legal, que ordena valorar los medios de prueba en conformidad al artículo 297, ya que no se cumplieron los límites de tal libre valoración, esto es, la lógica y las máximas de la experiencia. Argumenta que el Ministerio Público acusa a su defendido de manejar un vehículo con capacidad de doce asientos, y que, si bien no cuenta con licencia idónea para hacerlo, no se probó en juicio si efectivamente el furgón tenía tal capacidad, pues en autos únicamente consta lo que advirtió el funcionario policial denunciante, don Mauricio Cortés Montesinos, quien sólo tuvo un breve contacto visual con tal medio de transporte, habiéndose guiado más bien por lo señalado en el certificado de revisión técnica, que bien pudo haber sido falso o pertenecer a otro vehículo. En síntesis, en su concepto no basta la declaración de un funcionario para dar por proba-

da la existencia del delito más allá de toda duda razonable, y que el tribunal al menos debió haber tenido a la vista el certificado de revisión técnica, haber ordenado un peritaje o al menos haber dispuesto de una foto del vehículo en cuestión. En relación con la segunda causal de nulidad, esto es, la indicada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, el recurrente, en primer término, la funda en que el tribunal oral no ponderó adecuadamente la prueba, y luego hace suyos los argumentos del voto de minoría manifestando que, atendida la alta penalidad asignada al delito, la conducta del hechor debe ir acompañada de elementos de peligrosidad concretas para la integridad física de personas, y no debe fundarse en apreciaciones subjetivas, esto es, estima que se trata de un delito de resultado, y no de un delito de peligro. Es decir, en esta parte funda su recurso subsidiario además en que en la sentencia el tribunal oral incurrió en errónea aplicación del derecho, ya que, aún en caso de aceptarse los hechos fijados por el Tribunal Oral, tales hechos no pudieron enmarcarse en el delito previsto en el artículo 196 letra D de la ley 18290. Declarado admisible el recurso, se llevó a efecto la audiencia correspondiente, en la que intervinieron el Defensor Privado don Marco Jurin y el Fiscal Judicial don Luis Pérez, y se fijó para la lectura del fallo el día siete de enero de 2005, a las 12.10 horas.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, respecto a las dos causales invocadas, en lo tocante a la supuesta infracción a lo consignado en la letra e) del artículo 374 en relación con el artículo 342 letra c) y el artículo 297 del Código Procesal Penal, disposiciones que dicen relación con la valoración de la prueba por parte del Tribunal Oral, estos sentenciadores estiman necesario y pertinente recordar la ya reiterada jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia en el sentido de que a las Cortes de Apelaciones, conociendo el recurso de nulidad a que se refieren los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, les está vedado alterar los hechos que fueron fijados en la sentencia del Tribunal Oral; si lo hicieran, señala tal opinión, resultaría que magistrados que no han tenido acceso personal y directo a las pruebas producidas durante el juicio oral, esta-

rían modificando hechos de los que sólo toman un conocimiento mediato, con lo que se arruinaría lo que ha sido uno de los pilares fundamentales sobre los cuales descansa la nueva reforma procesal penal, como es el principio de la inmediatez. Por lo demás, a juicio de esta Corte, los Jueces Orales, que son soberanos para apreciar la prueba y suficiencia, en el caso de autos lo hicieron conforme lo exige el artículo 297 del Código Procesal Penal, esto es, dentro de los principios de la lógica y las máximas de la experiencia.

SEGUNDO: En lo tocante al segundo fundamento de la causal subsidiaria del recurso, esto es, que el Tribunal Oral habría aplicado erróneamente el derecho al condenar al imputado como autor del delito que nos ocupa sin que hubiese existido un resultado dañoso para las personas, esta Corte rechazará tal alegación atendiendo únicamente el texto del artículo 196 D de la Ley del Tránsito. En efecto, esta norma sanciona, sin exigir la concurrencia de ningún otro elemento condicionante, al que conduce un vehículo de transporte de pasajeros sin contar con la licencia correspondiente. Cuando el legislador ha querido que el elemento perjuicio forme parte del tipo penal, lo ha dicho expresamente. Así, por ejemplo, lo expresa en el artículo 196 B de la referida Ley del Tránsito, y esto sin recurrir a los numerosos ejemplos que encontramos en el Código Penal, que diferencia entre los delitos de peligro y los de resultado. Desde este punto de vista, esta Corte concuerda con lo consignado en el considerando Décimo Tercero del fallo impugnado, el que hace suyo íntegramente, por estimar que, para llegar a su conclusión condenatoria, ha respetado los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Por estas consideraciones, y lo dispuesto en las disposiciones legales citadas y en los artículos 360 y 372 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA** con costas el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del imputado a fojas 22, en contra de la sentencia del Tribunal Oral Penal de Ovalle, de fecha 22 de noviembre de 2004, escrita de fojas 1 a 11.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del abogado integrante don Santiago Augusto Cabrera Cifuentes.

Rol 249-2004 TOP.

- **Rechaza los recursos de nulidad interpuestos por las Defensas al estimar que el delito de robo en bienes nacionales de uso público se encuentra consumado cualquiera sea el tiempo que dure la apropiación de las especies sustraídas, lo que en este caso no se ve alterado por la aprehensión de los imputados en los momentos de su huida.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de La Serena.

Resumen:

Las Defensas interpusieron un recurso de nulidad en contra de la sentencia condenatoria argumentando que se había hecho una errónea aplicación del derecho al estimar como figura consumada un delito que quedó en grado de tentado. Al efecto sostuvieron que el delito de robo exige la apropiación, la que en este caso no se alcanzó a concretar dado que los acusados fueron detenidos por funcionarios policiales al intentar huir con las especies sustraídas, habiendo faltado así la posibilidad de disponer a su arbitrio. La Corte rechazó los recursos señalando que de los hechos acreditados en el juicio oral se desprendía que se había configurado un delito consumado de robo. Ello, porque se produjo la disponibilidad de las cosas desde que los sujetos activos vencieron la resistencia de protección que ofrecía el camión y sacaron las especies, lo que constituyó la facultad propia y característica del dominio que pretendían adquirir y que no se pierde por haber sido de breve duración.

Texto completo:

LA SERENA, siete de enero de dos mil cinco.

VISTOS:

En estos antecedentes RUC 0400085450, RUI 166-2004, comparece en primer término, (fojas 21) don Raúl H. Castillo C, abogado, por el imputado Antonio Ricardo Galleguillos Arenas, e interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena de 22 de noviembre de 2004, que condenó a su representado a la pena de ochocientos días de presidio menor en su grado medio, por su responsabilidad como coautor del delito de robo de bienes que se encuentran en bienes nacionales de uso público en perjuicio de la empresa Interexpress, afincado en la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, pues tratándose, en la especie, de un delito tentado, la pena a aplicar es la prevista en los artículos 52 y 59 del Estatuto Punitivo. Explica, que sin pretender alterar los hechos establecidos en el fallo, el ilícito no se consumó ya que los autores fueron detenidos en virtud de la persecución policial después de que habían sacado las especies desde el camión y

rumbo a un lugar donde pudieran disponer de las mismas. De esta manera la apropiación, que importa disponer a su arbitrio de la cosa sustraída, sin trabas, no se materializó, no siendo suficiente el mero traslado de la cosa de acuerdo con el tipo penal que utiliza la expresión apropiar, siendo el delito de robo de mera actividad o de acción, siendo en consecuencia inimaginable en delito frustrado. Al no efectuarse la apropiación, no hay delito consumado falta uno de los elementos del tipo penal. En subsidio, si el grado de desarrollo se corresponde con un delito frustrado unido a la insignificancia del mal causado, debió aplicarse una pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, con más las accesorias legales. Como motivo conjunto de la nulidad impetrada, en su segunda parte, expone que no habiendo cometido este imputado crimen o simple delito con posterioridad al 16 de diciembre del 2000, fecha en que en esta región entró en vigencia la reforma procesal penal, debió concedérsele el beneficio de la remisión condicional de la pena. Más adelante (fojas 47), don Pedro Rojas Castro, abogado, en defensa de los condenados William Alfaro Flores, Hugo Pérez Sudzuki y Rodrigo Álvarez Leyton, también dedujo recurso de nulidad en contra de la misma sentencia antes individualizada para que esta Corte declare nulo

ese fallo y sin nueva audiencia pero separadamente dicte sentencia en conformidad al ley, disponiendo que la pena aplicable atendido que se trata de un delito de mera actividad y su grado de desarrollo tentado, con más la insignificancia del mal causado, es la de 41 días de prisión en su grado máximo. En subsidio, y si se estimare que el delito es de resultado y su grado de desarrollo se corresponde con un delito frustrado, se les aplique una pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo. Se invoca como causal la prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal. Sostiene que se ha hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues no se está en presencia de un delito consumado como se afirma en éste, sino que se está en presencia de tentativa del delito de robo en bien nacional de uso público, en tanto los autores no tuvieron la disponibilidad o autodeterminación de las cosas hurtadas o robadas, al ser sorprendidos en la persecución policial derivada del apoderamiento y traslado de la cosa, encontrándose incompleta, por ende, la conducta de apropiación, se cortó el traslado material de las cosas hacia el lugar en que hubiesen podido disponer de ellas a su antojo, aun en forma potencial o hipotética, faltó un elemento del tipo penal, la apropiación.

Se llevó a efecto la audiencia para la vista del recurso y en ella comparecieron y alegaron los abogados antes individualizados con más el representante del Ministerio Público Fiscal Adjunto don Ricardo Salinas Espinosa. Luego, el Tribunal delibera y expresa a los intervinientes que la causa queda en acuerdo y la sentencia leída en la audiencia del 7 de enero de 2005, a las 12:00 horas.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que atentos los preceptos de los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal no es posible para esta Corte alterar los hechos determinados por los jueces del fondo, sólo se puede hacer una valoración jurídica de los mismos, en concordancia con los argumentos expuestos por los recurrentes, tarea que a continuación pasa a desarrollarse;

SEGUNDO: Que la causal primera de nulidad invocada por los recurrentes se apoya en que por estar en presencia de un delito tentado, la

pena aplicada no es la pertinente, pues no se está en presencia de un delito consumado como se consigna en el fallo, ya que faltó uno de los elementos del tipo, cual es la apropiación, como quiera que los imputados fueron aprehendidos durante la huida sin completar el desplazamiento de las especies sustraídas y por consecuencia sin poder asumir la posición del nuevo detentador que puede disponer de ella libremente, sin trabas, ejercitando sobre las mismas un control permanente;

TERCERO: Que la realidad fáctica e histórica consignada en el fallo indica que se está en presencia de un delito en grado de consumación, por describirse un robo donde se aprecia la disponibilidad de las cosas, durante un período de tiempo más o menos dilatado, que se inicia con la colocación e instalación –por los hechores– de las especies en la camioneta, luego, con el inicio de la huida hasta que fueron aprehendidos. Existió, en ese intervalo, la posibilidad de disposición de los objetos apoderados, desde que los sujetos activos al vencer la resistencia de protección que ofrecía el camión y sacar las especies que fueron puestas en un vehículo dispusieron desde ese instante, hasta su aprehensión eventual, de todo o parte de las cosas o derecho sustraído que constituye precisamente la facultad propia y característica del dominio que pretendían adquirir, si quiera fuera tal disponibilidad de modo momentáneo, fugaz o de breve duración, la disponibilidad potencial tuvo lugar durante el tiempo que ha estado fuera de la víctima, de su dominio y de cualquier eventual perseguidor;

CUARTO: Que así las cosas la primera de las causales de nulidad alegadas, no puede prosperar;

QUINTO: Que por las mismas razones vertidas anteriormente no puede ser aceptada la petición subsidiaria, invocada por los imputados, de ser el ilícito en grado de frustrado;

SEXTO: Que la segunda causal de nulidad propuesta se refiere a que el Código Procesal Penal al considerar sólo los hechos acontecidos con posterioridad a su entrada en vigencia impide considerar las condenas anteriores. La sentencia no debió haber considerado condenas anteriores denegando así beneficios previstos en la Ley 18.216. Empero, tal propuesta no es posible

considerar positivamente, pues la precitada ley establece las medidas que indica como alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad no teniendo de manera alguna ingerencia en las disposiciones del Código Procesal Penal que regulan el procedimiento penal;

Y visto además lo dispuesto en los artículos 373 letra b), 376, 384 y 386 del Código Procesal Penal, Se declara: Que se rechaza el recurso de nulidad interpuesto por don Raúl H. Castillo Castillo, por Antonio Ricardo Galleguillos Arenas

y don Pedro Rojas Castro, abogado, por William Alfaro Flores, Hugo Pérez Sudzuki y Rodrigo Álvarez Leyton en contra de la sentencia definitiva dictada en audiencia de veintidós de noviembre de dos mil cuatro, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, que rola a fojas 1 a 20 de esta carpeta judicial.

Redacción del fiscal judicial señor Humberto Mondaca Díaz.

Regístrese y devuélvanse.

Rol N° 253-2004.-TOP.

- **Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la Defensa al estimar que un error en la fecha de comisión de los hechos no afecta el principio de congruencia si no se traduce en la conculcación del derecho a defensa ni incide en otras situaciones como las causales de extinción de la responsabilidad penal.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de La Serena.

Resumen:

La Defensa interpuso un recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, argumentando que ésta había faltado al principio de la congruencia al condenar por hechos ocurridos en un día distinto del señalado en los estadios anteriores. La Corte rechazó el recurso, manifestando que si bien el error en la fecha resultaba ser un hecho cierto, lo que procedía era revisar si dicho error había conculcado el derecho a defensa del imputado, razón de ser de la exigencia del artículo 341 del Código Procesal Penal. Al efecto expuso que dicha discrepancia no resultaba ser una circunstancia penalmente relevante, es decir, referida a la concurrencia o no de una conducta que fuere susceptible de subsumir dentro de un tipo penal o de modificatorias de responsabilidad penal. La exactitud de la fecha podría llegar a tener relevancia en una situación en que ésta pudiere determinar una posible prescripción u otra causal de extinción de responsabilidad penal que utilice la fecha como un referente de aplicación, situación no correspondiente con la sentencia recurrida.

Texto completo:

LA SERENA, once de enero de dos mil cinco.

VISTOS:

En esta causa RUC 0200036809-4, RUI 806/2003, don RAÚL H. CASTILLO C., actuando por el imputado JULIO OGALDE ARÁNGUIZ, deduce recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva de fecha veintisiete de noviembre de dos mil cuatro, dictada por la primera sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de La Serena, por medio de la cual se condenó a su defendido antes individualizado a una pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa, como coautor del delito de robo con intimidación en perjuicio de Danny Olivares Barrios, Carla Huerta Caidane y Natalia Rivera Villegas, perpetrado en el sector de Tierras Blancas de Coquimbo el día 24 de marzo de 2002, a efectos de que esta Corte declare nulo el juicio oral y el fallo impugnado, de-

terminando el estado en que debe quedar el procedimiento y ordenando la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral. Para estos efectos el recurrente ha invocado la causal prevista en el artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal, consistente en que la sentencia ha sido dictada con infracción de lo prescrito en el artículo 341 del mismo cuerpo legal, el que a su vez dispone que la sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación, por lo que en consecuencia no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella. Se funda la causal señalando que en la petición de audiencia de formalización, en la audiencia misma de formalización, en la resolución del Juzgado de Garantía que tuvo por formalizada la investigación, en la acusación fiscal, en el auto de apertura de juicio oral y, en fin, que los hechos expuestos al tribunal oral, se expuso como fecha de los hechos el día 25 de marzo del año 2002, a las 03:30 horas, aproximadamente, mientras que en la sentencia definitiva del tribunal oral se condenó al imputado Julio Ogalde Aránguiz por hechos acaecidos el día 24 de marzo de 2002, a las 3:30 horas aproximadamente, es de-

cir, el órgano sentenciador, en su acto jurisdiccional definitivo, condenó a su representado por un hecho ocurrido en un día y fecha distinto de aquel señalado en la acusación fiscal, lo que a juicio del recurrente constituye una infracción a los artículos 229, 231, 259 y 341 del Código Procesal Penal, añadiendo que la competencia y atribuciones de los tribunales del juicio oral se encuentra circunscrita y delimitada al conocimiento y juzgamiento de los hechos descritos en el auto de apertura del juicio oral, de modo tal que al condenarse a su defendido y al otro imputado por hechos ocurridos en un día distinto de aquel descrito claramente en la acusación, los sentenciadores habrían infringido y violado de manera consciente e inexcusable el principio de la congruencia, lo que representa una conculcación del derecho de los acusados de conocer de manera pura y cristalina los hechos que se les han atribuido. Agrega que tampoco es posible entender que se trata de un error, pues de larga data el Ministerio Público y el Tribunal de Garantía han expresado que los hechos por los que se formalizó la investigación, se acusó y se dictó el auto de apertura de juicio oral, están referidos única y exclusivamente al 25 de marzo de 2003, aproximadamente a las 03:30 horas de la madrugada, esto es, la noche que va del domingo al lunes de aquel día, mes y año. En razón de lo expuesto, manifiesta el recurrente, los sentenciadores debieron dictar sentencia absoluta en favor de los acusados, lo que no hicieron.

Se llevó a cabo la audiencia para la vista del recurso y en ella comparecieron y alegaron el abogado don Raúl H. Castillo C. por parte del imputado Julio Ogalde Aránguiz y del representante del Ministerio Público Fiscal don Sergio Vásquez Díaz. El recurrente, conforme lo expresado en el primer otrosí de su escrito de fojas 19, y con la aceptación del señor Fiscal concurrente, produjo mediante lectura resumida la prueba documental ofrecida, y reprodujo las argumentaciones y peticiones contenidas en el recurso. A su turno, el señor Fiscal expuso que el error de referencia efectuado por el Ministerio Público al acusar, respecto del cual se pronunció expresamente en el alegato de clausura, no vulnera el principio de congruencia, ya que el error en la fecha de ocurrencia de los hechos no tiene relevancia jurídico penal, del momento que los hechos y circunstancias sobre los que se acusó en definitiva se die-

ron por probados en la sentencia y por los cuales se condenó, son los mismos que reconocieron los intervinientes, incluso el propio imputado, por lo que la alegación efectuada en tal carácter por la defensa resulta irrelevante y no constituye causal de nulidad de la sentencia y del juicio oral.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, como se ha expresado previamente, el presente recurso se fundamenta en una supuesta infracción del denominado principio de congruencia, consistente en que la sentencia condenatoria no puede exceder el contenido de la acusación, restricción que es desarrollada por la propia ley, específicamente en el artículo 341 inciso primero del Código Procesal Penal, cuando señala que no es posible condenar a un imputado por hechos o circunstancias no contenidos en la aludida acusación.

SEGUNDO: Que, por otra parte, no es controvertido entre los intervinientes la circunstancia de que tanto la formalización como la acusación versaron sobre hechos y circunstancias acaecidos el día 25 de marzo del año 2002, no obstante que la sentencia condena por esos mismos hechos y circunstancias, pero acaecidos el día 24 de marzo de 2002.

TERCERO: Que, tampoco ha sido controvertido el hecho de que dicha discrepancia, relativa a la fecha de ocurrencia de los hechos y circunstancias, no es sino un error de referencia, es decir, de vinculación de tales hechos y circunstancias con el momento específico en el plano temporal en que se desarrollaron, sin que dicha cuestión haya sido objeto de controversia entre las partes, en términos de disputarse por los intervinientes una u otra opción, concordando por lo tanto en su naturaleza equívoca, aunque no trascendente para los fines del correcto desarrollo del proceso penal.

CUARTO: Que, enfrentada esta Corte al dilema que ha sido planteado, esto es, determinar si un error de referencia respecto de la fecha de acaecimiento de los hechos y circunstancias (contenido en la acusación) afecta o no la congruencia de una sentencia condenatoria por dichos hechos y circunstancias pero establecidos en una fecha diversa, estiman estos sentenciadores que tal contradicción debe resolverse apreciando si

dicho error ha afectado o no el derecho a defensa del imputado, principio fundamental que subyace bajo el imperativo de congruencia.

QUINTO: Que, a este respecto, estos sentenciadores comparten lo expresado por los propios jueces del tribunal oral en el fundamento undécimo del fallo recurrido, en el sentido de que los hechos juzgados son los mismos, sin que haya variado el tipo penal, y que las tres víctimas estaban igualmente contestes en que los hechos ocurrieron en la madrugada del día 24 de marzo de 2002, y no el 25 de ese mismo mes y año, lo que además fue corroborado por el propio imputado durante el desarrollo del juicio oral.

SEXTO: Que, si bien es cierto que es necesario y exigible que para el más normal desarrollo del juicio oral y del pleno ejercicio del derecho a defensa por parte de los imputados exista siempre plena congruencia entre los hechos por una parte con la formalización y acusación por otra, para que a su vez también una eventual sentencia condenatoria sea igualmente congruente con tales hitos, ello en la especie no alcanza a configurar una causal bastante de falta de congruencia entre la acusación y la sentencia para declarar la nulidad del juicio oral y de su fallo, habida consideración que no se han afectado las prerrogativas de los intervinientes en el juicio.

SÉPTIMO: Que, sin perjuicio de lo anterior, esta Corte comparte también con el Ministerio Público que la referencia que el artículo 341

inciso primero del Código Procesal Penal hace a los hechos y circunstancias, es a los hechos y circunstancias penalmente relevantes, es decir, a la concurrencia o no de una conducta que sea susceptible de subsumir dentro de un tipo penal o de modificatorias de responsabilidad determinadas, correspondiéndole por lo tanto a la fecha de acaecimiento de tales hechos y circunstancias sólo una significación relativa al momento en que ellos acaecieron, lo que sólo podría ser relevante en una hipótesis límite de prescripción o de concurrencia de otra causal de extinción de responsabilidad penal, que utilice la fecha como un referente de aplicación, lo que por lo demás no aparece como concurrente ni tampoco ha sido alegado como una hipótesis cierta de contrario.

Por estos fundamentos y lo dispuesto además en los artículos 374 y 384 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA** el recurso de nulidad interpuesto a fojas 19 por parte de la defensa del imputado JULIO OGALDE ARÁNGUIZ en contra de la sentencia definitiva de fecha veintisiete de noviembre de dos mil cuatro, rolante desde fojas 1 a fojas 18, sin costas, por estimarse que el recurrente se ha alzado con fundamento plausible.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del abogado integrante don José Ilabaca Sáez.

Rol 251-2004 (TOP).-

- **Rechaza el recurso de nulidad interpuesto por la Defensa estimando que procede aplicar la agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal dado que los delitos de robo con violencia y robo por sorpresa son delitos de la misma especie al afectar el mismo bien jurídico.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de La Serena.

Resumen:

La Defensa interpuso un recurso de nulidad argumentando que se había infringido sustancialmente el derecho al acoger la agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal, toda vez que habiendo sido condenado por el delito de robo con violencia, y teniendo el acusado una condena previa por el delito de robo por sorpresa, no se cumpliría el requisito de ser delitos de la misma especie al atentar uno, además de contra la propiedad, contra la integridad de la víctima. La Corte rechazó el recurso señalando que pretender llevar la exigencia de ser de la misma especie más allá del bien jurídico protegido agregando elementos como la actuación o participación del sujeto implicaría llevar a tener tantas especies de delitos como ilícitos ocurran. Al efecto señaló que siendo común a ambos delitos la vulneración del derecho de propiedad, deben ser considerados como delitos de la misma especie. Ello, porque el hecho de existir un ataque a la integridad personal, no tiene el efecto de desnaturalizar el elemento esencial del tipo penal que comparten.

Texto completo:

La Serena, trece de enero de dos mil cinco.

VISTOS:

A fojas 12 de estos antecedentes comparece don Pedro Rojas Castro, abogado defensor, e interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, con fecha 26 de noviembre de 2004, en causa Rol único 0400091993-K, que condenó a Ricardo Henry Soto Tapia a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, y accesorias legales, como autor del delito de robo con violencia en grado de consumado a Juan Pedro Guajardo Salfate, perpetrado en la ciudad de Vicuña el día 13 de marzo de 2004. El recurrente funda su recurso en la causal prevista 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, error que se ha producido al acoger el tribunal la circunstancia agravante de responsabilidad penal invocada por el Ministerio Público, contemplada en el N°16 del artículo 12 del Código Penal, por considerarla concurrente en la especie en atención a que el sentenciado había sido penado anteriormente por el delito de

robo por sorpresa, y cumplido la pena impuesta, decisión que el recurrente estima errónea, por lo que solicita se declare la nulidad del fallo y se dicte la correspondiente sentencia de reemplazo disponiendo la aplicación de la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias legales.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la defensa del sentenciado sostiene que la circunstancia agravante cuya concurrencia discute, relativa a ser reincidente en delito de la misma especie, supone una analogía perfecta entre el delito por el cual fue sancionado el sujeto y cumplió su pena, con aquel por el cual es sancionado actualmente, analogía, tanto en la naturaleza, objeto y realización, cuanto en lo relativo a la actuación y participación del sujeto. Y agrega que para ello se debe considerar el bien jurídico protegido y las modalidades de comisión del delito; especialmente, la forma que reviste el ataque al bien jurídico protegido. Agrega que la condena anterior, efectivamente cumplida, fue como autor del delito de robo por sorpresa, en el que el bien jurídico protegido es la propiedad, sin que exista un peligro potencial para la víctima, en circunstancias que en el delito de robo con violencia, aunque el bien jurídico protegido es también la propiedad, se sanciona, ade-

más, el peligro que existe para la vida e integridad de la víctima.

SEGUNDO: Que el fundamento del recurso lleva el concepto de reincidencia específica a su mayor extremo, exigiendo no solamente que los dos delitos sean sancionados porque vulneran un mismo bien jurídico, sino, además, que compartan otros, y las modalidades de comisión, circunstancias tan variables y múltiples que, de aceptarlas en la forma propuesta por el recurrente, podrían determinar la existencia de tantas especies como ilícitos y, por ende, la inaplicabilidad práctica de la reincidencia como circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, la cual, aunque discutida en doctrina, se encuentra expresamente establecida en nuestro Código Penal.

TERCERO: Que a juicio de estos sentenciadores, siendo común al robo por sorpresa y al robo con violencia la vulneración del mismo bien jurídico el derecho de propiedad deben ser considerados como delitos de la misma especie para los efectos de considerar concurrente la reincidencia como circunstancia agravante de responsabilidad, sin que el hecho de que exista, además, en el segundo delito mencionado, un ataque a la integridad personal, tenga el efecto de des-

naturalizar el elemento esencial del tipo penal que comparten.

CUARTO: Que, por otra parte, el concepto expresado en el motivo que antecede, concuerda con la norma relativa a la reiteración de crímenes o simples delitos contenida en el inciso final del artículo 351 del Código Procesal Penal, en la cual se consideran expresamente delitos de una misma especie aquellos que afectan al mismo bien jurídico.

Por estos fundamentos, disposiciones legales antes citadas, y lo previsto en los artículos 372 y 384 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA** el recurso de nulidad deducido por el abogado defensor don Pedro Rojas Castro, en contra de la sentencia definitiva dictada en audiencia de veintiséis de noviembre de dos mil cuatro, por la Tercera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, que rola de fojas 1 a 11 de esta carpeta judicial.

Redacción del abogado integrante don Fernando Bustamante Mora.

Regístrese y devuélvanse.

Rol N°255-2004.-

- **Acoge el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público revocando el acuerdo reparatorio y el sobreseimiento definitivo de la causa, por estimar que existe un interés público prevalente en la persecución por haberse cometido el delito gozando de una suspensión condicional del procedimiento.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Talca.

Resumen:

En procedimiento simplificado por el delito de robo en lugar no habitado el Juez de Garantía aceptó un acuerdo reparatorio, luego de escuchar a la víctima y pese a ser la segunda formalización contra el acusado, porque al no registrar éste antecedentes penales anteriores faltaría el presupuesto de haber incurrido reiteradamente en hechos como los investigados que habría justificado rechazar el acuerdo alcanzado. El Ministerio Público apeló de dicha resolución por existir un interés público prevalente fundado en que el acusado, gozando del beneficio de la suspensión condicional del procedimiento, fue formalizado nuevamente por el delito de robo por sorpresa, además de haber concurrido al primer juicio sólo en virtud de una orden de detención. La Corte hizo suyos los argumentos de la Fiscalía, señalando que el interés público prevalente se encontraba comprometido no sólo por la nueva formalización luego de la primera salida alternativa, además de haber comparecido al primer juicio de manera forzada, sino porque con sus acciones el acusado había demostrado un escaso respeto por el orden jurídico vigente.

Texto completo:

Linares, dieciséis de diciembre de dos mil cuatro.

Siendo las 11:37 horas se dio inicio a la presente audiencia de Juicio Simplificado, presidida por el Magistrado Titular don **Ricardo Riquelme Carpenter**, con la asistencia del Fiscal Adjunto del Ministerio Público doña **Gisela Inostroza Ulloa (Correo Recabarren)**; del Abogado Defensor Penal Público doña **Bianca Farías Durán** y del imputado **Alex Denys Salazar Morales**.

La Defensa constituye patrocinio y poder verbal en la audiencia.

EL TRIBUNAL RESUELVE:

Téngase presente el patrocinio y por conferido el poder.

I EXPOSICIÓN BREVE DEL REQUERIMIENTO PRESENTADO POR EL MINISTERIO PÚBLICO Y ANÁLISIS DE SALIDA ALTERNATIVA:

El Tribunal procede conforme al artículo 394 del Código Procesal Penal a efectuar una breve relación del requerimiento presentado por

el Ministerio Público; consultando posteriormente a las partes si existe la posibilidad de una salida alternativa, respondiendo la Fiscal que no.

En virtud de lo anterior, se consulta al imputado al tenor de lo dispuesto en el artículo 395 del Código Procesal Penal, respondiendo que admite responsabilidad.

El tribunal toma conocimiento que en el hall de atención de público se encuentra presente la víctima don **Manuel Estorcio Santos Márquez**, lo que se desconocía hasta ese momento por el Juez, por lo que se admitió su ingreso a la audiencia, para los efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 394 del Código Procesal.

Luego de instruidas la víctima e imputado sobre la posibilidad de poner término al procedimiento de conformidad a un acuerdo reparatorio, manifestaron que han convenido un acuerdo reparatorio.

II ACUERDO REPARATORIO:

La Defensa solicita que se apruebe el siguiente acuerdo reparatorio:

El imputado en esta audiencia pedirá disculpas públicas a la víctima y se compromete

además a no realizar nunca más ningún tipo de ilícito.

Interrogados por el Magistrado, víctima e imputado están de acuerdo con lo señalado y afirman que su consentimiento lo han prestado libremente y con pleno conocimiento de sus derechos.

El Ministerio Público se opone a esta salida alternativa, ya que el imputado fue declarado con discernimientos en estos hechos, además se llegó a una suspensión condicional del procedimiento, la cual el imputado no cumplió y se le revocó y en estos momentos se encuentra en prisión preventiva por un delito de robo posterior a los hechos investigados en esta causa.

**EL TRIBUNAL RESUELVE:
VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:**

1° Que en esta audiencia de juicio simplificado, la víctima de los hechos investigados don Manuel Santos Márquez y el imputado Alex Denys Salazar Morales, Rut N° 16.332.730-9 han convenido el siguiente acuerdo reparatorio con el fin de poner término a este procedimiento:

1° Los intervinientes acuerdan que el imputado Alex Denys Salazar Morales pedirá disculpas públicas por los hechos ocurridos en esta causa a la víctima don Manuel Santos Márquez y se compromete a que no volverán a ocurrir hechos de esta naturaleza.

2° Que la víctima y el imputado, manifestaron su conformidad con el acuerdo reparatorio y su consentimiento en forma libre y voluntaria y con pleno conocimiento de sus derechos, lo que fue verificado por este Juez mediante las consultas en tal sentido.

3° Que los hechos investigados son constitutivos del delito de robo con fuerza en lugar no habitado y por lo tanto afectando primordialmente bienes jurídicos de carácter patrimonial, se encuentra dentro de aquellos ilícitos respecto de los cuales son procedentes los acuerdos reparatorios contemplados en el artículo 241 del Código Procesal Penal.

4° Que la señora Fiscal del Ministerio Público manifestó su oposición a este acuerdo reparatorio, fundada en que existiría un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal, planteamiento que será rechaza-

do por este Juez en atención a que el imputado no registra antecedentes penales anteriores y por lo tanto no puede sostenerse por la señora Fiscal que hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investiga en este caso particular, presupuesto de hecho que permitiría haber configurado la circunstancia referida y que habría justificado rechazar el acuerdo reparatorio.

Por las consideraciones anteriores y conforme a lo dispuesto en los artículos 241 y siguientes del Código Procesal Penal, se resuelve:

I Que se aprueba el acuerdo reparatorio convenido por la víctima y el imputado en los mismos términos señalados en el punto 1° de esta resolución.

II Que se decreta el sobreseimiento definitivo de estos antecedentes criminales seguidos en contra de Alex Denys Salazar Morales por haberse aprobado el acuerdo reparatorio.

Regístrese y archívese en su oportunidad.

El imputado en este acto procedió a pedir las disculpas públicas a la víctima.

Concédase copia de la presente acta a las partes en la forma solicitada.

Se pone término a la audiencia siendo las 12:00 horas.

RUC 0300155898-5

RIT 2194-2004

Talca, diecisiete de enero de dos mil cinco.-

VISTO:

A fojas 6 comparece doña María Teresa Recabarren Domínguez, Fiscal Adjunto de Linares y expone que el 6 de diciembre de 2003, el Ministerio Público requirió en procedimiento simplificado al imputado Alex Denys Salazar Morales, por el delito de robo en lugar no habitado, en grado de tentativa, juicio que en su oportunidad no se realizó por cuanto el imputado no compareció, por lo que se despachó orden de detención y que, posteriormente, en audiencia de control de detención de 15 de abril de 2004, se realizó una exposición de requerimiento para posteriormente llegar a una salida alternativa de suspensión condicional del procedimiento, según la cual el imputado debía someterse a determinadas condicio-

nes por el plazo de 1 año. Agrega que el 16 de septiembre de 2004 el imputado fue formalizado nuevamente por el Juzgado de Garantía de Linares por el delito de robo por sorpresa cometido en contra de Orlando Lastra Palacios, quedando sujeto a medida cautelar personal de prisión preventiva, que a raíz de ello se solicitó audiencia con el fin de revocar la suspensión condicional aprobada por aquella resolución de 15 de abril de 2004, fijándose día y hora para realizar Juicio Oral en procedimiento Simplificado. Indica que el 16 de diciembre de 2004, se llevó a efecto la audiencia de juicio oral en procedimiento simplificado, donde se consultó al imputado si reconocía su responsabilidad en los hechos planteados en el requerimiento, lo cual aceptó y que, acto seguido, el Juez de Garantía hizo pasar a la víctima y sentó las bases de un acuerdo reparatorio entre la víctima y el imputado que consistían en las disculpas públicas que este último debía dar al primero, acuerdo al que la Fiscalía se opuso sosteniendo que existía un interés público prevalente en la persecución penal del imputado, toda vez que ya había sido beneficiado con la suspensión condicional, la cual había incumplido, al haber sido formalizado por el delito de robo por sorpresa y por el cual el imputado se encuentra sujeto a medida cautelar de prisión preventiva. Agrega que la suspensión condicional del procedimiento es una institución procesal que el nuevo sistema otorga como salida alternativa antes de llegar a un juicio, con el fin de adelantar los efectos de una eventual remisión condicional de la pena, sujetando al imputado al cumplimiento de determinadas condiciones las que, en este caso, no sólo lo vinculan con el Ministerio Público, sino que buscan encausarlo en un proceso de resocialización y rehabilitación.— Señala que la expresión si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigan en el caso particular a (sic) de entenderse como habitualidad en la comisión de hechos similares, en virtud de ingresos criminales y no de sentencias condenatorias en extracto de filiación, toda vez que muchas investigaciones terminan con salidas alternativas, que no constan en extracto de filiación y antecedentes y que no implican ausencia de responsabilidad penal del imputado. Por todo lo cual apelaba de la resolución pronunciada por el Juzgado de Garantía de Linares que dio lugar al cita-

do acuerdo reparatorio con el fin que la Corte de Apelaciones de Talca la revoque y ordene seguir adelante con la tramitación del Juicio Oral en Procedimiento Simplificado.

CONSIDERANDO:

PRIMERO.— Que esta Corte comparte lo sustentado por el Ministerio Público, en cuanto a que existe interés público prevalente en la continuación de la persecución penal del imputado, el que resulta configurado no sólo por el hecho de encontrarse éste formalizado por el delito de robo por sorpresa, perpetrado con posterioridad a haberse acordado la salida alternativa de suspensión condicional del procedimiento, sino también por la circunstancia de que, según se infiere de lo expuesto por el Ministerio Público, el imputado compareció a este procedimiento sólo en virtud de la orden de detención librada en su contra, lo que ilustra su escaso respeto por el orden jurídico vigente.—

SEGUNDO.— Que en razón de lo que se deja dicho en el motivo anterior, la resolución que aprobó el acuerdo reparatorio convenido entre la víctima y el imputado y, por consiguiente, sobreseyó definitivamente el referido proceso no se ajusta a Derecho por lo que será revocada.—

Y de acuerdo, además, con lo dispuesto en los artículos 241, 242, 365, 366, 367 y 371 del Código Procesal Penal, SE REVOCA la resolución de 16 de diciembre de dos mil cuatro dictada en la audiencia de que da cuenta el acta de fojas 4 de esta carpeta, dejándose sin efecto la resolución que aprobó el acuerdo reparatorio convenido entre la víctima y el imputado y decretó el sobreseimiento definitivo de esta causa; y, en consecuencia deberá seguir adelante el procedimiento simplificado.—

Redacción del Abogado Integrante don Sergio Barrientos Bravo.—

Regístrese y devuélvase.—

Rol N°2077/2004 R.P.P.—

Acordada por la Primera Sala integrada por su Presidente, Ministro señor Luis Carrasco González, Ministro señor Hernán González Garcy Abogado Integrante señor Sergio Barrientos Bravo.—

- **Acoge el recurso de apelación del Ministerio Público, y revoca la resolución del Juez de Garantía, condenando al acusado como autor del delito de robo con fuerza en lugar no habitado, por estimar que, además del reconocimiento de los hechos, existen elementos probatorios adicionales.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Talca.

Resumen:

En procedimiento abreviado el Juez de Garantía absolvió al acusado del delito de robo con fuerza en lugar no habitado por considerar que, si bien se acreditaron los hechos de la acusación, para dictar sentencia condenatoria no basta el reconocimiento de los hechos por parte del acusado, porque éste sólo es un requisito procesal para proceder de acuerdo a las normas del procedimiento abreviado. Agregó que si bien existió un testigo de cargo, éste sólo lo fue de oídas y su declaración se contradijo con las imputaciones hechas al acusado. Finalmente, además, porque en la declaración que éste prestó ante la Policía no se encontraba su abogado y ella resultó contradicha con la prestada ante el Ministerio Público y ésta, a su vez, con el informe de Huellografía. La Fiscalía apeló argumentando que la prueba rendida no consistió sólo en la declaración del acusado, existiendo también otras que del mismo modo apuntaban a su participación. La Corte acogió el recurso señalando que lo que la ley prohíbe es condenar únicamente en base al reconocimiento de los hechos y los antecedentes de la investigación, pero que sí se puede cuando a éste se le unen otros medios probatorios, situación ocurrida en la causa en cuestión, los que ponderados en conjunto, y de acuerdo a las máximas de la experiencia y los principios de la lógica, lograron producir una convicción más allá de toda duda razonable. En cuanto a las contradicciones en las dos declaraciones del acusado, éstas resultan irrelevantes toda vez que la primera carece de valor probatorio. Finalmente, respecto de la inexactitud en la declaración del testigo de oídas, hizo presente que éstos no están llamados a reproducir los hechos en términos idénticos a los ocurridos.

Texto completo:

San Javier, veintitrés de diciembre del dos mil cuatro.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que el Señor Fiscal del Ministerio Público de esta ciudad don **OSCAR SALGADO GARRIDO**, dedujo acusación fiscal en contra del imputado en estos autos don **FRANCO ANTONIO CEA PEÑA**, chileno, sin oficio, domiciliado en calle 10 Oriente N° 1680, Comuna de Talca, cédula nacional de identidad N° 10.990.523-2, por su presunta responsabilidad en calidad de autor del delito de robo con fuerza en lugar no habitado.

SEGUNDO: Que dicha acusación la funda en los siguientes hechos:

“Que en la madrugada del día 26 de septiembre del año 2002, el imputado Franco Antonio

Cea Peña, ingresó por medio del escalamiento al local comercial Boutique Milly, ubicado en calle Arturo Prat 2407 de San Javier, con el objeto de apropiarse sin la voluntad de su dueña y con el ánimo de lucro de distintas especies de propiedad de doña Emilia Palma Vilches, consistentes en 120 jeans marca Levis de diferentes tallas, colores azul claro y oscuro, modelos para hombre, 20 jeans, marca BB2 de dama, 8 camisas marca Wrangler de hombre, 8 camisas Ellus de hombre, 3 gamulanes de color café, marca Gamupel y relojes marca Festina, Casio, Samsung, también diversas joyas de material de oro y plata con oro, además de perfumes marca Carolina Herrera, Calvin Klein, Lancome, y dinero en efectivo aproximadamente \$50.000 en billetes de a mil pesos, \$40.000 en monedas de quinientos pesos, y \$20.000 pesos en monedas, hecho que habría causado un perjuicio a la víctima de aproximadamente doce millones de pesos.

Los hechos antes reseñados, a juicio del ente persecutor, constituyen el delito de robo con fuerza en lugar no habitado, en grado de consumado, previsto y sancionado en los artículos 432 y 442 Número Uno del Código Penal, correspondiéndole al imputado intervención en dicha acción delictual en calidad de autor, de acuerdo a lo previsto en el artículo 15 N° uno del mismo cuerpo legal, pues habría participado en su ejecución de una manera inmediata y directa.

Que, en la referida acusación, en la que se detallan las probanzas a valer, se indica que conforme a los antecedentes reunidos en la investigación, no concurrirían circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. En consecuencia, se requiere una pena ascendente a **QUINIENTOS CUARENTA Y UN DÍAS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MEDIO**, más las accesorias respectivas y el pago de las costas de la causa.

Que, sin perjuicio de lo antes expresado, al inicio de la audiencia de rigor, el representante del ente indagador, en base a la naturaleza de los hechos denunciados y la pena requerida en la acusación, solicitó proceder en conformidad con las normas del procedimiento abreviado, indicando que al respecto concurrirían los presupuestos establecidos en el artículo 406 del Código Procesal Penal.

TERCERO: Que en relación al requerimiento señalado en la motivación precedente, la Defensa del acusado, corroborando lo expuesto por el señor Fiscal, aceptó expresamente dicha proposición, manifestando que en la especie concurrirían las exigencias necesarias para la aplicación del procedimiento invocado, determinando la instancia la continuación de la sustanciación conforme a sus normas, previas consultas efectuadas al efecto al imputado, quien habiendo tomado conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la cimentaron, los aceptó expresamente y estuvo de acuerdo con la aplicación del aludido procedimiento, previa advertencia del tribunal acerca de sus derechos y constatándose que prestaba su consentimiento en forma libre y voluntaria, sin haber sido objeto de coacciones ni presiones indebidas.

CUARTO: Que los antecedentes recopilados por el ente indagador durante su investigación se tradujeron en los siguientes:

TESTIMONIAL:

DECLARACIÓN POLICIAL DE DON MAURICIO IVÁN ALBORNOZ DÍAZ, quien manifestó: "Respecto de los hechos que se investigan, debo señalar que el día 25 de septiembre del año 2002, alrededor de las 20:05 horas, me encontraba en el interior del local comercial de nombre "Milli", conversando con la dueña del lugar, estando hasta el cierre de éste, que fue como a las 20:35 horas, lapso de tiempo en el que llegó a hacer algunas consultas sobre unos jeans de marca Levis, un sujeto alto, contextura delgada, tez blanca, corte de pelo militar, lentes de contacto de color azul, quien vestía una chaqueta de cuero color negra y pantalones de mezclilla color azul, seguidamente, al serle mostrados los pantalones, éste se fue del lugar sin efectuar ninguna compra. Puedo señalar además, que estuve hasta el cierre del local y no presencié más gente extraña que visitara el lugar".

DECLARACIÓN POLICIAL DE HERNÁN ENRIQUE SEPÚLVEDA POBLETE, quien manifestó: "En relación al hecho investigado, debo hacer presente que desde el año 1933 trabajo como vendedor de la boutique denominada "Mili", ubicada en Avenida Arturo Prat N°2407, San Javier. El día de ayer, entre las 18:30 y 19:00 horas, en los momentos en que me encontraba trabajando en la boutique en compañía de la dueña del local, ingresaron dos sujetos a los cuales ubico como "El Nica" y "el Murdoc", quienes me pidieron unas monedas, pero yo les dije que no tenía, por lo que les pidieron a unos clientes que se encontraban en esos momentos en el local; sin embargo, uno de ellos al que le dicen "Murdoc", se me acercó cuando estaba terminando de arreglar unas joyas que hay en una vitrina, y me consultó si eran de oro, situación que me llamó la atención, pero le dije que no eran de oro retirándose del local, sin antes el "Nica" decirle al "Murdoc" "Sale con las manos arriba".

Como a la hora después, ingresó un sujeto aproximadamente 1,76 mts. de estatura, contextura delgada, semicalvo, tez blanca, ojos azules, pero daba la impresión de que anduviera con lentes de contacto, entre 25 y 30 años, vestía casaca de cuero, color negra, con sus costuras gastadas, blue jeans azul y botas negras, quien me preguntó si teníamos blue jeans marca Levis,

del tipo delgado, manifestándole que sí, por lo que saqué uno del aparador y se lo mostré, y después de revisarlo me dijo que vendría mañana a comprarlo.

Cuando éste se retiró del local, la señora Mili junto a un amigo de nombre Mauricio, que trabaja en la tienda “Jerusalén”, me señalaron que ese sujeto era ladrón, ya que en una oportunidad había entrado junto a unas mujeres al “Jerusalén” y les habían sustraído dos casacas, por lo que salí a la calle para ver con quién andaba, percatándome que se juntó con otros cuatro hombres los que siguieron caminando por Arturo Prat hacia el poniente.

El día de hoy, al llegar a mi lugar de trabajo alrededor de las 09:40 horas, junto a la señora Mili abrimos el local y al entrar nos percatamos que sujetos desconocidos habían ingresado al interior sustrayendo joyas, relojes, perfumes y ropas en general; por lo que inmediatamente se me vino a la mente los tres sujetos que ingresaron la noche anterior consultando por las mismas especies que se sustrajeron”.

DECLARACIÓN DE DON JUAN PATRICIO HIGUERAS UMAÑA, funcionario de la Policía de Investigaciones de Chile, quien, prestando declaración ante la Fiscalía de San Javier, expuso: “Que respecto de lo que se me pregunta debo decir que yo no participé del procedimiento mismo que se efectuó en la presente investigación, sin embargo mi participación se remitió a lo que sigue: Que habiendo recibido la información de un colega respecto del robo sucedido acá en San Javier, donde probablemente los autores de este hecho serían personas de la ciudad de Talca, solicitándome que comenzara a recabar algún tipo de información. Fue así como a través de un informante se me dio una serie de posibles autores entre los que se encontraban “el Cote”, el “Franco Cea”, Víctor Santander Gutiérrez apodado “el Jimmy”, Alejandro apodado “el Pelao” y el “Checho”, apodos de los cuales posteriormente establecí sus identidades, coordinando posteriormente con un colega del Laboratorio de Criminalística de la sección Huellas, ya que en dicho procedimiento se habían levantado una serie de huellas, seguidamente el colega pidió las dactilares de estos sujetos al gabinete de identificación, estableciéndose que una de las huellas encontradas

en el sitio del suceso correspondía al Cote, el cual en la actualidad se encuentra detenido en la ciudad de Talca por un robo con intimidación a un Hogar de Menores”.

DECLARACIÓN DE DON ORLANDO ALBERTO ROJO HENRÍQUEZ, funcionario de la Policía de Investigaciones, quien prestando declaración ante el Ministerio Público, manifestó: “El día 26 de septiembre del 2002 a eso de las 10:00 horas, se comunicó la afectada en forma telefónica denunciando que desconocidos habían ingresado a su local comercial, por lo cual concurrí en compañía del Inspector Víctor Morales Ramírez, constatando que en la Tienda Comercial de nombre “Mili”, habían ingresado por el techo para lo cual recorrieron una plancha de pizarreño, haciendo posteriormente un forado de unos 40 centímetros por donde ingresaron al interior del local, encontrándose en el local un bolso el cual contenía herramientas y en el entretecho se encontraron también herramientas, del local sustrajeron diversas especies las cuales fueron mencionadas en el parte denuncia, para luego salir por el mismo lugar de ingreso. Posteriormente llegó al lugar personal del Laboratorio de Criminalística de Talca quienes fijaron el sitio del suceso.

DECLARACIÓN DE DON VÍCTOR HUGO MORALES RAMÍREZ, funcionario de Investigaciones de Chile, quien expresó ante la fiscalía: “El día 26 de septiembre del 2002 se recibió un llamado informando que en la Tienda Mili se habían entrado a robar, por lo cual concurrí junto al comisario Orlando Rojo, al llegar se estableció que efectivamente se habían entrado a robar y el ingreso la tienda lo habían realizado efectuando un forado en el techo, por lo cual subí hasta el techo encontrando un jeans de las especies sustraídas y herramientas, en el interior de la tienda se encontró un bolso negro que en su interior tenía herramientas, luego de analizar el sitio del suceso se empadronó el lugar y se solicitó la presencia de peritos, quienes llegaron y fijaron fotográficamente el lugar, además de proceder a levantar huellas dactilares desde una vitrina de donde habían sustraído joyas”.

DECLARACIÓN POLICIAL DE LIDIA DEL CARMEN RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, quien manifestó: “A fines del mes de septiembre del año

en curso, no recuerdo fecha exacta, llegó a mi casa un vecino del sector a quien ubico como "Velo" acompañado de otro sujeto a quien no conocía, quien era de contextura mediana, 1,80 metros de estatura, pelo corto, quien me ofreció joyas para la venta, ya que según lo manifestado por él, tenía que viajar con su familia fuera de la ciudad y necesitaba vender algunas de sus pertenencias entre las cuales tenía dentro de una bolsa de nylon joyas (anillos, pulseras, aros, cadenas) y relojes, las cuales me ofreció todo en la suma de \$280.000, ante lo cual yo junto a mi marido le indicamos que sólo teníamos \$250.000, lo cual aceptó de inmediato entregándonos todas las joyas y relojes a cambio de la suma de dinero antes ofrecida. A los tres días llegó nuevamente este muchacho el que venía a ofrecerme un medallón, un anillo y una cadena, todo en la suma de \$200.000, dándole \$180.000 por dicho ofrecimiento, marchándose posteriormente con el dinero antes indicado y no volviéndolo a ver más".

DECLARACIÓN POLICIAL VÍCTOR MANUEL SANTANDER GUTIÉRREZ, quien expresa: "En forma voluntaria declaro en esta Unidad Policial, que a fines del mes de septiembre del año en curso, no recuerdo fecha exacta, en horas de la tarde me encontraba deambulando en el sector de calle 10 oriente con 4 sur, cuando se me acercó un amigo de nombre Alejandro, apodado, "El Pelao", quien proviene de la ciudad de Concepción, el cual me dijo "CÓMO ESTAMOS PARA IR A PITEARNOS UNA TIENDA A SAN JAVIER", a lo cual le respondí que no ya que andaba muy curao. En ese mismo instante El Pelao, me decía que iba a ir a "pitiársela" con mi amigo de la Padre Hurtado, apodado "El Cote", además del Franco Cea y el Chino quien proviene de Concepción, de quien desconozco su identidad, pero al mostrarme un set de fotografías en este Cuartel Policial reconocí de inmediato al Chino. Al otro día, después de la conversación con el Pelao, cerca de las 11:00 horas, me encontré nuevamente con éste, quien me dijo "MIRA POR NO HABER IDO NOS SALVAMOS", mostrándome una mochila de color azul, la cual al abrirla tenía en su interior relojes, marca Festina, Samsung y Casio; joyas de oro y plata (cadenas, pulseras, aros, anillos); unos 10 blue jeans, marca Levis y dinero en efectivo. En ese mismo instante llegaron a nuestro

lado el Franco, el Chino y el Cote, quienes le dijeron al Pelao "VAMOS HACER LAS TECLAS", significa repartir la mercancía. Ese mismo día en horas de la noche me puse a conversar con el Franco en la cuadra, a quien le pregunté cómo habían entrado, contestándome éste que el Chino junto al Cote, habían escalado hasta el techo de la tienda, lugar donde el Chino había desconectado la alarma y después entre ambos habían roto el techo, ingresando hasta el interior de la tienda desde donde sustrajeron las especies antes indicadas. Además, según lo manifestado por el Franco, en todo momento estos se comunican por celular para saber qué pasaba afuera. En cuanto a esta situación es todo lo que puedo manifestar al respecto.

DECLARACIÓN POLICIAL DEL IMPUTADO FRANCO ANTONIO CEA PEÑA, quien manifestó: "A fines del mes de septiembre del año en curso, no recuerdo fecha exacta, me encontraba en el sector de calle 10 Oriente con 4 sur, en compañía de unos amigos de nombre Alejandro apodado "El Pelao", "El chino de Conce", "El Jimmy" y "El Coté", quienes viven en la Pobl. Padre Hurtado, de esta ciudad, en ese momento "El chino propuso que fuéramos a pitarnos una boutique en la localidad de San Javier, para lo cual fuimos todos los sujetos antes mencionados a porotear (observar) el lugar con la finalidad de verificar la seguridad que tenía la tienda. Después de esto volvimos a Talca y alrededor de las 02:00 horas regresamos a San Javier, con la finalidad de ingresar al local trasladándonos en un radio-taxi del cual no recuerdo mayores antecedentes. Una vez en el lugar "El Chino de Conce" y "El Coté", procedieron a escalar un muro, logrando llegar al techo, desde donde realizaron un forado, ingresando estos dos al interior del local, quedándonos el resto del grupo como "Loros". Alrededor de las 03:00 horas, salieron "el Cote" con "el Chino", con dos bolsos grandes de género los que contenían pantalones, relojes y joyas de oro y un poco de dinero efectivo, trasladándonos en forma inmediata a la ciudad de Talca, retirándonos a nuestras casas. A los días después de este hecho me junté con el "el Pelao", quien me manifestó que lo acompañara a vender las joyas, trasladándonos hasta la Pobl. Abate Molina, calle 8 ½ sur N° 1658, lugar donde "El Pelao", conversó con una mujer rubia de unos 50 años, a quien le

vendió la totalidad de las joyas, pasándome a mí la cantidad de \$150.000 en dinero efectivo, por la venta de dichas especies. En la actualidad el Chino y el Pelao se encuentran en la ciudad de Calama”.

DECLARACION DEL ACUSADO FRANCO

ANTONIO CEA PEÑA, prestada ante el Ministerio Público, en la que expresa: “Con respecto a la declaración que se me lee, quiero señalar que yo no di esa declaración, sí reconozco que la firmé pero fue porque a mí me habían detenido por otro robo y me hicieron firmar esa declaración. Quiero rectificar lo que en ella dice, básicamente en que yo no andaba esa noche con Alejandro Salvador Roa, alias el Pelao, tampoco andaba con El Chino ni con el Cote, sí andaba con el Jimmy que es de apellido Santander, que es un menor de edad y andaba también con el Carlos y el Alejandro que son de Concepción y que viven en Boca Sur, no sé ningún dato más de ellos, lo que recuerdo es que tiene que haber sido como a las 22.00 o 23:00 horas, que llegamos a San Javier, yo ya había venido antes a ver el local donde entré, como una semana antes, entramos por el techo, además quiero señalar que yo fui quien escaló la muralla e ingresó junto al Carlos, afuera se quedaron el otro loco y el Jimmy, para trasladarnos a San Javier vinimos en un radio taxi al parecer un auto Monza que era conducido por un viejo chico de bigotes, no sé ningún dato más, este señor nos esperó a que nosotros saliéramos y nos trajo de vuelta a Talca. El taxista nos cobró como \$15.000, pero yo le regalé unas pulseras y unos blue jeans. A los días después yo fui a venderle las joyas a una vieja rubia en la Población Abate Molina en la calle 8 ½ Sur N° 1658, en Talca, yo había ido antes a venderle cosas a ella, no me acuerdo con quién andaba yo acompañado ese día pero no era el Pelao. El Jimmy vive en la José Miguel Carrera en Talca, pero no sé su dirección.”

DOCUMENTAL:

CERTIFICADO DE FILIACIÓN Y ANTECEDENTES del imputado, en el cual constan tres anotaciones penales anteriores, por el delito de hurto condenado a 300 días de presidio menor en su grado mínimo pena cumplida, por conducción en estado de ebriedad condenado a 61 días de reclusión nocturna y condenado por la falta del

artículo 41 de la Ley 19.366 a una multa de media Unidad Tributaria.

OTRAS EVIDENCIAS

INFORME FOTOGRÁFICO de la Policía de Investigaciones de Chile (LACRIM Regional) N° 302-2002, que corresponde al sitio del suceso y demuestra la existencia del hecho punible materia de la acusación.

INFORME POLICIAL 704 de la Brigada de Investigaciones Criminales de la Policía de Investigaciones de San Javier en el que se imputa la comisión del delito investigado al acusado Cea Peña y a Alejandro Armando Salvador Roa apodado “El Pelao”, a José Manuel Faúndez Garrido apodado “El Cote”, a Víctor Manuel Santander Gutiérrez apodado “el Jimmy” y a Sergio Orlando Muñoz Baldevenito apodado “el Chino”.

INFORME PERICIAL HUELLOGRAFÍA N° 135 del LACRIM Regional en el que se concluye que “En el inmueble ubicado en calle Arturo Prat N° 2407, comuna de San Javier, correspondiente a la Boutique Mily, se reveló un trozo de huella dactilar útil, el que corresponde exactamente al dedo **Meñique Derecho de José Manuel FAUNDEZ GARRIDO RUN N° 15.135.920.5**”.

ACTA DE ENTRADA, REGISTRO E INCAUTACIÓN DE OBJETOS en el domicilio de Lidia del Carmen Rodríguez Gutiérrez, ubicado en calle 8 y ½ Sur N° 1658, de la ciudad de Talca, que da cuenta de la incautación de diversas especies que habrían sido producto del robo materia de la presente investigación.

INFORME POLICIAL N° 1001 en el que se expresa las personas, que a juicio de los funcionarios policiales, habrían cometido el delito.

QUINTO: Que, con el mérito de las declaraciones de don Mauricio Iván Albornoz Díaz, de don Hernán Enrique Sepúlveda Poblete y de doña Emilia Palma Vilches, dependientes y propietaria respectivamente de la Boutique Mili, como de la declaración de los funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile don Orlando Rojo Henríquez y don Víctor Morales Ramírez, como asimismo del Informe Policial N° 704 de la Policía de Investigaciones de Chile y del Informe Fotográfico N° 302-2002 del LACRIM Regional, se encuentra acreditado que en la madrugada del día 26 de septiembre

del año 2002, se produjo un robo con escalamiento en el local comercial denominado Boutique Milly, ubicado en calle Arturo Prat 2407 de San Javier, circunstancias en que fueron sustraídas diversas especies que son especificadas en la acusación del ministerio público, hecho que habría causado un perjuicio a la víctima de aproximadamente de doce millones de pesos.

SEXTO: Que los hechos antes reseñados, a juicio del ente persecutor, constituyen el delito de robo en lugar no habitado, en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 442 N° 1 en relación con el artículo 432 ambos del Código Penal, correspondiéndole al imputado señalado, intervención en dicha acción delictual en calidad de autor.

SÉPTIMO: Que, según prescribe el artículo 412 inciso segundo del Código Procesal Penal, la sentencia condenatoria no podrá emitirse exclusivamente sobre la base de la aceptación de los hechos por parte del imputado y que, en armonía con lo anterior, el artículo 413 letra c) del mismo cuerpo legal dispone que la sentencia dictada en el procedimiento abreviado deberá contener la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos que se den por probados sobre la base de la aceptación que el acusado hubiere manifestado respecto a los antecedentes de la investigación, así como el mérito de éstos, valorados en la forma prevista en el artículo 297.

En consecuencia, de las normas antes referidas se colige que para dictar sentencia condenatoria no basta con el reconocimiento de los antecedentes de la investigación que realiza el acusado, pues este reconocimiento no es más que un requisito procesal para que pueda procederse de acuerdo a las normas del juicio abreviado, según lo exige el artículo 406 del Código Procesal Penal, sino que se requiere que dichos antecedentes resulten suficientes para formar la convicción del tribunal, más allá de toda duda razonable, de que al acusado le ha cabido la participación criminal que se le imputa. Lo anterior, toda vez, que el legislador impone al tribunal la obligación ineludible de ponderar dichos antecedentes a la hora de dictar sentencia.

Que, por el contrario, no sopesar de acuerdo a la ley los antecedentes de la investigación, que en el procedimiento abreviado constituyen la

prueba en que ha de fundarse la sentencia, implicaría relegar la función del juez de garantía a la de un mero buzón de la acusación del Ministerio Público, pues concurriendo los presupuestos formales para proceder de acuerdo a las normas del juicio abreviado, debería siempre dictarse sentencia condenatoria, lo que en caso alguno podría considerarse como ejercicio de la función jurisdiccional.

Por lo demás, de diversas disposiciones del Código Procesal Penal, entre ellas el artículo 340 inciso final, que prescribe que no se podrá condenar a una persona con el solo mérito de propia declaración, se desprende que la pura autoincriminación no resulta suficiente para dictar sentencia condenatoria, pues la confesión debe ir unida a otros antecedentes probatorios con los que resulte concordante.

Que, los antecedentes de la investigación expuestos en el considerando Cuarto precedente, no reúnen la precisión y concordancia suficientes, a juicio de este sentenciador, para conformar elementos inculpativos que permitan tener por demostrada legalmente la intervención delictual imputada al citado acusado en el hecho sindicado.

Lo anterior, toda vez, que el único testigo de cargo que existiría en contra del acusado, esto es Víctor Manuel Santander Gutiérrez, lo sería solamente de oídas y porque su declaración contradice las imputaciones realizadas en la acusación en contra de Franco Cea Peña, pues el referido testigo manifestó que las personas que habrían ingresado al local comercial serían el Chino y el Cote, según le habría contado el propio acusado y el libelo acusatorio señala que habría sido éste quien habría ingresado a consumir el robo.

Además, la declaración del acusado prestada ante la Policía de Investigaciones fue realizada sin la presencia de Defensor alguno y sin que existiera delegación de facultades por parte del Ministerio Público, según lo exige expresamente el artículo 91 inciso segundo del Código Procesal Penal, por lo que malamente puede ser ponderada por este sentenciador, máxime si la misma declaración es contradicha por la que posteriormente prestó el acusado ante la fiscalía. En efecto, en la declaración ante la Policía el acusado manifestó que quienes habrían ingresado al

local comercial afectado habrían sido “El Chino” y el “Cote” y por el contrario en la declaración prestada ante el Ministerio Público expresa que el día de los hechos no andaba acompañado por estos sujetos y que habría ingresado junto a Víctor Manuel Santander Gutiérrez, “El Jimmy”.

Sin embargo, esta segunda versión de los hechos se contradice con lo concluido en el Informe Pericial de Huellografía en el que se expresa que en el sitio del suceso fue encontrada una huella dactilar perteneciente justamente a José Manuel Faúndez Garrido, alias el Cote.

En definitiva, la conducta que se atribuye al imputado en la acusación, esto es, haber ingresado mediante escalamiento al inmueble en que se cometió el robo no ha resultado suficientemente probada, toda vez, que los antecedentes de la investigación resultan contradictorios, no permitiendo adquirir convicción a este respecto.

Por último, tampoco puede tenerse por acreditada otra conducta del acusado que pudiere considerarse como autoría en el hecho materia de la investigación, porque en primer término esa otra conducta no ha sido objeto de la acusación y porque, además, tampoco existen antecedentes suficientes para ello. A este respecto, cabe destacar que de la declaración de don Juan Higuera Umaña, funcionario policial, no puede colegirse que la recuperación de objetos en la incautación realizada en la casa de Lidia Rodríguez Gutiérrez necesariamente haya sido gracias a los datos prestados por el acusado, pues nada se aclara a este respecto; como tampoco puede considerarse que de la declaración de Lidia Rodríguez se desprenda que el acusado haya concurrido a su residencia acompañando a un tal “Velo” a venderle joyas, pues ella hace una descripción física absolutamente vaga de un sujeto de contextura mediana, de 1,80 metros de estatura y pelo corto, sin que el Ministerio Público haya procurado siquiera un reconocimiento fotográfico que permitiera determinar que fue el acusado quien acudió a su domicilio.

Que, tratándose el actual proceso penal de uno de carácter acusatorio, corresponde al Ministerio Público acreditar los fundamentos de su

pretensión punitiva, lo que no ha ocurrido en la especie atendido la pobreza y contradicción de los medios probatorios que emanan de los antecedentes de la investigación.

OCTAVO: Que, en la audiencia de fecha 20 de diciembre del año en curso, el representante del Ministerio Público formula acusación verbal en contra del imputado, en los términos señalados en la motivación segunda precedente, en base a la cual requirió la imposición de una pena ascendente a quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio para el hecho materia de la acusación, accesorias respectivas y el pago de las costas de la causa.

NOVENO: Que, a su vez, en la referida actuación, la Defensa del acusado se conforma con la pena requerida por el Ministerio Público y solicita que se conceda a su defendido, para el evento de que se le condene, el beneficio de la reclusión nocturna, por concurrir en la especie los requisitos de procedencia que contempla la Ley 18.216 y que, además, se le exima del pago de las costas del procedimiento.

Y VISTOS, además, lo dispuesto, en los artículos 1, 14, 15, 21, 25, 30, 50, 67, 68, 72, 74, 432 y 442 del Código Penal; artículos 45, 47, 297 y 406 y siguientes del Código Procesal Penal, **SE DECLARA:**

Que, **SE ABSUELVE**, al imputado **FRANCO ANTONIO CEA PEÑA**, de la acusación deducida en su contra por el Ministerio Público, toda vez, que no ha resultado suficientemente probada la conducta que se le atribuye en el libelo acusatorio.

Que, **SE EXIME AL MINISTERIO PÚBLICO** del pago de las costas del procedimiento, atendido a que ha tenido motivo plausible para litigar.

Regístrese, notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Rit 940-2003

Ruc 0200116461-1

Dictada por don **DOMINGO ALBORNOZ ABACA**, Juez Titular del Juzgado de Garantía de San Javier.

Talca, diecisiete de enero de dos mil cinco.**Visto:**

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de su motivo séptimo, que se elimina. Y se tiene, en su lugar, presente:

1º) Que el ministerio público ha interpuesto recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva de 23 de diciembre de 2004, escrita a fs. 12 de esta carpeta judicial, que en procedimiento abreviado dictó el juez de garantía de Linares, don Domingo Albornoz Abaca, por medio de la cual se absuelve al imputado Franco Antonio Cea Peña de la acusación deducida en su contra, en razón de no haber resultado suficientemente probada la conducta que se le atribuyó en el libelo acusatorio.

2º) Que el recurrente sostiene que el fallo apelado no podía considerar como único medio probatorio directo la declaración del acusado prestada ante el órgano investigador y persecutor, en la que reconoció su participación directa e inmediata en los hechos señalando, además, que posteriormente vendió las especies sustraídas a una mujer rubia en la población Abate Molina de Talca. Hace presente que el ministerio público no se basó sólo en la declaración del acusado, sino que existe un informe pericial, la existencia de las especies sustraídas y otros medios de prueba, los que no precisa. Añade que el acusado reconoció expresamente los hechos de la acusación, sin controversia, lo que fue corroborado por el juez de garantía, entendiéndose que el examen que éste realiza a priori no es meramente formal, sino más bien de fondo, en virtud de lo establecido en el artículo 410 del Código Procesal Penal, por lo que resulta una incongruencia considerar que SS. sólo va a examinar presupuestos formales de procedencia en el procedimiento abreviado, luego considere suficientes los antecedentes, y finalmente absuelva, puesto que a pesar que, podría estimarse que la ley no es clara al respecto, el estándar exigido para el abreviado, "debe" ser analizado por SS., al momento de pronunciarse sobre la procedencia, lo que en ningún caso significa fallar en base a la aceptación de los hechos del acusado, sino en cuanto a los antecedentes efectivos de la investigación

y que se tuvieron en cuenta al momento de aceptar el abreviado(sic).

3º) Que lo que el legislador prohíbe es la condena del imputado basada únicamente en su declaración, en la especie, consistente en la admisión de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que le sirven de fundamento, de lo que obviamente se sigue que sí puede serlo cuando a ese reconocimiento suyo, se une otro elemento probatorio, que es lo que ocurre en el presente caso en que, además de la admisión de los hechos y los antecedentes de la investigación fundantes de la acusación fiscal, y de su declaración prestada ante la fiscalía, en que reconoce que junto al Jimmy, de apellido Santander, el Carlos y el Alejandro, entró por el techo al establecimiento comercial denominado Boutique Milly, ubicado en calle Arturo Prat 2407, en San Javier, escalando la muralla al igual que el tal Carlos, quedándose afuera el Alejandro y el Jimmy, agregando que viajaron en un taxi desde Talca a San Javier, vehículo en el que regresaron; que el taxista les cobró como \$15.000, pero que le regaló unas pulseras y unos blue jeans; y que a los días después le vendió las joyas a una vieja rubia (sic) en la Población Abate Molina, calle 8 Y2 Sur N°1658 de esta ciudad, concurre, también, el testimonio de Víctor Manuel Santander Gutiérrez en cuanto sostiene que a fines de septiembre de 2002 fue invitado por un tal Alejandro, apodado el "Pelao", a ir a "pitearse" una tienda a San Javier, conjuntamente con el "Cote", Franco Cea y el Chino, de Concepción, negándose a ello por encontrarse muy "curao" (sic). Añade que al otro día se encontró con el "Pelao", diciéndole: "Mira por no haber ido nos salvamos, mostrándole una mochila que en su interior tenía relojes, joyas de oro y plata, unos 10 blue jeans y dinero en efectivo. Señala que en ese mismo instante también llegaron el Franco, el "Chino" y el "Cote", quienes le dijeron al "Pelao" "vamos hacer las teclas" (sic), que significa repartir la mercancía. Por último, señala que ese mismo día, en horas de la noche, se puso a conversar con el Franco, preguntándole cómo habían entrado, contestando éste que el "Chino" junto al "Cote" hablan escalado hasta el techo de la tienda, lugar donde el primero de los indicados había desconectado la alarma, y después entre ambos hablan roto el techo,

ingresando al interior de la tienda, de donde sustrajeron las especies señaladas, manifestando que en todo momento se comunicaban con celular para saber qué pasaba afuera.

4º) Que el testimonio de Víctor Manuel Santander Gutiérrez, unido al reconocimiento del imputado Franco Antonio Cea Peña, ponderadas ambas piezas procesales conforme a las máximas de la experiencia y a los principios de la lógica, producen, en concepto de esta Corte, más allá de toda duda razonable, convicción acerca de la participación culpable de este último, en calidad de autor, al tomar parte de una manera inmediata y directa en la ejecución del hecho punible contenido en la acusación fiscal. No se opone a ello la circunstancia que si bien el acusado, en su declaración ante la fiscalía, reconozca que escaló la muralla de establecimiento comercial de que se trata e ingresó a él junto al tal Carlos, en la prestada ante la policía señale que se quedó de "loro", y que el "Coté" y el "Chino" fueron los que, previo escalamiento, ingresaron a la tienda en referencia, atendido que a tal declaración no procede asignarle algún valor probatorio, porque el propio defensor del acusado admitió en estrados que en ella no hubo delegación de la fiscalía, conforme lo exige el artículo 91 del Código Procesal Penal. De otro lado, la experiencia y la lógica enseñan que los testigos, en este caso de oídas, no reproducen los hechos sobre que deponen en términos idénticos a su ocurrencia efectiva máxime cuando a ellos, también, puede haberles cabido algún grado de participación en el respectivo hecho punible.

5º) Que así las cosas, procede revocar el fallo de primer grado y condenar al acusado en la forma contemplada por el legislador para esta clase de procedimientos, pues lo que ha quedado dicho en el motivo que antecede permite reproducir el razonamiento allí utilizado para alcanzar esta decisión condenatoria.

Por estos fundamentos y lo dispuesto en los artículos 414 y 415 del Código Procesal Penal, se revoca la sentencia apelada de veintitrés de diciembre del año próximo pasado, escrita a fs. 12 de esta carpeta judicial, por la cual se absuelve a Franco Antonio Cea Peña de la acusación fiscal de ser autor del delito de robo con fuerza en lugar no habitado, en grado de consumado, de especies y dinero, cometido el 26 de septiembre de 2002 en el establecimiento comercial denominado Boutique Milly, ubicado en calle Arturo Prat N°2407 de San Javier y, en su lugar, se declara que queda condenado a sufrir la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa en calidad de autor de dicho delito.

Atento el certificado de filiación y antecedentes del imputado a que se alude en la sentencia impugnada, esta Corte otorgará al sentenciado la medida alternativa de reclusión nocturna por el término a que se extiende la pena privativa de libertad impuesta, computándose una noche por cada día de privación de libertad, y si hubiere de cumplir efectivamente dicha pena, se le imputará el tiempo que estuvo en prisión preventiva con ocasión de la presente causa, el que será determinado por el juzgado de garantía, en su caso y oportunidad.

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

Regístrese y devuélvanse.

Insértese en el acta respectiva. Léase en la audiencia del día de hoy.

Redacción del Ministro don Eduardo Meins Olivares.

Rol N°2104/2004.

- **Acoge el recurso de apelación interpuesto por la Defensa dejando sin efecto la resolución que había revocado la suspensión condicional del procedimiento basada en la presentación de un requerimiento en juicio simplificado y no en una nueva formalización de la investigación.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de La Serena.

Resumen:

La Fiscalía solicitó al Juez de Garantía que dejara sin efecto la suspensión condicional del procedimiento que beneficiaba al imputado por haber presentado en su contra requerimiento en juicio simplificado. El Juez de Garantía accedió a la solicitud, apelando de esto la Defensa. La Corte acogió el recurso haciendo suyos los argumentos de la Defensa en cuanto que el requisito para dejar sin efecto la suspensión es que se presente una nueva formalización, y siendo el significado de la formalización y del requerimiento distintos, de acuerdo a los artículos 229, 390 y 391 del Código Procesal Penal, no es posible tenerlos por equivalentes. Ello, debido a lo dispuesto por el artículo 5º del Código Procesal Penal, que obliga a interpretar restrictivamente la disposición del artículo 239, del mismo código, por las posibles restricciones de la libertad o de otros derechos que el imputado pudiere llegar a sufrir.

Texto completo:

LA SERENA, dieciocho de enero de dos mil cinco.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

1º Que el artículo 239 del Código Procesal Penal hace procedente la revocación de la suspensión condicional del procedimiento cuando concurre alguna de las siguientes dos circunstancias: a) cuando el imputado favorecido con la referida suspensión incumpliere, sin justificación, grave o reiteradamente las condiciones impuestas, o b) cuando fuere objeto de una nueva formalización de la investigación por hechos distintos.

2º Que en la especie, el tribunal a quo basa su decisión de revocar la suspensión condicional del procedimiento, que había favorecido a José Luis Castillo Salfate, en que el Ministerio Público formuló requerimiento en juicio simplificado en su contra, por el delito previsto y sancionado en el artículo 196 D de la ley N°18.290, consistente en manejar, sin la licencia requerida, un vehículo para cuya conducción se exige una licencia profesional determinada.

3º Que tal como lo sostiene la defensa del imputado, en la especie no se da la circunstancia que hace procedente la revocación de la suspensión del procedimiento, por cuanto el imputado no ha sido objeto de una nueva formalización, como lo exige la norma legal citada al comienzo, sino de un requerimiento en juicio simplificado.

4º Que el diferente significado y aplicación de la formalización y del requerimiento, tal como lo expresan en forma específica los artículos 229, y

390 y 391 del Código Procesal Penal, excluyen la posibilidad de hacer equivalentes ambos actos procesales, agregándose que no cabe suponer en el legislador la inconsecuencia de utilizar ambos conceptos como sinónimos después de haberse preocupado de precisarlos diferenciadamente.

5º Que, finalmente, también se opone a la asimilación que postula la resolución apelada, la norma del inciso segundo del artículo 5º del Código Procesal Penal, que obliga a interpretar restrictivamente la disposición del artículo 239 del mismo cuerpo legal, establecida para el caso de la formalización de una investigación, en cuanto su aplicación por analogía al requerimiento, podría conducir a la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado.

Por estos fundamentos y disposiciones legales citadas, **SE REVOCA** la resolución dictada por el señor Juez de Garantía subrogante de Andacollo en la audiencia de veinte de diciembre de dos mil cuatro, escrita a fojas 12 de estos antecedentes, en cuanto dispuso la revocación de la suspensión condicional del procedimiento decretada con fecha 19 de agosto de 2002 en favor del imputado José Luis Castillo Salfate, declarándose, en su lugar, que se niega lugar a la revocación solicitada por el Fiscal del Ministerio Público, manteniéndose la suspensión condicional en los términos en que fue concedida.

Regístrese y devuélvanse.

Redacción del abogado integrante don Fernando Bustamante Mora.

Rol N°272-2004.-

- **Rechaza el recurso de hecho interpuesto por el Ministerio Público, por estimar que la resolución que declara ilegal una detención no es susceptible del recurso de apelación.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

Resumen:

El Juez de Garantía declaró ilegal la detención del imputado, apelando de ello la Fiscalía. Este recurso no fue concedido por el Tribunal de Garantía, interponiendo el Ministerio Público en su contra un recurso de hecho. La Corte de Apelaciones rechazó el recurso señalando que en virtud de lo establecido en el artículo 370 letra a) del Código Procesal Penal, la resolución que declara ilegal una detención no se encuentra entre aquellas resoluciones susceptibles de ser apeladas.

Texto completo:

Puerto Montt, veintiocho de enero de dos mil cinco.

VISTOS:

A fojas 7, el Fiscal Adjunto de Puerto Montt Marcelo Maldonado González, recurre de hecho en contra de la resolución del Juez de Garantía de Puerto Montt, dictada con fecha 13 de diciembre de 2004 en la cual no concede el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución que declaró ilegal la detención del imputado José Jorge Márquez Copto, por estimar que la resolución recurrida no es susceptible de recurso de apelación, solicitando se enmiende dicha resolución con arreglo a derecho y se declare la procedencia del recurso de apelación en contra de la resolución señalada. Expone que el recurso es plenamente admisible teniendo como fundamento para ello lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Penal, particularmente en su letra a), en orden a que al haberse declarado la ilegalidad de la detención, se hace imposible la prosecución del procedimiento pues de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 276 inciso tercero del Código Procesal Penal, la prueba nacida de esta detención será necesariamente declarada prueba ilícita en la audiencia de preparación del correspondiente juicio oral ya que proviene de una actuación o diligencia que ha sido declarada nula. Agrega que una persecución penal, en que las pruebas más importantes serán excluidas en la audiencia de preparación de juicio oral, resulta imposible e ineficaz, por lo que nos encontramos frente a la hipótesis del artículo 370 letra a) del Código Procesal Penal, que hace procedente el recurso de apelación deducido por la Fiscalía.

Y teniendo presente:

1º Que en el Código Procesal Penal los recursos en general y la apelación, en particular, son de carácter excepcional y en dichos términos el artículo 370 del referido cuerpo de leyes, al señalar cuáles son las resoluciones dictadas por el juez de garantía apelables, establece que lo son aquellas que ponen término al procedimiento hacen imposible su prosecución o lo suspenden por más de treinta días y aquellas indicadas expresamente por la ley.

2º Que, en este orden de ideas, no estamos en presencia de la situación prevista por la letra a) del artículo 370, puesto que la resolución apelada el día 11 de diciembre de 2004 no es de aquellas que ponen término al procedimiento, más aún si éste continuó en la misma fecha ante tribunal competente, formalizándose la investigación y fijándose un plazo de investigación de tres meses.

Y visto lo dispuesto en los artículos 364, 369 y 370 del Código Procesal Penal, se declara que se rechaza el recuso de hecho interpuesto por el Fiscal Adjunto de esta ciudad Marcelo Maldonado González en contra de la resolución de fecha 13 de diciembre de 2004 que no concede el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución pronunciada en audiencia de fecha seis de diciembre de 2004 que declaró la ilegalidad de la detención del imputado José Jorge Márquez Copto.

Regístrese y archívese.

Rol No. 379–2004–RPP.

Pronunciada por los Ministros Titulares Sra. Teresa Mora Torres y Sra. Sylvia Aguayo Vicencio y por el abogado integrante don Pedro Campos Latorre.

CORTE SUPREMA

- **Acoge el recurso de queja interpuesto por el Ministerio Público en contra de los Ministros de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas que confirmaron la resolución del Juez de Garantía que sobreseyó definitivamente una causa en razón de la negativa del Fiscal a modificar la pena solicitada. La Corte Suprema señala que esto último es una facultad privativa del Ministerio Público y no corresponde exigir su modificación pretextando vicios formales.**

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

En audiencia de preparación de juicio oral, ante incidencia de la Defensa de corrección del procedimiento, el Juez de Garantía conminó al fiscal a modificar la pena solicitada. Ante la negativa del fiscal, el Juez decretó el sobreseimiento definitivo de acuerdo al artículo 270 del Código Procesal Penal, resolución que fuera apelada por el Ministerio Público y confirmada por la Corte de Apelaciones. Por su actuar abusivo al inmiscuirse en sus atribuciones privativas, el fiscal interpuso un recurso de queja. La Corte Suprema, haciendo suyos los argumentos del Ministerio Público, acogió el recurso señalando que de acuerdo al artículo 259 del Código Procesal Penal es el Ministerio Público quien determina el delito por el cual formula acusación, así como la pena, determinando de esta manera también el procedimiento a seguir. Siendo así, no le está permitido a un Juez de Garantía, a pretexto de corregir vicios formales, inmiscuirse en la pena solicitada por el fiscal, como tampoco en el tipo de procedimiento solicitado por éste. Agregó, además, que al exigir la modificación de la pena atendido el grado de desarrollo del delito, supuso un juzgamiento a priori que le estaba vedado por corresponder a temas sustantivos propios de los jueces de fondo.

Texto completo:

Santiago, veinticinco de enero de dos mil cinco.

Vistos:

En la causa Rol Único N° 0400035191-7 del Juzgado de Garantía de Punta Arenas, seguida contra el imputado Carlos Vicencio González, se decretó sobreseimiento definitivo de conformidad a lo preceptuado en el artículo 270 del Código Procesal Penal.

Contra esta resolución se alzó el Ministerio Público para ante la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, a través del recurso de apelación, la que fue confirmada mediante resolución de treinta y uno de agosto del año pasado, según consta de la carpeta del Juzgado de Garantía.

El Fiscal Adjunto del Ministerio Público, de la Fiscalía Local de Punta Arenas, Felipe Aguirre Pallavicini, en los citados antecedentes, interpuso

el recurso de queja materia de este fallo, en contra de los Ministros Sres. Virginia Bravo Saavedra, Renato Campos González y Hugo Faúndez López.

Y teniendo en consideración:

1.- Que el recurrente funda su recurso en el hecho que en los referidos antecedentes, se presentó acusación fiscal en contra del imputado por el delito de robo con fuerza en sitio no destinado a la habitación en grado de frustrado, pidiendo el Fiscal se impusiera la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio. Agrega que en la audiencia de preparación del juicio oral se promovió por parte de la Defensoría Penal Pública incidente de corrección de procedimiento sobre la base de un vicio formal que contendría la acusación referida a la cuantía de la pena, buscando obtener la mutación del procedimiento de ordinario a simplificado, oponiéndose la Fiscalía a la corrección del pretendido vicio por tratarse

de un tema de fondo y no de un vicio formal, siendo apercibido por el Juez de Garantía a modificar la pena y al no hacerlo se dictó sobreseimiento definitivo el que fue confirmado por la Corte de Apelaciones ya señalada. Sostiene que la aplicación del artículo 270 del Código ya referido es una equivocación, toda vez que la pena es un aspecto de fondo que no puede ser modificado a través de tal disposición. La acusación según refiere, cumple con todos los requisitos que al efecto dispone la ley pues reúne las exigencias del artículo 259 del Código del ramo y no concurren los supuestos del artículo 270 ya referido. Agrega que es al Fiscal a quien le corresponde requerir la pena que tendrá consecuencias en el orden procesal es el tribunal oral quien en su oportunidad debía conocer de la pena concreta a aplicar. El ejercicio de la acción penal está entregado al fiscal, quien es el que acusa requiere y peticona castigos determinados, solicitudes que no pueden ser revisadas por el juez de garantía pues se transformaría en un verdadero órgano persecutor que impondría anticipadamente el procedimiento y la pena probable a aplicar sin haber entrado a conocer de los hechos y de la prueba. Las faltas o abusos en consecuencia consistirían en desconocer las atribuciones del Ministerio Público, en que el juez de garantía no puede elegir el procedimiento a seguir y los poderes del Ministerio Público no pueden ser menoscabados por los otros órganos ni por la autoridad jurisdiccional.

Pide en consecuencia se acoja el recurso, se deje sin efecto la sentencia, y se retrotraiga la causa al estado de celebrar válidamente la audiencia de preparación del juicio oral.

2.- Que informando los Ministros recurridos, señalan que concuerdan con el juez de garantía de considerar como vicio de forma la defectuosa solicitud del Ministerio Público en cuanto a aplicar quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio porque la acusación era por el delito de robo en grado de frustrado, lo cual tiene directa relación con el procedimiento.

3.- Que los argumentos señalados por el recurrente suponen entrar a determinar cuál es el carácter que el Ministerio Público tiene respecto de las acusaciones que formula y cuáles son los

límites que los jueces de garantía pueden imponer a los Fiscales al formular sus acusaciones.

Es sabido que el nuevo procedimiento penal introdujo una notable cambio en cuanto a separar al órgano investigador y al que dicta el fallo, manteniendo esta última facultad en los tribunales de justicia, y entregando la de la investigación de manera privativa al Ministerio Público quien una vez cerrada aquella, decide el destino de la misma. De ello entonces se derivan una serie de consecuencias que es necesario tener en vista y en lo que dice relación con el motivo del recurso, es el Ministerio Público, quien luego de la investigación y ciñéndose a las exigencias del artículo 259 del Código Procesal Penal, en orden a precisar las menciones que allí se establecen, es quien debe señalar en su acusación el delito por el que se requiere el castigo y la pena que solicita. En este marco regulatorio es quien determina el procedimiento, el cual está íntimamente ligado con la pena. Al juez de garantía le corresponde a su vez velar, entre otros aspectos por los derechos del imputado, referidos básicamente a la forma en que el procedimiento se lleva a cabo, hasta la etapa de la acusación, con las facultades propias que al efecto prescriben los artículos 10 y 266 y siguientes del Código Procesal Penal.

4.- Que entonces, siendo sus atribuciones específicas, no puede en lo que a este punto respecta, a pretexto de concurrir los vicios formales, (es decir, de aquellos referidos al contenido de la acusación), inmiscuirse en la pena que el fiscal entiende corresponde al delito, como tampoco en el procedimiento al cual se va a ceñir el juicio, porque ello necesariamente supone entrar a efectuar una valoración a priori e invadir un campo que le está vedado, pues ello le corresponde al tribunal oral o bien a él mismo, si es requerido por la vía del procedimiento simplificado o el juicio ordinario muta a juicio abreviado, más aun cuando al pedir la pena, el acusador la sustentó en las razones que expresamente expuso en dicho libelo.

5.- Que, de esta manera, el pretender por la vía de la corrección de errores formales, exigirle al Ministerio Público que modifique la pena que requirió a pretexto que ella no se aviene con

la acusación que formuló, referida a la etapa de desarrollo del delito, supone un juzgamiento a priori, que le resulta vedado pues supone inmiscuirse en temas de índole sustantivo, propios de los jueces del fondo, que sobre la base de los antecedentes y pruebas rendidas son los que en su oportunidad deben establecer si el delito se aviene a la acusación y la pena que al efecto corresponde, con la limitación sólo contenida en el juicio abreviado, en orden a que la pena a aplicar no puede ser otra más grave que aquella pedida por el Ministerio Público, vgr. artículo 412 del Código Procesal Penal.

6.— Que a mayor abundamiento, de los demás artículos del Código del ramo se infiere que el control referido a las penas (entregado excepcionalmente al Juez de Garantía) dice relación fundamentalmente con la aplicación del principio de oportunidad y referida a aquellas situaciones en que el querellante persigue una pena mayor que aquella requerida por el Ministerio Público, lo cual importa un procedimiento distinto pero siempre en el marco formal allí establecido (artículo 408 del Código Procesal Penal).

7.— Que al confirmar los jueces recurridos la resolución que sobreseyó definitivamente, al negarse el Fiscal Adjunto que llevó a cabo la investigación y formuló la acusación a modificar la pena pedida para el delito, han incurrido en faltas o abusos graves susceptibles de ser enmendados por esta vía, lo que determina que el recurso interpuesto en lo principal de fojas 36 debe ser acogido.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 545 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, **se acoge** el recurso de queja deducido a lo principal de fojas 36 por Felipe Aguirre Pallavicini, Fiscal Adjunto del Ministerio Público de la Fiscalía Lo-

cal de Punta Arenas y en consecuencia en virtud de las facultades disciplinarias y correccionales de que este tribunal se encuentra investido, y acorde con lo razonado precedentemente y eliminando los fundamentos tercero a octavo de la resolución cuestionada, **se revoca** la sentencia de treinta y uno de agosto de dos mil cuatro, contenida en la carpeta adjunta, a fojas 62 por la cual se confirmó aquella que dispuso el sobreseimiento definitivo y se resuelve en cambio por las consideraciones anotadas precedentemente y eliminando a su vez de la sentencia apelada de fojas 8 de seis de agosto de dos mil cuatro, los fundamentos quinto a séptimo, que el referido sobreseimiento se deja sin efecto, quedando la causa en estado de formularse válidamente acusación por el Ministerio Público.

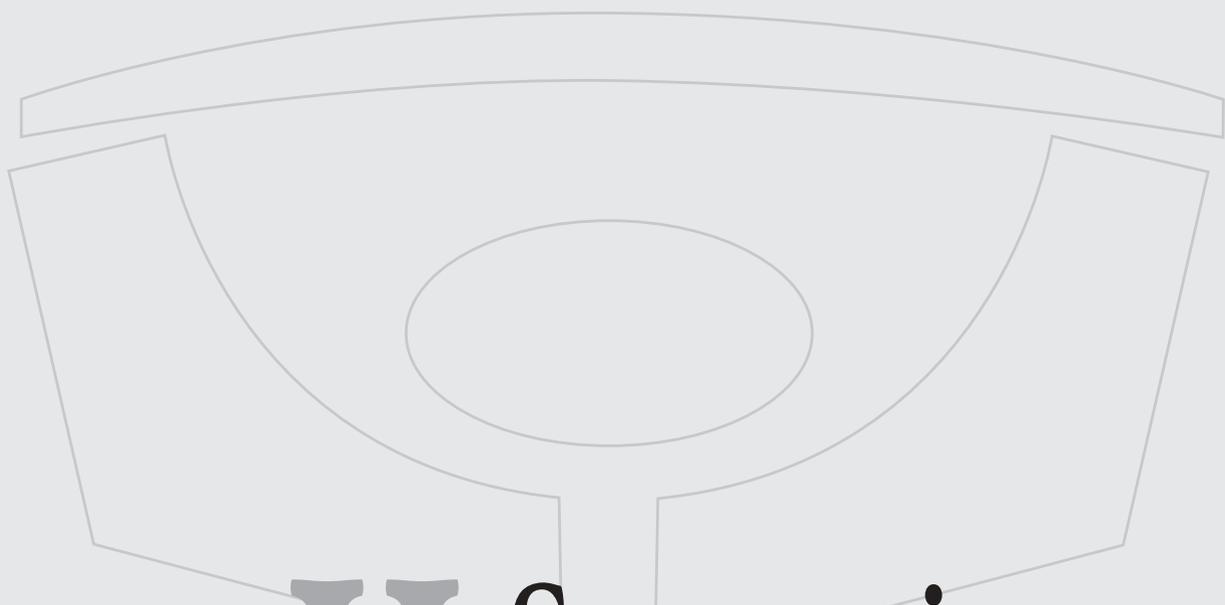
Atendido lo resuelto y de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, pasen los antecedentes al Tribunal Pleno para los efectos allí indicados.

Acordada la decisión de pasar los antecedentes al Tribunal Pleno, con el voto en contra del Ministro Sr. Segura quien estuvo por no hacerlo.

Regístrese, comuníquese y archívese, agréguese copia autorizada de la presente resolución a la carpeta traída a la vista y devuélvase el agregado.

Rol N° 4180-04.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E. y los abogados integrantes Sres. José Fernández R. y Fernando Castro A. No firma el abogado integrante Sr. Fernández, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.



II Sentencias Comentadas

EXTENSIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES QUE CONOCE DEL RECLAMO QUE ESTABLECE EL INCISO 3º DEL ARTÍCULO 19 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

MARIO MATURANA CLARO
Fiscal Regional
Fiscalía Regional de Atacama

La Corte de Apelaciones respectiva tiene competencia para conocer del reclamo de un Fiscal Regional, deducido de conformidad con el artículo 19 del Código Procesal Penal, que se funda en que una autoridad u órgano del Estado retarda o se niega a remitir la información solicitada por un fiscal del Ministerio Público, a pretexto de su carácter de secreto o reservado, ya sea que derive este carácter de la disposición de una ley, de una resolución administrativa o de la simple calificación de la autoridad requerida.

Un fallo reciente de la Sala Penal de la Corte Suprema se pronunció sobre la extensión de la competencia de una Corte de Apelaciones para conocer del reclamo que puede deducir un Fiscal Regional del Ministerio Público, conforme al inciso 3º del artículo 19 del Código Procesal Penal. La cuestión cobra interés puesto que es la primera vez que se produce controversia sobre la extensión de la competencia de la Corte de Apelaciones en la referida materia.

Los hechos se inician con un oficio del Fiscal Adjunto Jefe de Chañaral al Defensor Público Local, con la finalidad que le remita la información recabada por un investigador privado, contratado a honorarios por la Defensoría, respecto de un caso de robo con homicidio. Reiterado que fue dos veces el referido requerimiento, el Defensor Público contestó el oficio negándose a proporcionar la información requerida, fundándose en que ésta tendría el carácter de secreto profesional y que si bien el artículo 19 del Código Procesal Penal dispone la obligación de toda autoridad y órgano del Estado de realizar las diligencias y proporcionar, sin demora, la información que les requirieren el Ministerio Público y los tribunales con competencia penal, esta obligación no alcanza a la Defensoría Penal Pública dada su función contradictoria de la que es propia de los fiscales del Ministerio Público y porque la entidad defensora como tal fue creada después de la dictación del Código Procesal Penal.

Considerando el Fiscal Adjunto que era indispensable la realización de la diligencia, puso la situación en conocimiento del Fiscal Regional, quien, compartiendo dicho criterio, solicitó a la Corte de Apelaciones de Copiapó que, previo informe de la Defensoría Penal Pública, resolviera la controversia, disponiendo que la autoridad requerida proporcione la información que necesita el Ministerio Público.

La Corte, previo informe de la Defensoría y la presentación de dos informes en derecho, mediante los cuales esta última ratificó y profundizó los fundamentos de su negativa a entregar la información que se le solicitó, resolvió que no tenía competencia para resolver la controversia, debido a que la información requerida por el Ministerio Público se enmarca en el inciso 1º del artículo 19, ya citado, esto es, no tiene el carácter de secreta o reservada en virtud de una ley o de un acto administrativo que así la declare, de las cuales trata el inciso 2º de ese artículo, único caso en que son aplicables las normas del reclamo del inciso 3º del citado artículo 19.

Solicitada la reposición de esta resolución por el Fiscal Regional, la Corte ratificó su criterio y rechazó el recurso, agregando que la competencia de las Cortes de Apelaciones en el nuevo sistema procesal penal ha sido reducida drásticamente y que la interpretación de sus normas ha de hacerse de manera restrictiva, con el fin de no trasgredir los límites a la acción de los órganos del Estado, contenido en el artículo 7º de la Constitución Política.

Considerando el Fiscal Regional que esta situación constituía una falta o abuso grave cometido por la Corte mediante una resolución jurisdiccional, toda vez que una interpretación tan restrictiva e incorrecta del artículo 19 del Código Procesal Penal reducía drásticamente la posibilidad del Ministerio Público de recurrir a un tribunal superior en el caso de que una autoridad u órgano del Estado retarde o se niegue a entregar la información que le solicita un fiscal del Ministerio Público, en el contexto de una investigación criminal, dedujo recurso de queja ante la Corte Suprema.

El recurso de queja se sustentó en las siguientes consideraciones:

- a) La controversia entre el Ministerio Público y una autoridad u órgano del Estado se da entre dos entidades que ejercen funciones públicas, las que se resuelven generalmente en nuestro derecho por un tribunal superior o un órgano distinto. Es el caso de la Contraloría General de la República que sanciona la negativa a remitir antecedentes por una de las cámaras del Congreso; de la Corte Suprema, cuando resuelve la controversia entre un fiscal del Ministerio Público y una autoridad u órgano del Estado, tratándose de información que pueda afectar la seguridad nacional; o del Senado, cuando se produce una contienda entre un tribunal superior y la Contraloría General de la República.
- b) Es este mismo espíritu general el que informa el inciso 3º del artículo 19 del Código Procesal Penal, cuando señala: **“Si la autoridad requerida retardare el envío de los antecedentes solicitados o se negare a enviarlos, a pretexto de su carácter secreto o reservado y el fiscal estimare indispensable la realización de la actuación, remitirá los antecedentes al fiscal regional, quien, si compartiere esa apreciación, solicitará a la Corte de Apelaciones respectiva que, previo informe de la autoridad de que se tratare, recabado por la vía que considerare más rápida, resuelva la controversia.”**
- c) Esta norma forma parte de todo un sistema destinado a reglar la información que requieren los fiscales del Ministerio Público, en el contexto de la investigación criminal, sistema que distingue claramente entre la información que se requiere a particulares y la que se requiere a autoridades públicas, religiosas o militares. Todo lo cual se desprende del examen de los artículos 180, 205 y 2098, en relación con los artículos 19 y 182, todos del mismo Código Procesal Penal.
- d) Las mismas normas hallan su corolario en la disposición del artículo 63 N°1 letra e) del Código Orgánico de Tribunales (letra agregada por leyes adecuatorias), que señala que es de competencia de las Cortes de Apelaciones conocer en única instancia de las solicitudes que se formulen, de conformidad con la ley procesal, para declarar si concurren las circunstancias que habilitan a la autoridad requerida para negarse a proporcionar determinada información, siempre que la razón invocada no fuere que la publicidad pudiere afectar la seguridad nacional.
- e) La distinción que hace la Corte de Apelaciones entre la información tratada en el inciso 1º del artículo 19, ya citado, y la que es materia del inciso 2º, es artificial, no tiene fundamento de texto, no corresponde a la historia fidedigna del establecimiento de la norma ni corresponde al espíritu general de la legislación.

En efecto, el inciso 1º y el 2º se refieren a una misma obligación de toda autoridad u órgano del Estado, es decir, entregar la información que les requiera un fiscal del Ministerio Público.

El inciso 2º sólo agrega una modalidad de la entrega, al señalar que en el caso que la información tenga el carácter de secreta en virtud de una ley, el requerimiento se atenderá observando las prescripciones de la ley respectiva, si las hubiere, y, en caso contrario, adoptándose las precauciones que aseguren que la información no será divulgada.

En la historia del establecimiento del artículo 19, ya citado, no hay ningún antecedente que permita distinguir entre el inciso 1º y el 2º del citado artículo 19 en relación con la competencia de la Corte de Apelaciones respectiva. La distinción entre ambos incisos sólo tiene efectos para determinar la modalidad de la entrega.

Declarado admisible el recurso de queja, se solicitó a la Corte recurrida el respectivo informe, el cual evacuó el 31 de agosto del año 2004.

En dicho informe los Ministros recurridos reiteran que no tienen competencia para conocer la solicitud del Fiscal Regional, toda vez que a la materia no es aplicable el artículo 19 del Código Procesal Penal, porque la información requerida por el Ministerio Público no es de aquellas que tiene el carácter de secreta o reservada en virtud de una ley o acto de autoridad pública, dictado conforme al Reglamento sobre el Secreto o Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado.

Sin embargo, en dicho informe los Ministros recurridos agregan dos comentarios en relación con los caminos que debería seguir el Ministerio Público para obtener la información que requiere, dado que ellos no pueden ordenar esa entrega por la razones que especificaron, comentarios que no tienen otra consecuencia que agravar la falta o abuso que se reclama mediante el recurso de queja.

Señalan en primer término, que si bien el inciso tercero del artículo 19 del Código Procesal Penal entrega competencia a las Cortes de Apelaciones para resolver las controversias que se suscitan entre el Ministerio Público y la autoridad requerida de información, cuando ésta la retarda o se negare a entregarla, con el pretexto de su carácter de secreto o reservado, pero si la razón invocada para no enviar los antecedentes fuere que su publicidad pudiere afectar la seguridad nacional, la competencia para la resolución del conflicto está reservada a la Excm. Corte Suprema, la redacción de la norma obliga a relacionarla con los artículos 13 y 14 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de Administración del Estado, concluyendo que los fiscales del Ministerio Público podrían deducir el recurso de amparo que establece el artículo 14 de esa Ley Orgánica Constitucional, establecido para que una autoridad entregue una información determinada y que debe deducirse ante un juez de letras en lo civil de turno.

En segundo término, señalan que la petición del Fiscal Adjunto de Chañaral debió plantearse, de acuerdo a las normas generales, en audiencia celebrada ante el respectivo Juez de Garantía, cuya resolución si bien no sería susceptible de recurso de apelación de conformidad a lo previsto en el artículo 370 del Código Procesal Penal, permitiría fundar un eventual recurso de nulidad en la causal del artículo 373 letra a) del mismo Código, recurso que no sería de competencia de la Corte de Apelaciones, sino de la Corte Suprema.

La Corte Suprema resolvió el recurso de queja el día 19 de octubre de 2004, mediante la siguiente resolución:

“Santiago, diecinueve de octubre de dos mil cuatro.

Vistos y teniendo presente:

Que, aún cuando este Tribunal no comparte en su integridad la manera como los jueces recurridos evitaron el pronunciamiento que les formuló el Ministerio Público en los términos del artículo 19 del Código Procesal Penal, ni tampoco resultan aceptables los argumentos que se aducen en el informe de autos, es lo cierto que la decisión impugnada no se alza como grave para los fines previstos en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, puesto que por la naturaleza de los antecedentes que mantiene la Defensoría Penal Pública, en el derecho a la defensa que le asiste del imputado que patrocina –todo lo cual queda amparado dentro del secreto profesional– resultaba evidente que la pretensión del Fiscal Regional aparece como improcedente e incompatible con la norma del artículo 19 antes citada.

Por estas consideraciones y atendido el mérito de los antecedentes, se concluye que los sentenciadores no han incurrido en las faltas o abusos graves que se les reprocha, susceptibles de ser enmendados por esta vía.

Y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 549 del Código Orgánico de Tribunales, se rechaza el recurso de queja de lo principal de fojas 93, interpuesto por el Fiscal Regional del Ministerio Público de Atacama, don Mario Maturana Claro.

Se previene que el Ministro Sr. Rodríguez Espoz concurre al rechazo del recurso de queja teniendo únicamente presente que no se reúnen las exigencias del artículo 545 inciso primero del Código Orgánico de Tribunales, sin perjuicio de proceder de oficio para dejar sin efecto la resolución recurrida y ordenar a la Corte de Apelaciones para que se pronuncie sobre el fondo de la controversia.

Déjese copia autorizada de la presente resolución en los antecedentes administrativos Rol N° 64-04 de la Corte de Apelaciones de Copiapó.

Regístrese, devuélvase sus agregados y archívese.

Rol N° 3262-04.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E. y los abogados integrantes Sr. Manuel Daniel A. y Sra. Luz María Jordán A.

Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro.”

La resolución transcrita adquiere interés, en primer lugar, porque sale al paso de un criterio jurisdiccional derechamente atentatorio a un adecuado desarrollo de las facultades del Ministerio Público en el nuevo sistema procesal penal, consistente en interpretar el inciso tercero del artículo 19 del Código Procesal Penal en el sentido que la Corte de Apelaciones sólo tiene competencia para conocer el reclamo que establece esa norma cuando los antecedentes o informaciones pedidos por el Ministerio Público a una autoridad u órgano del Estado tienen el carácter de secreto en virtud de una ley y resolución administrativa que así lo declare.

Este criterio es atentatorio al pleno ejercicio de las facultades de que se ha provisto al Ministerio Público para ejercer sus tareas de investigación criminal, en su carácter de órgano del Estado, ya que al restringir la Corte su competencia para resolver las controversias entre los fiscales del Ministerio Público y los órganos y autoridades del Estado, respecto de la información que deben proporcionarle, el Ministerio Público queda obligado a requerir la resolución a tribunales de menor jerarquía, lo que no se condice con su carácter de órgano del Estado, ni con la naturaleza de sus funciones.

El total rechazo de los fundamentos del informe de la Corte de Apelaciones recurrida, como el no compartir en su integridad el modo en que evitó pronunciarse sobre el reclamo del Fiscal Regional, si bien no constituye el fundamento del rechazo de la queja, es una declaración clara de la Corte Suprema, en el sentido que la Corte de Apelaciones tiene competencia para resolver la controversia suscitada por el retardo o la negativa del envío de la información que requiera a una autoridad u órgano del Estado, a pretexto de su carácter de secreta o reservada, sin que le sea dable distinguir entre la información que tiene el carácter de secreta o reservada en virtud de una ley o acto de autoridad administrativa, de la información que no tiene ese carácter. En ambas situaciones, la Corte de Apelaciones tiene competencia y debe resolver la controversia.

Respecto de la misma resolución, hay que hacer notar que la Corte Suprema, para desvalorar la gravedad de la falta y fundar en ello el rechazo de la queja, incursionó en el fondo y declaró que la información que requirió el Fiscal Adjunto de Chañaral quedaba amparada dentro del secreto profesional, no estando esta cuestión dentro de la materia sometida a su conocimiento, toda vez que se reclamaba sólo de la declaración de la Corte de Apelaciones en torno a su falta de competencia para resolver la controversia, pidiéndose que se declarara por el Tribunal Supremo que sí tenía competencia la Corte y debía pronunciarse sobre el fondo.

Por último, no compartimos el criterio de fondo de la Corte Suprema, esto es, que la información solicitada a la Defensoría Penal Pública estaba amparada por el secreto profesional, toda vez que se trataba de información recopilada por un investigador privado, contratado por la Defensoría a honorarios y no de antecedentes proporcionados por los imputados al órgano defensor, única que está protegida por esa clase de secreto. En consecuencia, habrá que argumentar en nuevos casos con la finalidad de revertir la opinión emitida por la Sala Penal de la Excm. Corte Suprema, en una cuestión que, como se dijo, corresponde al fondo del reclamo deducido ante la Corte de Apelaciones.



III Artículos

LA FECHA DE OCURRENCIA DE LOS HECHOS COMO CONDICIONANTE DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA EXTRADICIÓN PASIVA

RAÚL TAVOLARI OLIVEROS
Profesor de Derecho Procesal
Universidad de Chile
Universidad de Valparaíso

Santiago, abril de 2005

Distinguido señor Fiscal Nacional:

Ha tenido Ud., la gentileza de consultar mi opinión en relación a la posibilidad de tener que asumir el Ministerio Público, la representación de intereses de Estados requirentes, que soliciten a nuestro país, la extradición de personas que se encuentren en el territorio nacional, después del 16 de junio próximo –fecha en la que entra a regir la Reforma Procesal Penal, en la Región Metropolitana de Santiago– por hechos acaecidos antes de ese día.

Desde que el Código Procesal Penal confía al Ministerio Público la representación de los intereses de los Estados requirentes en los trámites de extradición pasiva que se presenten en el país, se ha tornado imperioso resolver dos cuestiones habilitantes:

- a) La primera, apunta a determinar la época a partir de la cual el Ministerio Público deberá asumir la representación de los intereses de tales Estados requirentes, y
- b) La segunda, en cambio, persigue establecer la posibilidad de resultar constitucional y legalmente impedido, el Ministerio Público, de asumir dicha representación, en razón de la fecha en que ocurrieron los hechos que motivan la solicitud de extradición.

Para contestar la primera de las interrogantes es tan solo preciso recurrir al texto del Código Procesal Penal, cuyos artículos 443 y 485 se bastan para tal respuesta. En efecto, de conformidad a lo prevenido en la primera de las normas, corresponde al Ministerio Público representar el interés del Estado requirente en el procedimiento de extradición pasiva y con arreglo a la segunda, el Código se aplicará a partir de su entrada en vigencia en la Región Metropolitana de Santiago, a las solicitudes de extradición pasiva, por lo que no cabe duda alguna que no puede ni podrá el referido Ministerio, asumir su rol de representación, en solicitudes que la Corte reciba antes del 16 de junio de 2005, que constituye la fecha de vigencia del cuerpo legal en la Región nombrada, cualesquiera sea la ocasión en que hayan ocurrido los hechos que motivan el pedido de extradición.

La segunda de las preguntas –en principio, de simple absolución– ha generado controversias, principalmente, por una desdichada constancia que practicara la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que ocupándose de la entrada en vigencia del Código en materias de extradición, y tras recordar el principio constitucional, de ser aplicables las disposiciones de la reforma sólo a hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigencia, consignó que en estas materias, “el hecho que acaece en el país, es la presentación de la solicitud por parte del Estado requirente”, afirmación que carece de todo sentido desde una aproximación lógica como de dogmática jurídica.

La interpretación literal de este argumento, que conforma la historia fidedigna del establecimiento de la ley, conduciría a resultados perfectamente contrarios a todo el régimen general de aplicación de la nueva normativa procesal penal, sustentado –como es conocido– sobre el pilar de someter al antiguo Código de Procedimiento Penal, toda la actividad encaminada al juzgamiento de las conductas verifica-

das durante su vigencia, aunque de ellas se tome conocimiento con posterioridad a la época en que haya comenzado a regir el nuevo ordenamiento procesal penal.

En otras palabras, en el país reconocemos la ultraactividad del viejo Código, cuyas normas nos acompañarán en tanto resulte necesario juzgar comportamientos acaecidos antes de haberse sustituido ese cuerpo legal por el nuevo, en la Región de que se trate.

Las dudas que se puedan promover deben aclararse, con una perspectiva generada desde la jerarquía de las normas jurídicas aplicables: así, el marco regulador se conforma a partir de lo dispuesto en la Disposición Trigésima Sexta Transitoria, que consagra la gradualidad de vigencia de la Reforma, del modo que sigue:

“Las normas del capítulo VI–A “Ministerio Público” regirán al momento de entrar en vigencia la ley orgánica constitucional del Ministerio Público. Esta ley podrá establecer fechas diferentes para la entrada en vigor de sus disposiciones como también para determinar su aplicación gradual en las diversas materias y regiones del país.

El capítulo VI–A “Ministerio Público”, la ley orgánica constitucional del Ministerio Público y las leyes que complementando dichas normas, modifiquen el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán exclusivamente a los hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de tales disposiciones.”⁽³⁾

Pues bien, acatando el mandato constitucional, el artículo 4º transitorio de la ley 19.640 – Orgánica Constitucional del Ministerio Público– dispuso que *“las normas que autorizan al Ministerio Público para ejercer la acción penal pública, dirigir la investigación, proteger a las víctimas y a los testigos, entrarán en vigencia con la gradualidad que se indica a continuación...*

Región Metropolitana.....16 de junio de 2005.

Por su parte, el citado artículo 485 del Código Procesal Penal, bajo el epígrafe de “Entrada en vigencia respecto de hechos acaecidos en el extranjero” dispone que el Código se aplicará, desde su entrada en vigencia en la Región Metropolitana de Santiago, *“a las solicitudes de extradición pasiva que recibiere la Corte Suprema...”*, lo que provoca críticas en el sentido que estas solicitudes pueden, eventualmente, referirse a hechos acaecidos en el país y cuyo juzgamiento entienda corresponderle al Estado extranjero que pide la extradición, por una parte, por lo que es limitativo aludir solo a *“hechos acaecidos en el extranjero”* y, por la otra, en cuanto a que la circunstancia de recibirse la solicitud en o por la Corte Suprema, constituye un hecho material completamente desligado de la conducta punible misma a que la extradición se refiere e, incluso, dependiente de instancias burocráticas y administrativas nacionales, a cuya diligencia y buena o mala disposición quedaría, finalmente, librada la posibilidad de determinar el procedimiento aplicable.

En este orden de ideas, suscribo plenamente la interpretación con arreglo a la cual, más allá de la desafortunada constancia parlamentaria referida a la *“presentación de la solicitud de extradición”*, todo el sistema de vigencia de la Reforma Procesal Penal se ha construido sobre la base de la gradualidad de aplicación de sus normas, en función de la fecha en que ocurrieron los hechos, esto es, las conductas que han de ser objeto del juzgamiento penal.

Con todo, me parece que la cuestión referida a las solicitudes de extradición en las que corresponderá al Ministerio Público asumir la representación de los intereses del Estado requirente, debe resolverse de un modo simple y que sea el resultado –no de alambicadas, aunque ingeniosas reflexiones interpretativas– sino por el contrario, de un razonar hermenéutico que descansa en el sentido natural y obvio de las expresiones empleadas por el legislador, acompañado, cuando más, de una

³ Se ha recordado, reiteradamente, que el Senado corrigió y perfeccionó la redacción que traía el Proyecto de Reforma propuesto por el Ejecutivo, reemplazando la frase *“delitos cometidos”* por *“hechos acaecidos”* reflexionando que *“...la certeza de que se trate de un delito se confirmará en la sentencia y no al inicio del procedimiento y (porque) además, es la nomenclatura que utiliza la Disposición Trigésimo sexta transitoria de la Constitución Política...”*.

lectura sistemática de las disposiciones involucradas, amparada en la historia fidedigna de su establecimiento.

Normas de vigencia del Código Procesal Penal

En armonía con lo dispuesto en la citada Disposición constitucional transitoria, el artículo 483 del Código repite una regla fundamental y delimitante: las disposiciones del Código sólo se aplicarán a hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigencia.

Reiterado el principio general, los artículos 484 y 485⁽⁴⁾ que, respectivamente, aluden a hechos acaecidos en el territorio nacional y en el extranjero,⁽⁵⁾ no hacen sino armonizar y desarrollar tal regla general, pero en caso alguno, la controvierten o reemplazan, de modo que no se puede entender que en ellos existe alguna solución diferente a la consagrada en el 483, que es, como sabemos, expresión legal del orden constitucional en igual sentido.

En este línea de razonamiento apunto:

a) La Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (artículo 4° transitorio) y el Código Procesal Penal (artículo 483), por mandato constitucional, establecen que sus respectivas disposiciones e instituciones sólo se aplican respecto de hechos –tomada la expresión en cuanto conductas humanas susceptibles de subsumirse en tipos penales– acaecidos después de entrar en vigencia estos cuerpos normativos;

b) La referencia a “solicitudes que recibiere la Corte Suprema”, empleada en el artículo 485 del Código Procesal Penal, sólo admite la interpretación que concluye en que tales solicitudes también se refieren a hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de la Reforma, so riesgo de conducir a un resultado incompatible y contradictorio con todo el sistema de la nueva estructura procesal penal nacional.

c) Si es el artículo 443 del Código Procesal Penal el que impone al Ministerio Público asumir la representación de los intereses del Estado requirente, y esta norma sólo rige respecto de **hechos ocurridos después de entrar en vigencia tal Código** en la Región Metropolitana, no puede caber duda alguna que dicha representación no se podrá asumir en relación a sucesos –conductas objeto de juzgamiento– **verificados antes de esa vigencia**. Todavía más, en un análisis extensivo y subsidiario, y partiendo de la base que la extradición se solicita al Estado chileno, puesto que la Reforma, incluyendo el Código, comenzó a regir en las Regiones IV y IX, vale decir, en algunos puntos del Estado, el 15 de diciembre de 2000, se puede hasta llegar a afirmar que podría pensarse en que la representación del Ministerio Público cabría asumirla en extradiciones que se refieran a hechos ocurridos después de esa fecha, pero jamás, anteriores a ella.

⁴ Artículo 484. **Entrada en vigencia respecto de hechos acaecidos en el territorio nacional.** Este Código comenzará a regir, para las distintas Regiones del país, al término de los plazos que establece el artículo 4° transitorio de la ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público. En consecuencia, regirá para las regiones de Coquimbo y de la Araucanía, desde el 16 de diciembre de 2000, etc.

Artículo 485. **Entrada en vigencia respecto de hechos acaecidos en el extranjero.** Este Código se aplicará, a partir de su entrada en vigencia, en la Región Metropolitana de Santiago, respecto de aquellos hechos que acaecieren en el extranjero y fueren de competencia de los tribunales nacionales.

Asimismo se aplicará a partir de esa fecha a las solicitudes de extradición pasiva y detención previa a las mismas que recibiere la Corte Suprema. En consecuencia los Ministros de esa Corte a quienes en virtud del artículo 52 N° 3 del Código Orgánico de Tribunales, correspondiere conocer las extradiciones pasivas solicitadas con anterioridad, continuarán aplicando el procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Penal.

⁵ La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado que, en definitiva fijó el texto final del Código, nunca se planteó, siquiera, la posibilidad que una extradición pasiva se fundare en hechos ocurridos en Chile y que debieran ser juzgados por un tribunal extranjero.

La función del Ministerio Público nacional en la tramitación de las solicitudes de extradición pasiva: la historia de la Ley y la expresión de Derecho Positivo:

En los numerosos análisis que he conocido referidos a los hechos acerca de los cuales debe o no debe versar la extradición pasiva, para determinar si cabe o no al Ministerio Público asumir representación, no he encontrado referencia al papel que el Código le asigna a este Ministerio en la tramitación de las extradiciones pasivas, ni las razones que se tuvieron en vista para asignarlo, no obstante que se trata, empero, de puntos que me parecen cruciales.

Ocurre que el mencionado artículo 443 dispone que “...el Ministerio Público representará el interés del Estado requirente en el procedimiento de extradición pasiva...**LO QUE NO OBSTARÁ AL CUMPLIMIENTO** de lo dispuesto en su ley orgánica constitucional.”

La redacción la explica el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado que, exponiendo las razones por las cuales se confirió al Ministerio Público la representación de los intereses del Estado requirente, sostiene:

“...Por otra parte, nos hizo mucha fuerza a los integrantes de la Comisión los antecedentes que nos proporcionó el Ministerio de Relaciones Exteriores, en cuanto a las quejas que ha recibido de diversos Estados requirentes de extradiciones a nuestro país, en orden a que la legislación nacional no contempla el hecho de que sean representados en la tramitación por un órgano público, de manera que, si la importancia o complejidad del caso así lo exige, deban contratar los servicios profesionales de un abogado para que defienda sus intereses, en circunstancias que, cuando es Chile quien les requiere una extradición, existe un organismo público que insta por ella ante las autoridades respectivas. Entendemos que hay un principio de reciprocidad que conviene respetar en este caso.

Consideramos, al respecto, que el órgano en quien debería recaer naturalmente esa misión es el Ministerio Público, porque guarda relación más cercana con las finalidades constitucionales de este nuevo órgano de persecución penal. Haciéndonos cargo de las aprensiones del Fiscal Nacional, consagramos la representación legal del Estado requirente, con dos prevenciones: **una, que ella no obstará al cumplimiento del principio de objetividad que establece su Ley Orgánica Constitucional, en cuando debe investigar con igual celo lo favorable y lo desfavorable**, otra, que cesa de inmediato su intervención si el Estado requirente designa otro representante. Creemos que, de esa forma, se logra equilibrar los compromisos internacionales de Chile, los intereses del Estado requirente de la extradición **y un principio medular que orienta la actuación del Ministerio Público**(⁶)

Como se sabe, el artículo 1º de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público establece que “...el Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado cuya función es dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado...”, de donde resulta que el legislador nacional, que accedió a entregar a este Ministerio la representación de los intereses del Estado requirente, no dejó de consagrar, sin embargo, que el Ministerio Público no puede desatender su mandato constitucional orgánico, velando, entre otros aspectos, por el establecimiento de las circunstancias que determinan la inocencia del requerido.

No sorprende, entonces, que el artículo 448 del Código Procesal Penal, a propósito de la audiencia en el procedimiento de extradición pasiva, sostenga que si el representante del Estado requirente es el Ministerio Público, junto a los antecedentes en que se funda la petición, “*hará saber también los hechos y circunstancias que obraren en beneficio del imputado...*”

Se desprende de esta comprobación, una conclusión relevante: nadie ha dudado que al Ministerio Público le está vedado desempeñar su rol constitucional de ejercicio de acción penal pública,

⁶ Cfr. Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece un nuevo código de Procedimiento Penal. Pág. 36 y 37.

investigación y protección, en relación a hechos acaecidos antes de comenzar a regir la Reforma Procesal Penal en las distintas Regiones del país: lo determina de este modo la norma constitucional que, confiriendo a la Ley Orgánica Constitucional la atribución de determinar las fechas de vigencia, terminaría siendo vulnerada si, establecidas tales fechas por esa Ley Orgánica, se desatendiera por el intérprete su regulación.

Pues bien, si al Ministerio Público le corresponde, en los casos en los que debe asumir la representación de los intereses del Estado requirente, "*hacer saber también los hechos y circunstancias que obraren en beneficio del imputado...*" porque la representación que se le impone no obsta al cumplimiento de lo dispuesto en su Ley Orgánica Constitucional, lo que en palabras diferentes importa sostener que aun cuando asuma la representación del Estado requirente, en ejercicio de su deber de objetividad, debe procurar y dar a conocer los hechos y circunstancias que acreditando la inocencia del imputado, condujeren a rechazo de la solicitud de extradición, tal actividad, ceñida al principio constitucional de objetividad, le está completamente vedada respecto de hechos acaecidos en la Región Metropolitana, antes del 16 de junio de 2005 y en otras regiones, antes de la fecha en que comenzó a regir, conforme a la Ley, la Reforma en cada una de ellas.

Así las cosas, no puede sino concluirse que las extradiciones pasivas en las que competirá al Ministerio Público asumir la representación de los intereses de los Estados requirentes, sólo pueden versar sobre hechos ocurridos después del inicio de la vigencia de la Reforma Procesal Penal en la Región Metropolitana, porque la actividad del Ministerio no se agota en la mera representación, sino que supone también, el cumplimiento de las demás tareas que le confiere su propia Ley Orgánica Constitucional, labores que, empero, no puede realizar sino en función de hechos verificados después de entrar en vigencia la reforma.

Me parece que esta visión global de lo que se espera realice el Ministerio Público cuando asuma la representación de los Estados requirentes, es suficiente para comprobar que los hechos sobre los que versen las extradiciones, sólo podrán haber ocurrido después de regir en la Región Metropolitana de Santiago, la referida Reforma Procesal Penal.

Es cuanto puedo informar a Ud., al tenor de lo solicitado.

Le saludo cordialmente y me reitero a sus gratas órdenes, como S.S.S.



IV Oficios e Instrucciones

OFICIO FN N° 017 /

ANT.: No hay.

MAT.: Orientaciones para la aplicación de la ley 19.970 que creó el Sistema Nacional de Registro de ADN.

SANTIAGO, enero 07 de 2005

DE : SR. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

A : SRS. FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS DEL PAÍS

Como es de conocimiento de todos los fiscales, con fecha 6 de octubre del 2004, se publicó en el Diario Oficial la ley 19.970 que creó el Sistema Nacional de Registros de ADN.

Mediante el presente oficio, esta Fiscalía Nacional procurará orientar a todos los fiscales del país acerca del alcance y contenido de esta ley, a través de una explicación general.

La realización de exámenes de ADN en el contexto de una investigación no constituye una novedad en nuestro sistema, pues viene siendo empleado desde hace un tiempo a la fecha y ha representado uno de los mayores avances en el área.

Los casos en que esta técnica es empleada con mayor frecuencia son aquellos en que se requiere establecer la identidad de un sujeto que ha participado en la comisión de un delito, investigaciones sobre paternidad, identificación de personas desaparecidas.

En el área de investigación netamente criminal los delitos en los que se recurre preferentemente a un examen de ADN son:

- Homicidio simple y calificado
- Parricidio
- Infanticidio
- Lesiones en sus diversas formas
- Aborto
- Violación
- Estupro
- Robo con violencia calificado
- Secuestro
- Sustracción de menores

Los resultados de estos exámenes tienen un valor relativo en la medida que sólo se pueden utilizar en la investigación en la cual fueron solicitados. En este contexto, la Ley N° 19.970, que crea el Sistema Nacional de Registro de ADN, da un paso adelante estableciendo un sistema

de registro que permite que la información obtenida en una investigación penal pueda ser utilizada a futuro mediante su cotejo.

En todo caso, es preciso señalar que este sistema de registro queda circunscrito sólo a investigaciones criminales, excluyéndose de él los procesos para determinar la paternidad.

I. Consideraciones Preliminares

1. Sobre el ADN

El ADN corresponde a una molécula cuya particularidad es contener la información genética de un individuo. Se puede encontrar localizado en el núcleo de la célula o bien en sus mitocondrias de lo que dependerá entre otras cosas su denominación de ADN nuclear o mitocondrial.

Sin embargo, esta no es la única clasificación que de ADN se conoce, pues existe otra muy difundida que depende de sus propiedades: ADN codificante y ADN no codificante.

El primero de ellos se asocia a las expresiones genéticas de una persona como caracteres, capacidad, tendencia a desarrollar ciertas enfermedades, sexo, raza, etc⁷. En cambio, el ADN no codificante no arrojaría, según investigaciones que se han efectuado al respecto, tales informaciones siendo empleado debido a la alta variabilidad que presenta entre un individuo y otro para fines de identificación. Esta clase de ADN se denomina también “silencioso o basura”.

La Ley N° 19.970 permite crear un registro sobre la base de la información proveniente del ADN “no codificante”, vale decir, aquel que no refleja expresiones genéticas de una persona a diferencia de la que se extrae del ADN “codificante”. Más aún, durante la tramitación del proyecto de ley se optó por cambiar la expresión ADN “no codificante” a huella genética para dejar claramente establecido que no se trabajarán otras fuentes que no sean las requeridas para identificar a un individuo.

Como ya se señaló, de acuerdo al lugar donde se encuentra, el ADN también se puede denominar nuclear, según si se aloja en el núcleo de la célula o mitocondrial si se localiza en las mitocondrias.

Estos últimos son organelos dispersos en el citoplasma, que contienen ADN, cuya herencia proviene exclusivamente de la línea materna a diferencia del ADN nuclear donde la información genética es de ambos progenitores. Por otra parte, es conveniente destacar que el ADN mitocondrial es analizado preferentemente en supuestos de identificación de osamentas, pues permite, no obstante la alta degradación de la muestra, encontrar algo de ADN lo que no ocurre con el ADN del núcleo.

Debido a que el ADN mitocondrial sólo contiene información genética materna, en los procesos de identificación de restos óseos el cotejo de la información rescatada debe efectuarse con la de aquellos familiares de la línea de la madre. El material genético proveniente de la línea del padre no presta utilidad para los efectos de hacer el contraste.

⁷“Sólo algunos segmentos de ADN poseen códigos para ser expresados físicamente como proteínas y a eso se le conoce como ADN codificante”. Jorquera González, Hugo: “Identificación humana mediante Análisis de ADN” en Bases de Datos Genéticos de identificación Criminal”, U. de la República, 2002, p. 158.

Para realizar un examen de ADN, de cualquier clase, se precisa contar con muestras biológicas de las cuales se puede obtener la información como son la sangre, saliva, semen, pelos si cuentan con raíz, tejidos cutáneos, huesos etc. Generalmente estos rastros serán encontrados en la escena del crimen, en el cuerpo de la víctima o sus vestimentas, en el imputado o sus ropas.

2. Problemas Generales del Registro de ADN

Ante la posibilidad de crear un sistema de registro de ADN se presenta una serie de problemas frente a los cuales se precisa tomar decisiones. Algunos de ellos son esenciales para aprobar la existencia del sistema.

La ley N° 19.970 no estuvo ajena a ellos y se pronunció de manera expresa tomando alguna posición.

Entre estos cabe señalar:

- a) *Población sobre la cual se va construir registro de ADN:* en el caso nacional se optó por crear distintos registros dependiendo de la calidad de las personas cuya huella genética se va a consignar. Así se contempla registro para imputados, condenados, víctimas, desaparecidos y sus familiares con la particularidades de la regulación de cada grupo. Se descartó por tanto, la implementación de un registro general de la población.
- b) *Investigaciones en las que se hará uso del registro.* Se circunscribió la creación de este sistema nacional de registro sólo al ámbito de investigaciones criminales, descartándose expresamente su uso por ejemplo en la determinación de la paternidad. En el caso de las personas desaparecidas se estimó que la denuncia de su desaparición echaría a andar un proceso penal, por lo que se mantendría en este ámbito.
- c) *Clase de ADN empleado para el examen.* Este es un aspecto altamente sensible en la creación de un registro de este material, pues de acuerdo a lo señalado precedentemente el ADN "codificante" revela caracteres personales de los sujetos como raza, enfermedades y propensión a adquirirlas etc. con lo que se pone en juego la protección de la intimidad/ privacidad de las personas.

En atención al riesgo que involucra manejar estos datos, la ley limitó el manejo de información a aquella que no diera a conocer esas características y solo revelara la identidad del sujeto. De esta manera, la huella genética operaría análogamente a la huella digital, pero con la ventaja de tener resultados más precisos y que a diferencia de aquella no necesita posarse en determinados soportes, algunos de los cuales hacen difícil su levantamiento.

- d) *Destrucción/conservación de la muestra biológica.* Constituye otro punto delicado en el tratamiento del sistema por el eventual mal uso que se pueda hacer de dichas muestras y el acceso que se pueda tener a partir de su conservación al ADN codificante.

Por otra parte, si bien el ADN "no codificante" sobre el cual se construye la huella genética de un individuo no arroja tal información, aún no está dicha la última palabra, por lo que cualquier descubrimiento al respecto tornaría la muestra biológica tan riesgosa como en el caso anterior.

En atención a estas consideraciones el legislador optó por indicar que la muestra biológica debe ser destruida una vez que se haya evacuado el informe de cotejo, salvo que se trate de una muestra declarada técnicamente irrepetible por el Servicio Médico Legal, en cuyo caso se puede ordenar su conservación hasta por treinta años.

- e) *Carácter reservado y acceso restringido.* En atención a las consideraciones señaladas el registro tendrá un carácter reservado y su acceso se regula por la ley.

II. Contenidos Generales de la Ley

1. Crea Sistema Nacional de Registro de ADN

La ley en comento tiene como objeto crear el Sistema Nacional de Registros de ADN, el que estará constituido sobre la base de huellas genéticas. La publicación de la misma se efectuó en el Diario Oficial el día 6 de octubre de 2004, sin embargo su vigencia está diferida, entrando a regir el día en que se publique en el Diario Oficial el reglamento a que alude al Artículo 21 del cuerpo legal.

Este sistema ha sido concebido únicamente para facilitar el esclarecimiento de los hechos que sean objeto de una investigación criminal. Siendo así, no es posible recurrir a la información consignada en ésta para otros fines.

La ley procura garantizar un uso cuidadoso de la información del Registro para lo que se hace cargo de desarrollar en su articulado el principio de reserva.

Por una parte señala que sólo puede ser directamente consultado por los fiscales del Ministerio Público y los Tribunales. La policía puede tener acceso previa autorización del Ministerio Público, y en cuanto a los abogados defensores, sean públicos o privados, requieren ser autorizados por el Tribunal.

Por otra parte, establece la obligación de mantener la reserva de los antecedentes empleados en el proceso de determinación de la huella genética. Le otorga el carácter de datos sensibles a la información contenida en el sistema, especialmente a las muestras biológicas y a las huellas genéticas determinadas.

Por último, desde ningún punto de vista la existencia del Registro puede constituir fuente de discriminación, estigmatización, vulneración de la dignidad, intimidad, privacidad u honra de las personas.

2. Concepto de Huella Genética

El texto legal define lo que por ésta ha de entenderse en los siguientes términos:

“el registro alfanumérico personal elaborado exclusivamente sobre la base de información genética que sea polimórfica en la población, carezca de asociación directa en la expresión de genes y aporte sólo información identificatoria”.

El propósito al introducir el concepto fue zanjar el debate en torno a la clase de información con la que se va a trabajar, limitándola exclusivamente a aquella que tenga por objeto identificar a un individuo y que no revele otros datos de sus expre-

siones biológicas. Para precisar esta finalidad se optó por cambiar el concepto de ADN no codificante empleado originalmente en el proyecto de ley por huella genética⁸.

La expresión “polimórficos en la población” indica que se trata de segmentos que pueden ser muy variados en la población; de ahí por lo demás su utilidad para fines de identificación.

3. Naturaleza de los Datos del Registro

Toda la información guardada en el Registro, especialmente las muestras biológicas y las huellas genéticas serán considerados datos sensibles según la ley N° 19.628.

De acuerdo a esa normativa legal se entiende por tal aquel dato personal que se refiere a las características físicas o morales de una persona o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual (artículo 2 letra g de la citada ley).

No obstante la remisión efectuada a la Ley N° 18.628 sobre dato sensible, priman las reglas de la Ley N° 19.970 por sobre aquel cuerpo legal u otro, por ejemplo, en materia de comunicación y eliminación de datos.

En cuanto a lo que no se oponga a lo previsto en la Ley N° 19.970, serán aplicables las normas contempladas en la ley sobre protección de vida privada.

4. Obtención de la huella genética

La ley dispone que la obtención de la huella genética estará a cargo del Servicio Médico Legal o de instituciones públicas o privadas que se encuentren acreditadas ante este Servicio.

Durante la tramitación del proyecto de ley quedó establecido que también quedaban comprendidos dentro de los organismos sujetos a acreditación tanto Carabineros como Policía de Investigaciones.

5. Administración del Sistema

El organismo a cargo de la administración del Sistema es el Servicio de Registro Civil, el que además deberá llevar su custodia.

El ingreso de la información al sistema será de cargo, por lo general, del Servicio Médico Legal y, habiéndose acreditado para ello, las instituciones públicas o privadas habilitadas para operar en el sistema. En el último caso sólo podrán ingresar información respecto de la huella que hubieren determinado.

⁸ B 2851-07, Informe de la Comisión de Constitución, Justicia y Reglamento del Senado, 19 de agosto de 2002.

III. Los Registros que Conforman el Sistema Nacional.

Cinco son los registros que componen el Sistema Nacional de Registro de ADN cada uno de los cuales funciona de manera independiente del otro, de ahí que se haya optado por la denominación "sistema de registro". Tales son, según establece el artículo 4 de la ley:

- Registro de Imputados,
- Registro de Condenados,
- Registro de Evidencia y antecedentes
- Registro de Víctimas
- y Registro de Desaparecidos y sus Familiares.

- a) Registro de Imputados (artículo 6°): es aquel que contiene las huellas genéticas de quienes hubiesen sido imputados de un delito, las que se determinan sobre la base de muestras biológicas como las señaladas en el apartado preliminar sobre ADN (sangre, pelo, saliva, etc.).

La obtención de estas muestras se rige de conformidad a lo dispuesto en el C.P.P., y en el artículo 17 de la presente ley.

La remisión a las disposiciones del CPP debiera entenderse efectuada al artículo 197 de la ley procesal, que regula los exámenes corporales de los imputados y víctimas. Pero además, a las modificaciones introducidas por esta ley al código Procesal en los artículo 198 y 199 bis nuevo.

- b) Registro de Condenados (artículo 5°): este registro contiene las huellas de las personas que hubieren sido condenadas en un proceso criminal por sentencia ejecutoriada en algunos de los siguientes casos:

1. *Condena por delito señalado en el artículo 17 de la ley*: Cuando se condena por sentencia ejecutoriada a un sujeto cuya huella genética fue determinada durante el proceso judicial, se procede a eliminar su huella del registro de imputados y, en su lugar, se la reingresa en el Registro de Condenados, siempre que se trate de una condena por los siguientes delitos del C.P.:

- Artículo 141 del C.P., secuestro
- Artículo 142, sustracción de menores
- Artículo 150 A, Artículo 150 B, tortura
- Artículo 296 N°1 y 2, amenazas
- Artículo 313 d, fabricación o venta de sustancias medicinales adulteradas o deterioradas
- Artículo 315, envenenamiento de comestible o aguas destinadas al consumo público
- Artículo 316, diseminación de gérmenes patógenos
- Artículo 348, abandono de niños con resultado lesiones graves o muerte
- Artículo 352, abandono de personas desvalidas
- Artículo 395, castración
- Artículo 396, mutilación
- Artículo 397 N°1, lesión grave gravísima

- Artículo 401, lesiones menos graves agravadas
 - Artículo 403 bis, envío de encomienda y carta explosiva
 - Artículo 433, robo con violencia e intimidación calificado
 - Artículo 436 inciso 1°, robo con violencia e intimidación
 - Artículo 440, robo con fuerza en las cosas en lugar habitado
 - Artículo 474, 475 y 476, incendios
 - Artículo 480, estragos

 - Otros delitos del libro II del C.P., previstos en los párrafos 1°, 5°, 6° y 7° del título VII: aborto, violación, estupro y otros delitos sexuales, disposiciones comunes de los párrafos 5° y 6°; y 1° y 2° del Título VIII: del homicidio, del infanticidio.

 - Leyes especiales: elaboración o tráfico ilícito de estupefacientes y delitos terroristas.
2. *Condena a pena de crimen en casos determinados:* Fuera de estos casos, cuando se trata de un condenado a pena de crimen podrá el Tribunal de oficio o petición del fiscal ordenar la práctica de la toma de muestra biológica y la determinación y registro de huellas genéticas, en consideración a los antecedentes personales del condenado, móviles determinantes del delito, naturaleza y modalidades del mismo.
3. *Situación de quienes se encuentren cumpliendo condena a la fecha de entrada en vigencia de esta ley.* El artículo 1° de las disposiciones transitorias distingue según si se trata de condenados que se encuentren internados o no. En el primer caso, corresponderá determinar la huella genética de aquellos que hubiesen sido sentenciados por uno de los delitos indicados en el artículo 17 de este cuerpo legal, al Servicio Médico Legal o alguna institución pública o privada que se encuentren acreditadas. La extracción de las muestras biológicas necesarias para el análisis, se llevará a cabo en el establecimiento donde estuvieren internados.

No estando reclusos, Gendarmería de Chile informará a los condenados por tales delitos, el lugar y oportunidad en que deban proporcionar la muestra biológica, bajo apercibimiento de informar al tribunal en caso de incumplimiento.

Estas huellas genéticas que componen el Registro de Condenados tienen que ser incorporadas en los antecedentes del prontuario penal, teniendo presente que la eliminación de antecedentes de éste en conformidad a la ley y reglamentos no importa la eliminación del la huella genética contenida en este Registro.

- c) Registro de Evidencia y Antecedentes (artículo 7°): En éste se conservan las huellas genéticas obtenidas en el curso de una investigación criminal y que corresponden a una persona no identificada.
- d) Registro de Víctimas (artículo 8°): Contiene las huellas genéticas de víctimas de un delito que se han determinado en el contexto de un procedimiento criminal.

A diferencia de los registros anteriores no se efectuará la incorporación de la huella si la víctima se opusiere a ello de manera expresa. Sólo se procederá a dicha incorporación, por parte del SML o la institución correspondiente, por orden del Ministerio Público, el que previamente le consultará a la víctima, informándole de su derecho a oponerse.

Se establece la obligación de quien tome la muestra biológica de consignar el hecho de corresponder a una víctima del delito. De esta manera, el organismo a cargo de la determinación de la huella queda advertido de su deber de abstenerse de su ingreso en el Registro mientras no recibe instrucción del fiscal para ello.

e) Registro de Desaparecidos y sus Familiares (artículo 9°): Este registro contendrá las huellas genéticas de:

- Cadáveres o restos humanos no identificados
- Material biológico presumiblemente proveniente de personas extraviadas
- Personas que, teniendo familiar desaparecido o extraviado, acepten voluntariamente donar una muestra biológica útil para su identificación.

La clase de Registro determina, además, quién ordena la incorporación de la huella genética. Así en el caso de incorporar huellas de imputados y condenados en su registros homónimos la orden la da el Tribunal. En cambio, para el caso de las huellas de víctimas, evidencias, desaparecidos o sus familiares, su incorporación en los registros del sistema se realiza por disposición del Fiscal.

Con respecto de la huella genética de la víctima, se debe tener presente que el fiscal sólo dará la instrucción de incorporar la información si ésta no se opone a ello, según lo dispuesto en el artículo 8ª de la esta ley.

IV. Procedimiento de Determinación de la Huella Genética

Para proceder a determinar una huella genética se requiere contar con una muestra biológica. Los casos y formas en que se procede a tomar tal muestra se rigen por las disposiciones de la ley procesal (artículo 10º).

En este sentido, el artículo 23 de la ley crea un nuevo artículo 199 bis del Código Procesal, en el que se señala que los exámenes y pruebas biológicas que se empleen en la determinación de huella genética sólo pueden ser efectuados por profesionales del SML o instituciones acreditadas ante éste. Asimismo, se hace cargo de regular la situación de hospitales, clínicas y establecimientos de salud que deban practicar reconocimiento y exámenes en caso de delitos de los artículos 361 a 367 bis y 375 del Código Penal, y que no cuenten con dicha acreditación. En tal evento, tomarán las muestras biológicas y obtendrán las evidencias necesarias remitiéndolas a las instituciones habilitadas.

El texto legal establece, además, las obligaciones de las personas que intervienen en el proceso de determinación de la huella, desde la toma de muestra biológica, la obtención de evidencia y la determinación propiamente tal.

En primer lugar, deben mantener la reserva de los antecedentes tenidos a la vista en el procedimiento asignado. La infracción de esta obligación está regulada en el capítulo V de las responsabilidades y sanciones de la Ley N° 19.970.

Por otra parte, son responsables de mantener la integridad de la cadena de custodia de acuerdo a las exigencias que imponga el reglamento a que se refiere el artículo 21°. Hacemos presente que este es el Reglamento de cuya publicación en el Diario Oficial depende la entrada en vigencia de la ley.

Etapas:

1. Emisión de Informe: Una vez determinada de acuerdo a los procesos técnicos la huella genética, el organismo a cargo de su realización debe emitir un informe consignando el resultado de la pericia. La remisión de éste se hace al fiscal a cargo de la investigación o al tribunal, dependiendo de quién hubiese formulado la solicitud.

1.1– Determinación de la huella genética a cargo de instituciones acreditadas: Para el caso que el procedimiento de determinación lo hubiese efectuado un organismo público o privado, además del informe que remite al fiscal o tribunal, debe enviar una copia del mismo al Servicio Médico Legal junto a los demás antecedentes que disponga el Reglamento.

Asimismo, se tendrá que remitir a dicho Servicio la totalidad del material biológico y el resto de ADN extraído a partir del cual se obtuvo la respectiva huella (artículo 12°).

2. Pericia de Cotejo: El Servicio Médico Legal es el organismo encargado de efectuar el cotejo de la huella genética determinada con las que se encuentran consignadas previamente en los Registros. Esta pericia la efectúa contrastando la nueva huella con las demás huellas contenidas en uno o más Registros del Sistema, *según le hubiese sido específicamente requerido en el procedimiento criminal* (artículo 13°).

3. Remisión de Informe: Una vez que el Servicio Médico Legal haya efectuado la pericia del cotejo, debe enviar un informe consignando los resultados de la misma al Fiscal o Tribunal, según corresponda.

4. Destrucción del material biológico por parte del Servicio Médico Legal: En cuanto este servicio evacue el informe de cotejo, deberá proceder a destruir el material biológico empleado en la determinación de la huella genética. Idéntica destrucción hará en cuanto reciba los antecedentes provenientes de un organismo acreditado que ha determinado una huella genética.

Excepción: Si el Servicio Médico Legal declara la obtención del material biológico como “técnicamente irreplicable”, el Ministerio Público tendrá que ordenar la conservación de una parte de él hasta por treinta años.

El funcionario a cargo dejará constancia escrita de la destrucción o conservación con la indicación de los datos que permitan identificar la muestra. Si se ha optado por conservarla, se señalará la justificación de la medida.

Una lista de las muestras ingresadas, destruidas o conservadas se remitirá por el funcionario a cargo de la destrucción al superior jerárquico con la periodicidad que establece el cuerpo legal.

Si el funcionario responsable no procede a destruir la muestra en los supuestos que debe hacerlo, responderá administrativamente de esa omisión.

V. Procedimiento de Incorporación de la Huella Genética al Sistema de Registro

La orden de ingreso de la huella genética en un Registro, como se señaló anteriormente, es dada por el Fiscal o por el Tribunal dependiendo de la clase de Registro que se trate.

El organismo encargado de ingresar materialmente dicha huella es aquél que haya tenido a su cargo la determinación de ésta, siempre que se encuentre especialmente acreditado con esta finalidad.

Los organismo públicos o privados que contaren con la acreditación específica, remitirán la huella genética al Servicio Médico Legal para que éste efectúe la incorporación en el Registro respectivo.

Sin embargo, tratándose de huellas genéticas de sujetos condenados por sentencia ejecutoriada por uno de los delitos señalados en el artículo 17 de la ley, su incorporación en el Registro de Condenados la efectuará el Servicio de Registro Civil.

VI. Eliminación de Huella Genética de los Registros

1. Momento en que se Procede a la Eliminación de la Huella de los Registros: De acuerdo con la regulación legal al respecto, se procederá a eliminar la huella genética de los Registros de Imputados y de Víctimas una vez que se hubiese *puesto término al procedimiento criminal respectivo*.

Se habrá puesto término al procedimiento en aquellos casos en que se dicte una resolución que produzca el efecto de cosa juzgada como el sobreseimiento definitivo o se adopte un término anticipado o salida alternativa que extinga la acción penal.

Con respecto a la última situación, cabe tener presente que en atención a las penas asignadas a los delitos señalados en el artículo 17 de la presente ley y a la naturaleza de los bienes jurídicos, su ámbito de procedencia es muy limitado.

Por el contrario, entendemos que no se habrá puesto término al procedimiento criminal si el fiscal ha optado por archivar provisionalmente los antecedentes o hace uso de la facultad de no perseverar en la investigación.

En caso de haber habido juicio, la eliminación tiene lugar desde que se encuentra ejecutoriada la resolución fallada. Es importante tener presente que tratándose del Registro de Imputados, existiendo condena por uno de los delitos enumerados en la letra B del III, sobre los Registros que conforman el Sistema Nacional, en realidad lo que opera es la eliminación del Registro de Imputados y su reingreso en el Registro de Condenados.

2. Organismo encargado y plazo: El organismo encargado de efectuar esta eliminación es el Servicio de Registro Civil e Identificación, en un plazo de tres días contados desde la comunicación hecha por el Fiscal sobre el término del procedimiento. Asimismo, tiene a su cargo, en el mismo plazo, el procedimiento de reingreso de la huella desde el Registro de Imputados al de Condenados (artículo 18°).

La comunicación del fiscal a dicho Servicio, a que se refiere la ley, puede ser realizada por cualquier medio que permita dejar constancia de su despacho y recepción.

La solicitud de eliminación puede ser efectuada también al Registro Civil e Identificación por la víctima o el imputado. Para estos efectos, éstos acreditarán el término del procedimiento mediante certificado expedido por el fiscal o el Tribunal respectivo.

2.2. Plazo absoluto: Las huellas genéticas contenidas en los Registros de Imputados, Víctimas y Evidencias y Antecedentes, serán eliminadas en todo caso transcurridos treinta años desde la fecha de su incorporación en éstos (artículo 18°).

3. Obligaciones de los funcionarios: Los funcionarios encargados de la eliminación de las huellas genéticas de sus respectivos registros deben:

- Dejar constancia escrita de la huellas eliminadas y antecedentes reingresados. Esta constancia debe contener los datos que permitan identificar la huella como la comunicación del término del procedimiento si fuese el caso.
- Remitir mensualmente a sus superiores jerárquicos una lista tanto de las huellas que hubiesen eliminado como de las que hubiesen sido reingresadas.

El funcionario que no da cumplimiento a su obligación o lo hace fuera de plazo incurrirá en responsabilidad de carácter administrativo.

VII. Importe del Servicio

La Ley en comentario, se hace cargo de determinar quien sufragará el valor del servicio, sea que consista en la determinación de la huella o en el cotejo de ésta con algunos de los Registros del Sistema. Así el artículo 15° señala que el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública o el defensor deberán reembolsar el valor del servicio, según corresponda, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre las costas del juicio.

Los aranceles que cobrarán las instituciones públicas se fijarán directamente por resolución del director o jefe superior de la respectiva entidad.

Excepción al sistema de reembolso: Las huellas genéticas determinadas en conformidad a lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del Artículo 17 de la ley serán de cargo del Servicio Médico Legal.

En este caso la determinación de la huella genética sólo se solicita a este último servicio.

VIII. Responsabilidades Penales

La Ley N° 19.970, en los artículos 19 y 20 establece responsabilidades de carácter penal con respecto de determinadas conductas en las que pudiese incurrir una persona que en razón de su profesión o cargo toma parte en uno de los procedimientos regulados por este cuerpo legal o un tercero.

Los procedimientos regulados por esta ley son los que tienen por objeto determinar la huella genética y elaborar el respectivo informe, efectuar la pericia de cotejo y evacuar el informe en que se consigna, destrucción y conservación de muestras biológicas, incorporación de la huella en su Registro, eliminación de la huella de éste.

Se debe tener presente que el hecho de omitir la destrucción de material biológico irroga responsabilidades administrativas del funcionario que incurre en dicha omisión. En la misma clase de responsabilidad incurre el funcionario que debiendo eliminar una huella de un Registro determinado no lo hiciera.

Las conductas constitutivas de delito son las de permitir el acceso o acceder dependiendo del sujeto activo, uso indebido, divulgación de información genética y la denominada obstrucción a la justicia.

- a) Acceso, divulgación y uso indebido de información genética (artículo 19º): Se sanciona con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de seis a diez UTM a quienes, interviniendo en algunos de los procedimientos regulados por la ley que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN, en razón de su cargo o profesión, permiten el acceso a los registros o a exámenes a personas no autorizadas, o los divulgan o usaren indebidamente.

Se contempla una pena más grave, presidio menor en su grado medio si el objeto material de la conducta anterior es una muestra biológica o evidencia. En este caso la multa que corresponde aplicar se mantiene de seis a diez UTM.

Para el caso del sujeto que no interviene en los procedimientos en razón de su profesión o cargo, pero tiene acceso a los registros, exámenes o muestras, los divulga o usa indebidamente, la pena es de presidio menor en su grado mínimo a medio o multa de seis a diez UTM.

- b) Obstrucción a la justicia (artículo 20º): Se sanciona con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez UTM al que no teniendo el deber de intervenir en algunos de los procedimientos regulados por la ley, en razón de su profesión o cargo, alterare las muestras biológicas que fueran a ser objeto del examen de ADN, falseare el resultado de dicho examen o la determinación de la huella genética, faltare a la verdad en el informe de examen o de cotejo o adulterare su contenido.

Con la misma pena se sanciona al que indebidamente eliminare o alterare huellas genéticas o sus datos asociados contenidos en el Sistema Nacional de Registros de ADN.

Si el que incurre en estas conductas es quien debe intervenir en algunos de los procedimientos regulados por esta ley, en razón de su cargo o profesión, se le castiga con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de seis a diez UTM.

La misma pena se impone al que teniendo el deber de incorporar una huella genética en el Sistema Nacional de Registros de ADN no cumple con esta obligación.

IX. Modificaciones al Código Procesal Penal

1. La Ley N° 19.970 agrega un nuevo inciso al artículo 198 de la ley procesal.

En virtud de este inciso si los establecimiento allí señalados, hospitales, clínicas y establecimientos de salud semejantes no están acreditados ante el Servicio Médico Legal para determinar huellas genéticas, procederán a tomar las muestras biológicas y obtendrán evidencias necesarias, remitiéndolas a las instituciones correspondientes de acuerdo a lo que determina la Ley N° 19.970 y su Reglamento.

Es del caso recordar que el artículo 198 del Código Procesal regula el procedimiento de reconocimiento, exámenes médicos y pruebas biológicas en delitos sexuales (artículos 361 a 367 bis del Código Penal y 375 del mismo cuerpo legal).

2. Se crea un nuevo artículo, el 199 bis, del siguiente tenor:

“Exámenes y pruebas de ADN. Los exámenes y pruebas biológicas destinadas a la determinación de las huellas genéticas sólo podrán efectuarse por profesionales y técnicos que se desempeñen en el Servicio Médico Legal, o en aquellas instituciones públicas o privadas que se encontraren acreditadas para tal efecto ante dicho Servicio.

Las instituciones acreditadas constarán en una nómina que, en conformidad a lo dispuesto en el Reglamento, publicará el Servicio Médico Legal en el Diario Oficial”.

X. Remisión a Reglamento

Un reglamento del cual dependerá la entrada en vigencia de la ley se hará cargo de determinar los siguientes aspectos:

1. Determinar características del Sistema Nacional de Registro de ADN.
2. Modalidades de su administración.
3. Normas técnicas de toma de muestra, conservación de evidencia y Cadena de custodia.
4. Regulará los requisitos y condiciones que deben cumplir las instituciones Públicas o privadas que deseen acreditar ante el SML su idoneidad para determinar la huellas genética e incorporarlas en el sistema.

Este reglamento se encuentra en actual elaboración en el Ministerio de Justicia y se estima que será dictado en el mes de marzo próximo, por lo que oportunamente se explicarán los alcances de este reglamento y su aplicación en los nuevos procesos penales en que interviene el Ministerio Público.

Ruego distribuir el presente oficio a todos los fiscales y abogados y asimismo remitir las observaciones o dudas que se estimaren pertinentes a la Fiscalía Nacional.

Saluda atentamente a UDS.,

GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

GPR/MEMT/AMH/crz

OFICIO FN. N° 048 /

ANT.: No hay.

MAT.: Principales modificaciones de la Ley N° 20.000, que sustituye la Ley N° 19.366, instructivo general N° 1.

SANTIAGO, enero 26 de 2005

DE : SR. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

**A : SRS. FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS DE TODO EL PAÍS,
DIRECTORES DE UNIDADES ESPECIALIZADAS Y ASESORES
JURÍDICOS.**

Esta Fiscalía Nacional ha tomado conocimiento del término del proceso legislativo previo a la promulgación de la ley que tendrá el N° 20.000 y cuya publicación se efectuará durante el próximo mes de febrero.

En atención a la importancia y complejidad de la nueva ley de drogas que sustituye enteramente la ley 19.366, se ha estimado conveniente dar a conocer algunas orientaciones a los fiscales con anticipación a la entrada en vigencia de la nueva ley.

En este primer instructivo general de la nueva ley, se persigue destacar resumidamente los principales aspectos de la Ley N° 20.000, que sustituyó la Ley N° 19.366.

Para el cumplimiento del objetivo antes indicado se han sistematizado las materias de la siguiente forma:

I.– Modificaciones en tipos penales: nuevos tipos penales y variaciones respecto de tipos penales establecidos en la ley 19.366;

II.– Modificaciones sobre aspectos de investigación y procesales relativos a los delitos que ella establece; y

III.– Establecimiento de un sistema de control administrativo de precursores y sustancias comprendidas en la regulación de la propia Ley.

I.– Modificaciones en tipos penales: nuevos tipos penales y variaciones respecto de tipos penales establecidos en la ley 19.366.

I.I Artículo 1º.

Se establece el **delito de elaboración de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas**, distinguiendo entre aquéllas que producen graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud (las llamadas comúnmente “drogas duras”), de las que no producen dichos efectos (llamadas “drogas blandas”).

La distinción de acuerdo al tipo de drogas se efectúa para efectos del marco penal aplicable a la figura en cuestión, es así como tratándose de la elaboración de drogas duras el marco penal del delito es presidio mayor en su grado mínimo a medio, y de tratarse de la elaboración de drogas blandas, el marco penal del delito puede ser rebajado facultativamente sólo en un grado penal, a diferencia de la Ley N° 19.366 en la que se autorizaba una rebaja de hasta dos grados.

El marco penal anterior es también aplicable al delito de tráfico ilícito de estupefacientes contenido en el artículo 3º de la Ley N° 20.000.

I.II Artículo 2º.

Se establece en esta norma el **delito de producción o tráfico de precursores y sustancias químicas esenciales**, al que se le han introducido modificaciones profundas, respecto del mismo delito contemplado en la Ley 19.366.

La nueva estructura es hipercompleja, incorporando dos elementos subjetivos al tipo: ⁹

- a) El sujeto activo del delito debe actuar con el objetivo de destinar los precursores y sustancias químicas esenciales a la preparación de drogas; y
- b) La elaboración o tráfico debe ejecutarse para perpetrar, dentro o fuera del país, algunos de los hechos considerados como delitos en la nueva ley.

El nuevo tipo ya no requiere que el sujeto activo actúe sólo con dolo directo –como era en la Ley N° 19.366–, sino que el legislador ha rebajado las exigencias cognoscitivas del delito, admitiéndose cualquier clase de dolo e incluso un tipo culposo: Se sanciona el desconocimiento negligentemente inexcusable por parte del que los trafica, de la utilización ilícita de dichos precursores y sustancias químicas esenciales.

I.III Artículo 3º.

El artículo 3º de la nueva Ley de Drogas contiene el **delito de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas**, cuya redacción sólo se diferencia de la contenida en la Ley 19.366 en que, se ha eliminado la referencia a la exclusión del tráfico si se justifica que la droga estaba destinada a tratamiento médico o al uso personal exclusivo y próximo en el tiempo del sujeto activo.

⁹ En atención a estos elementos subjetivos del tipo, el delito de tráfico de precursores es un doble delito imperfecto en dos actos.

I.IV Artículo 4º.

Se establece la figura penal conocida en la discusión parlamentaria como **“microtráfico”**.

El artículo 4º de la nueva Ley de Drogas contiene el delito de tráfico ilícito de *pequeñas cantidades* de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, criterio cuantitativo que lo diferencia típicamente del tráfico del artículo 3º.

El desarrollo de los aspectos más relevantes de este nuevo delito de microtráfico se analizará separadamente en un Oficio especial de este Fiscal Nacional.

I.V Artículo 5º.

Sanciona el **delito de suministro de hidrocarburos aromáticos a menores de dieciocho años**.

Dos son las modificaciones que se le han introducido a este tipo penal:

a) Se han disminuido las exigencias cognoscitivas del dolo, ya que se ha eliminado la necesidad de que el sujeto activo haya actuado sabiendo o debiendo saber que los hidrocarburos que suministra están destinados a ser consumidos por dichos menores; y

b) Es típico el suministro de hidrocarburos aromáticos, independiente de la cantidad que efectivamente se proporcione. En la Ley 19.366, en cambio, se exigía que los hidrocarburos suministrados lo fueran en una proporción suficiente para producir efectos tóxicos o sicotrópicos.

I.VI Artículo 6º.

Este artículo describe y sanciona el **delito de prescripción médica abusiva de sustancias estupefacientes o sicotrópicas**.

Sólo se han introducido a esta norma modificaciones formales respecto del sujeto activo del delito de prescripción médica abusiva, para sintonizarla con las denominaciones del Código Sanitario:

- Se ha precisado que se trata del médico cirujano (art. 113 Cód. Sanit.);
- Se ha reemplazado la expresión “dentista” por “odontólogo” (quienes están habilitados por el art. 115 Cód. Sanit. para prescribir tratamiento medicamentoso); y
- Se ha suprimido a la matrona (quien sólo puede prescribir aquellos medicamentos que el reglamento clasifique como necesarios para la atención de partos normales, art. 117 Cód. Sanit.). La conducta de la matrona o matrón que, de hecho, prescribe medicamentos consistentes en sustancias ilícitas de la Ley de Drogas, es ahora típica de tráfico del artículo 3º ó 4º, por facilitación o suministro de las sustancias.

I.VII Artículo 7º.

Regula el delito que consiste en el **suministro fuera de la autorización legal de sustancias estupefacientes o sicotrópicas**.

Las modificaciones que se han introducido a este delito respecto de su antecesor de la Ley Nº 19.366 son las siguientes:

a) Se ha aumentado su marco penal, asimilándolo al del delito de tráfico (presidio mayor en su grado mínimo a medio); y

b) Se establece un caso de aplicación de la pena accesoria de clausura del establecimiento en el que se ejecuta el suministro fuera de los supuestos de autorizaciones, aun cuando el autor del hecho sea empleado o dependiente de cualquier modo en dicho establecimiento.

I.VIII Artículo 8º.

Establece el **delito de siembra, plantación, cultivo y cosecha de especies vegetales del género *cannabis***, cuya redacción se mantiene en términos similares respecto de su antecedente en la Ley 19.366.

Las normas sobre las autorizaciones administrativas para ejecutar dichas acciones en forma lícita que contenía la Ley 19.366, se han mantenido también en similares términos en la nueva Ley de Drogas, pero en un artículo distinto, a saber el nuevo artículo 9º.

I.IX Artículo 10.

El inciso primero del artículo 10 contiene el delito doloso de **desvío al tráfico ilícito de especies vegetales** originalmente producidas en forma lícita, que no presenta modificaciones respecto de su antecedente en la Ley Nº 19.366.

A su vez, el inciso segundo, contiene la figura de **abandono culposo en lugares de fácil acceso al público de plantas del género *cannabis***, de sus rastrojos, florecencias, semillas u otras partes activas, o no cumpliera con las obligaciones establecidas en el reglamento sobre cierre y destrucción de tales especies.

I.X Artículo 11.

Sanciona la conducta del que **facilita bienes para la elaboración de drogas, la producción o el tráfico de precursores, el tráfico de drogas o el cultivo de especies vegetales del género *cannabis***.

Se ha aumentado la pena de este delito –recurriendo a la técnica de la ley penal en blanco impropia–, ya que la pena de este delito es la pena que la ley le ha asignado al delito que se comete. En la Ley Nº 19.366, en cambio, la pena era presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de cuarenta a doscientas unidades tributarias mensuales, en cualquier hipótesis.

I.XI Artículo 12.

Esta norma contiene el delito que consiste en **tolerar o permitir en ciertos espacios abiertos al público, el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas.**

El marco penal está compuesto por una pena principal y otra alternativa, que se aplica sólo si por la conducta el sujeto pueda responder como partícipe en otro delito y si por esta participación le corresponde una pena mayor, debe ésta imponerse con preferencia a la del artículo 12.

I.XII Artículo 13.

El artículo 13 sanciona la **omisión de denuncia por el funcionario público**: Se sanciona en específico al funcionario público que habiendo tomado conocimiento de la comisión de alguno de los delitos de la Ley de Drogas, en función de su cargo, omite hacer la respectiva denuncia.

Se rebajan los elementos objetivos del tipo en relación a su antecesor en la Ley 19.366, ya que, para que la conducta sea típica de este delito, se elimina la exigencia de la pretensión de un beneficio de cualquier naturaleza por el funcionario omitente.

Por otro lado, se elimina el tipo penal consistente en el ocultamiento, alteración o destrucción por un funcionario público de cualquier tipo de prueba de un delito de tráfico del que haya tomado conocimiento en razón de su cargo, cuestión que queda entregada a la regulación general del artículo 269 bis del Código penal.

I.XIII Artículos 14 y 15: **Delito de consumo de drogas por sujetos activos calificados.**

El artículo 14 de la nueva Ley de Drogas establece delitos especiales (es decir, con sujeto activo calificado).

El inciso primero del artículo 14 de la nueva Ley de Drogas sanciona el consumo, la guarda y el porte consigo (aun cuando estén destinados a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo), por parte del personal que señala, de sustancias estupefacientes o sicotrópicas o de hidrocarburos aromáticos.

Los sujetos activos son el personal militar afecto al Código de Justicia Militar¹⁰, el de la Policía de Investigaciones, el de Gendarmería de Chile y el de aeronáutica regido por el Código Aeronáutico¹¹.

El inciso segundo contiene una circunstancia agravante especial de la pena del delito anterior, para el supuesto que el consumo se haga en las circunstancias y lugares a que se refiere el artículo 5º número 3º del Código de Justicia Militar¹².

Los *conscriptos* son el sujeto activo calificado de delito establecido en el inciso tercero del artículo 14, que sanciona el consumo por dichas personas de sustancias estupefacientes o de

¹⁰ Quedan comprendidos dentro del tipo penal del inciso primero del artículo 14, el siguiente personal militar, en relación al artículo 6º del Código de Justicia Militar: a) Los militares que se encuentren comprendidos en las leyes de planta o dotación del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Carabineros; b) Los alumnos que efectúan los dos últimos años de estudios en las Escuelas Matrices para Oficiales de las Fuerzas Armadas, y los aspirantes a Oficiales que integran los cursos de la Escuela de Carabineros; c) Los Oficiales de Reclutamiento; d) Los miembros de las Fuerzas Armadas desde que sean llamados al servicio; e) Las personas que las sigan en campaña en el estado de guerra; y f) los prisioneros de guerra. Se exceptúa expresamente a los conscriptos.

¹¹ Regido por el artículo 57 de dicho cuerpo legal, es decir, "aquel que desempeña a bordo de las aeronaves o en tierra las funciones técnicas propias de la aeronáutica, tales como la conducción, dirección, operación y cuidado de las aeronaves; su despacho, estiba, inspección y reparación; el control del tránsito aéreo y la operación de las estaciones aeronáuticas".

¹² Es decir, durante el estado de guerra, estando en campaña, en acto del servicio militar o con ocasión de él, en los cuarteles, campamentos, vivaques, fortalezas, obras militares, almacenes, oficinas, dependencias, fundiciones, maestranzas, fábricas, parques, academias, escuelas, embarcaciones, arsenales, faros y demás recintos militares o policiales o establecimientos o dependencias de las Instituciones Armadas.

hidrocarburos aromáticos cuando se efectúe en las situaciones y lugares a que se refiere el artículo 5º número 3º del Código de Justicia Militar¹³.

Por su parte, el artículo 15 de la nueva Ley de Drogas sanciona, en las circunstancias que señala, el porte para su consumo personal y el consumo de sustancias estupefacientes e hidrocarburos aromáticos por parte de los oficiales y el personal de Gente de Mar¹⁴, quedando comprendidos en esta norma sólo personas civiles no funcionarios públicos.

I.XIV Faltas (artículos 50 y 51).

La Ley Nº 20.000 ha distinguido entre la *falta común* y la *falta especial*.

La conducta punible en virtud de la denominada **falta común** consiste en el consumo, tenencia o porte de sustancias estupefacientes o sicotrópicas reguladas por la Ley en lugares públicos o abiertos al público, tales como calles, caminos, plazas, teatros, cines, hoteles, cafés, restaurantes, bares, estadios, centros de baile o de música; o en establecimientos educacionales o de capacitación y el consumo de las drogas indicadas en lugares o recintos privados, previo concierto para ello con otro(s) sujeto(s) (artículo 50).

Se establecen tres penas alternativas para la falta común:

- a) Multa de una a diez unidades tributarias mensuales;
- b) Asistencia obligatoria a programas de prevención o tratamiento o rehabilitación; o
- c) Participación en actividades determinadas a beneficio de la comunidad, con acuerdo del infractor y a propuesta del departamento social de la municipalidad respectiva.
- d) Pena accesoria: suspensión de licencia de conducir.

A su vez, la conducta punible en la **falta especial** consiste en realizar alguna de las conductas determinadas a propósito de la falta común, pero en un lugar de detención, recinto militar o policial por personas ajenas a él o en un establecimiento educacional o de salud por quienes se desempeñen como docentes o trabajadores.

En este caso, la sanción pecuniaria debe aplicarse en su máximo.

¹³ Ver *supra*, nota al pie número 5.

¹⁴ De acuerdo a lo dispuesto en la ley de Navegación (DL 2.222) "el personal embarcado o "gente de mar" se divide en las siguientes categorías, según la clase de nave en que presta servicios:

1. De naves mercantes: a) Capitán; b) Oficiales; y c) Tripulantes.
2. De naves especiales y menores: a) Patrones; b) Oficiales de naves especiales; c) Tripulantes de naves especiales; y d) Pescadores artesanales" (art. 48 Decreto ley Nº 2.222)

Para desempeñarse como oficial de naves nacionales, será necesario poseer título de tal (de los fijados en el reglamento) y licencia de embarco, otorgados por el Director de DIRECTEMAR, ser chileno y estar inscrito en el registro de oficiales de naves. Entonces, la expresión "Oficiales" no se refiere a los oficiales de la Armada, sino que a los que están debajo del capitán en el mando jerárquico y que son civiles, sujetos en el desempeño de sus funciones a la Ley de Navegación.

II.– Aspectos sobre la investigación que dirige el Ministerio Público y procesales modificados por la nueva Ley de Drogas.

En lo que se refiere a los aspectos sobre la investigación de los delitos de la Ley N° 20.000 y sus aspectos procesales, las modificaciones se centran en:

- a) Técnicas de investigación;
- b) Medidas de protección;
- c) Facultades de investigación y colaboración internacional.

a) Técnicas de investigación.

La nueva ley regula en general en iguales términos que la Ley 19.366 la entrega vigilada, el agente encubierto y el informante, y las restricciones de comunicaciones y la utilización de otros medios técnicos de investigación, pero innova al incorporar las figuras del agente revelador y regular expresamente las entregas controladas.

En todo caso estas materias en extenso son objeto de un Oficio en particular.

a.1 Agente revelador.

La Ley N° 20.000 permite que los agentes policiales que se desempeñen como agentes reveladores simulen ser compradores o adquirentes, para sí o para terceros, de sustancias estupeficientes o psicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga (artículo 25 inciso cuarto de la Ley N° 20.000).

a.2 Entregas controladas.

Una entrega se denomina *vigilada* cuando el traslado o circulación de las sustancias y objetos a que se refiere el artículo 25 de la Ley N° 20.000 se hace bajo la vigilancia y la potestad de la autoridad, pero sin interrupción ni alteración de la esfera de resguardo por parte del sujeto activo del ilícito investigado.

Cuando las sustancias u objetos que se ha decidido hacer circular son interceptados, con interrupción o alteración de la esfera de resguardo por parte del sujeto activo del delito, la entrega se denomina *controlada* y si las sustancias ilícitas se sustituyen total o parcialmente por una sustancia inocua, estamos ante una *entrega controlada sustitutiva* o *entrega sustitutiva*.

La nueva ley de tráfico innova en relación a la ley 19.366, al regular expresamente la entrega controlada y además establece la posibilidad de que las sustancias ilícitas se sustituyan por otras inocuas (entregas controladas sustitutivas).

Se establece expresamente que no obsta a la consumación de los delitos que se pesquisan con ocasión de una entrega vigilada o controladas el haber sustituido la droga o que hayan participado funcionarios, agentes encubiertos, agentes reveladores o informantes, y la intervención de los últimos no será considerada inducción o instigación al delito. (inciso final del artículo 23 de la Ley N° 20.000)

Es importante también destacar que la Ley N° 20.000 dispone expresamente que en todo caso, los funcionarios dependientes del Servicio Nacional de Aduanas deberán siempre observar las

instrucciones de investigación que dispongan los Fiscales del Ministerio Público, aunque las sustancias ilícitas, los instrumentos y efectos del delito se encuentren sujetas a la potestad aduanera, definida en el artículo 2.1 de la Ordenanza Aduanera¹⁵.

a.3 Restricciones de comunicaciones y la utilización de otros medios técnicos de investigación

Se flexibilizan los requisitos respecto de la resolución judicial que autorice una interceptación telefónica, y sólo se requiere señalar las circunstancias que individualizaren o determinaren la persona afectada por la medida, no siendo necesaria la indicación de su nombre y domicilio, como lo dispone la regla general del artículo 222 del Código Procesal Penal.

Si las diligencias ordenadas no dieran resultados investigativos, la Ley N° 20.000, se permite al fiscal archivar provisionalmente la investigación hasta que aparezcan mejores y nuevos antecedentes.

b) Medidas de protección.

Conciente de la realidad que plantean las investigaciones por delitos de la Ley N° 20.000, el legislador pone a disposición de los fiscales del Ministerio Público un conjunto de herramientas que le permiten asegurar:

- 1) La vida o integridad física de los testigos, peritos, agentes encubiertos, reveladores, informantes y cooperadores eficaces (artículos 30 a 37 de la Ley N° 20.000); y
- 2) El mejor resultado de la investigación (artículos 38, 39, 41, 42 y 43 de la Ley N° 20.000).

b.1 Protección de la vida o integridad física de los testigos, peritos, agentes encubiertos, reveladores, informantes y cooperadores eficaces (artículos 30 a 37 de la Ley N° 20.000).

Las herramientas que la Ley establece para la protección de la vida o integridad física de los testigos, peritos, agentes encubiertos, reveladores, informantes y cooperadores eficaces están establecidas en los artículos 30 a 37 de la Ley, y son:

- i) Reserva de la identidad de dichas personas;
- ii) La recepción anticipada de sus declaraciones como testigos o peritos; y

¹⁵ Ordenanza General de Aduanas (Decreto con Fuerza de Ley N° 2, Ministerio de Hacienda, de 21.07.1998): "Artículo 2. Para la aplicación de esta Ordenanza y de la normativa aduanera en general se entenderá por:

1. Potestad Aduanera: el conjunto de atribuciones que tiene el Servicio para controlar el ingreso y salida de mercancías hacia y desde el territorio nacional y para dar cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias que regulan las actuaciones aduaneras. Quedan también sujetas a dicha potestad las personas que pasen por las fronteras, puertos y aeropuertos, y la importación y exportación de los servicios respecto de los cuales la ley disponga intervención de la Aduana.

Asimismo, esta potestad se ejerce respecto de las mercancías y personas que ingresen o salgan de zonas de tratamiento aduanero especial."

iii) El secreto de determinadas actuaciones, registros o documentos respecto de uno o más intervinientes.

b.2 Protección del mejor resultado de la investigación (artículos 38, 39, 41, 42 y 43 de la Ley N° 20.000).

Las herramientas que entrega la Ley para proteger el mejor resultado de la investigación son:

i) El secreto que el fiscal puede disponer respecto de toda la investigación por un plazo máximo de 120 días, renovables sucesivamente por períodos de 60 días con autorización del Juez de Garantía;

ii) El aumento del plazo de detención en hasta cinco días, contados desde la audiencia de control de la detención; y

iii) La custodia de muestras y contramuestras de las sustancias decomisadas que deben efectuar los Servicios de Salud para sus análisis y pericias químicas, y la entrega que a ellos deben hacer los funcionarios policiales que participaron del procedimiento de incautación.

c) Facultades de investigación y colaboración internacional.

c.1 Realización de actuaciones e investigaciones en el extranjero.

Los fiscales del Ministerio Público no sólo pueden ejercer sus facultades de investigación dentro del territorio nacional, sino que la Ley N° 20.000 los autoriza expresamente a efectuar indagaciones y actuaciones en el extranjero (artículo 26).

La ejecución de estas indagaciones y actuaciones en el territorio de otro Estado estará condicionada por su legislación interna, por la existencia de tratados internacionales de colaboración en materia de investigación y persecución de delitos y por las relaciones diplomáticas que Chile mantenga con ese Estado.

c.2 Medidas cautelares.

Asimismo, la Ley N° 20.000 autoriza a que el respectivo Juez de Garantía decrete las medidas cautelares que señala el artículo 27, antes de la formalización y sin la previa comunicación al afectado, haciendo excepción a las reglas generales contenidas en el Código Procesal Penal.

Las medidas cautelares cuya disposición se autoriza en estos términos excepcionales, y en los supuestos que la ley establece, son:

i) Impedir la salida del país de determinadas personas; y

ii) Cualquier medida cautelar real.

La dictación de las medidas cautelares reales es procedente no sólo para asegurar la responsabilidad civil del imputado en caso de ser condenado, sino que la nueva Ley de Drogas también admite que éstas sean decretadas para evitar la conversión del provecho ilícito en actividades que oculten o disimulen su origen delictual.

c.3 Medidas investigativas de carácter intrusivo.

Por otro lado, la Ley N° 20.000 permite que el Ministerio Público, previa autorización del Juez de Garantía de conformidad al artículo 236 del Código Procesal Penal, sin previa comunicación al afectado y a solicitud del Ministerio Público, recoger e incautar la documentación y antecedentes necesarios para la investigación, aplicándose los artículos 216 y 221 del Código Procesal Penal (artículo 27).

La Ley permite al Juez de Garantía autorizar la utilización de las medidas de retención e incautación de correspondencia, obtención de copias de comunicaciones o transmisiones, interceptación de comunicaciones telefónicas y uso de otros medios técnicos de investigación, cuando se trate de investigaciones por los delitos de la Ley N° 20.000, sin que sea necesario que dicho delito tenga asignada una pena de crimen (artículo 24 Ley N° 20.000).

III. Sistema de control administrativo de precursores y sustancias comprendidas en la regulación de la propia Ley.

La Ley N° 20.000 ha establecido un sistema de control administrativo de los precursores y sustancias químicas esenciales para obtener las sustancias estupefacientes comprendidas en la regulación de la misma, cuestión que no se regulaba en la ley 19.366 (artículos 55 a 60 de la nueva Ley).

El sistema de control administrativo de precursores tiene dos fases:

- a) La primera, de habilitación para elaborar y comercializar lícitamente los precursores; y
- b) La segunda, de control en la comercialización propiamente tal.

a) Habilitación para elaborar y comercializar lícitamente los precursores.

Las personas que deseen elaborar y comercializar en forma lícita precursores y sustancias químicas que pudieren llegar a ser utilizadas en la producción ilícita de drogas, deben inscribirse previamente en un registro especial que deberá mantener el Ministerio del Interior.

El catálogo de los precursores cuya producción y comercialización requiere la inscripción en dicho registro, así como el desarrollo, los requisitos y formas legales de esa inscripción, es materia de un Reglamento (artículo 58 de la Ley).

b) Control en la comercialización propiamente tal de precursores.

Asimismo, las personas que se encuentren autorizadas para efectuar la producción y comercialización de precursores están obligadas por la ley a mantener un inventario de existencias, es decir, un inventario de stock y de los movimientos de dichas sustancias, así como también la obligación de comunicar a la autoridad administrativa en forma previa, de las operaciones de importación y exportación de precursores.

La infracción a las obligaciones de registrarse, de mantener inventario y relación de movimientos e informar sobre los mismos cuando la autoridad lo requiera, y de informar importaciones y exportaciones, será sancionada administrativamente con multa de hasta mil unidades tributarias mensuales.

Agradeceré a los Srs. Fiscales Regionales distribuir este oficio a todos los fiscales adjuntos y adoptar las medidas que procedan a fin que quienes deban intervenir en investigaciones y procesos por 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**

GPR/SOH/RND

OFICIO FN Nº 061 /**ANT.: Oficio Nº 035, de 2004.****MAT.: Complementa instrucciones contenidas en Oficio Nº 035/2004, rectifica criterios de actuación con respecto a la investigación de delitos sexuales y señala orientaciones frente a problemas originados por la nueva regulación de la ley Nº 19.927.****SANTIAGO, enero 28 de 2005****DE : SR. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO****A : SRS. FISCALES REGIONALES Y FISCALES ADJUNTOS DEL PAÍS**

La ley 19.927 de 14 de Enero de 2004 introdujo una serie de modificaciones en el Código Penal, el Código Procesal Penal y otras leyes sobre delitos sexuales, las que fueron objeto de análisis en el Oficio Nº 035 de 26 de enero de 2004, por el cual se impartieron criterios de actuación sobre la persecución penal de esos delitos.

En esta oportunidad este Fiscal Nacional ha estimado necesario pronunciarse sobre algunos problemas que se han detectado tras la entrada en vigencia de la nueva normativa, junto con rectificar algunas de las orientaciones preliminares dadas en dicho oficio, explicar con mayor precisión su contenido y establecer nuevos criterios.

Se hace presente que estas instrucciones no serán impartidas sobre la base de un análisis de los tipos penales, tarea que fuera efectuada por el oficio precitado, sino que sólo se abordarán las situaciones que han generado dudas y dificultades a los fiscales en cuanto al tratamiento penal y procesal de éstas.

Asimismo, este documento se hará cargo de cuestiones que, no obstante no relacionarse con la entrada en vigencia de la referida ley, se ha estimado oportuno abordar, emitiendo un pronunciamiento al respecto, a título de instrucciones de carácter general.

I. ANÁLISIS DE PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA MODIFICACIÓN LEGAL EFECTUADA POR LA LEY Nº 19.927

La ley del epígrafe modificó el marco penal de la mayoría de los delitos sexuales obedeciendo, como es sabido, a una crítica de los autores de la moción, a la tendencia jurisprudencial de aplicar, en cada caso, el mínimo de la pena, con lo que conductas merecedoras, a juicio del legislador, de un mayor reproche social, se sancionaban con una pena insignificante.

De este modo se elevaron las penas de los delitos de violación, estupro y abuso sexual, se crearon figuras agravadas del abuso sexual, se modificó la normativa sobre corrupción de menores o abuso sexual impropio, se sancionó la producción de material pornográfico infantil nuevamente en el Código Penal, se tipificó la comercialización y adquisición de esta clase de material y se cambió la edad del sujeto pasivo en el delito de violación impropia del artículo 362 y en todas aquellas figuras penales que tuvieran referencia a la edad de la víctima en la descripción típica.

Pues bien, las diversas dificultades que se presentan a los fiscales en su trabajo diario, ya sea con respecto a la posibilidad de aplicar salidas anticipadas, al momento de calificar hechos en la acusación y solicitar penas, están asociadas a estas modificaciones generales.

1. Aumento de la Penalidad de las Figuras Típicas. Diagnóstico General y Problemas Afines

No obstante que el objetivo perseguido por el legislador fue la aplicación de penas más altas para el castigo de delitos sexuales, la experiencia demuestra que las modificaciones introducidas a la legislación aplicable no han producido necesariamente ese efecto por la tendencia de los tribunales a rebajar las sanciones, sea por la vía de recalificar las conductas a otras merecedoras de menor pena o incluso de absolver, considerando que la prueba rendida no ha generado suficiente convicción sobre la culpabilidad de los acusados.

Ello ha ocurrido en algunas situaciones, sin que se trate de la mayoría de los casos.

1.1 Reiteración de Delitos

Varios son los temas relacionados con la apreciación de estar en presencia de reiteración de delitos de carácter sexual. Si bien siempre ha estado presente en esta clase de ilícitos, después de la publicación de la ley N° 19.927, se observa una tendencia a su incremento como mecanismo morigerador de las penas.

a) Tendencia a dar por establecida la existencia de un solo hecho

Como ya se señalara, esta situación no es un fenómeno provocado por la entrada en vigencia de las citadas modificaciones, sino que se observaba con anterioridad y, por lo demás no es privativa de los delitos sexuales. Sin embargo, por la realidad criminológica en que éstos tiene lugar, es más frecuente que no se limiten a un solo atentado, de manera que los problemas de reiteración son más comunes.

Sin perjuicio de la tendencia reseñada en el encabezado los fiscales deben sostener la reiteración de delitos cuando ésta ha tenido lugar, siendo especialmente cuidadosos en la determinación de los hechos, en cuanto a fecha, lugar de comisión y modalidades.

Se tiene presente que la apreciación indicada no es fácil pues, en ocasiones, el relato de la víctima no lo permite.

En tales casos, se sugiere a los fiscales que se concentren en la acreditación de dos o más hechos, pudiéndose tomar como base el que haya originado la denuncia y sus circunstancias y a partir de ese, seleccionar los episodios más nítidos desde el punto de vista probatorio.

Esto no significa que siempre se deban descartar de la acusación los episodios en que no se cuenta con su absoluta precisión, pues muchas veces éstos sirven para explicar la naturaleza de las lesiones observadas en la víctima o su ausencia, cuestión en la que el peritaje sexológico juega un rol preponderante. Optar por una u otra alternativa es una decisión que tomarán los fiscales en el caso concreto.

En consecuencia, ante una supuesta reiteración de delitos sexuales los fiscales ponderarán, si les es posible de acuerdo a la prueba acumulada, cuáles de los episodios pueden reforzar, de tal manera de procurar revertir la tendencia de algunos tribunales de dejar impunes ciertos hechos.

b) Casos de reiteración que comprenden hechos perpetrados antes de la publicación de la Ley N° 19.927 y después de ésta.

Este es un supuesto que se suele sortear dando por acreditado los delitos de uno u otro período, pero no los acaecidos en un lapso que incluya a ambos.

39

Como es dable apreciar, la solución reseñada se vincula directamente con el supuesto de la letra a), pero con la diferencia que las penas entre uno y otro período son significativamente diferentes. Siendo así, se corrobora la orientación antedicha de reforzar en la acusación, conforme a la prueba que se presentará, determinados episodios que puedan conducir a la efectiva sanción de la conducta.

En cuanto a la pena que sea solicitada en la acusación, en supuestos de este tipo, tratándose de reiteración, correspondería aplicar el artículo 351 del C.P.P., a menos que las reglas del artículo 74 del C.P. fueren más favorables. Siendo así, se recomienda a los fiscales, sin perjuicio de lo que en definitiva resuelva el tribunal, que tomen como pena para aplicar las reglas del artículo 351 del CPP, la asignada al delito según la Ley N° 19.927. De esta manera se recoge el propósito del legislador de valorar estos hechos como portadores de un mayor disvalor social.

Para el caso de buscar una solución más favorable al acusado el propio artículo 351 del CPP da una alternativa mediante la remisión al artículo 74 del C.P.

En casos muy calificados, en que se considerare por el fiscal a cargo de la investigación, que existen antecedentes que lo lleven a tener una convicción diferente, éstos deben ser evaluados por el respectivo Fiscal Regional.

c) Apreciación del tribunal de delito continuado. Oposición de los fiscales.

En el Oficio N035/04, de 26 de enero de 2004, por el cual se impartieron instrucciones con motivo de las modificaciones introducidas por la ley 19.927, se hizo mención a la posibilidad de que determinados ilícitos fueran sancionados en calidad de continuado, aun cuando se señaló que ello **era excepcional y residual** y que los fiscales debían preferir la reiteración (1, letra d). A continuación se orientaba a los fiscales como debían aplicar la ley más favorable si en casos muy calificados se optaba por la calificación antedicha (1, letra e).

En esta materia, se rectifica lo indicado en dicho instructivo, en el sentido de instruir, como criterio de carácter general, que los fiscales deberán oponerse siempre a la calificación de varios hechos constitutivos de delitos sexuales, como un delito continuado.

Esta instrucción se imparte atendido el carácter personalísimo del bien jurídico protegido y a que se ha observado que en casos en que claramente se ha estado frente a la reiteración de delitos sexuales en contra de una misma víctima, ha habido pronunciamientos de Cortes de Apelaciones aceptando la figura del delito continuado.

Sin alejarse de los principios de objetividad que deben ser respetados por los fiscales, corresponde instar por la aplicación de la normativa vigente a los hechos, en la forma como realmente han ocurrido, lo que obliga a oponerse a la calificación de delito continuado, a ilícitos que, aunque pueden tener una misma orientación de conducta, configurados por distintos hechos que no revisten las características de uno solo que permita calificarlo de continuado.

Se hace presente que, en general, la figura de delito continuado no está reconocida expresamente por nuestra legislación y su procedencia es discutida, siendo la jurisprudencia bastante restrictiva en su apreciación. Pues bien, como se señalara precedentemente, un ámbito en que se niega su configuración es aquel donde se comprometen bienes jurídicos personalísimos. Lo delitos sexuales comprometen bienes de esta clase, por lo que se considera que no procede su apreciación.

1.2 Configuración de Circunstancias Atenuantes

Vinculada al alza del marco penal en esta clase de delitos y como un camino para propiciar un procedimiento especial o una condena atenuada, se ha observado con mayor frecuencia la invocación de la atenuante del artículo 11 N° 7 del C.P. en delitos de carácter sexual.

Como es sabido, la procedencia de esta atenuante no es del todo pacífica, pues determinada jurisprudencia señala que se trata de una atenuante general, salvo claro está que la ley expresamente excluya su aplicación como lo que ocurre con la ley N° 19.366. Sin embargo, existe otra línea jurisprudencial que considera lo contrario y que atendida la naturaleza del delito no tendría cabida frente a un daño irreversible, como sucedería en casos de sustracción de menores o abusos sexuales de éstos.¹⁶

Frente a esta situación, que debe ser resuelta por los tribunales, se recomienda a los fiscales proceder de la siguiente manera:

- i. No invocar en una acusación la atenuante del artículo 11 N°7 especialmente si ésta consiste en meras consignaciones de dinero, a menos que con la existencia de antecedentes justificados, en que la reparación no consista sólo en éstas, se evalúe la conveniencia de tomar esta atenuante en consideración. En todo caso, se tratará de supuestos excepcionadísimos.
- ii. En la discusión sobre determinación de la pena oponerse a la configuración del artículo 11 N° 7 si se limita a los referidos depósitos.

¹⁶ S.C.S 31.07.1986 y S.C.S 27.10.1982. Cit. en Matus Acuña, Jean Pierre en "Texto y Comentario al Código Penal", Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 180

- iii. Hacer presente al tribunal, en caso de considerar que la van a acoger, que por la clase de mal que se trata, la reparación debe ser de un celo superior al exigido en otra clase de delitos, por ejemplo en los delitos contra la propiedad. Vale decir, la configuración de la atenuante debe estar altamente justificada y desprenderse de antecedentes calificados.
- iv. Por último, se sugiere precaver la repercusión comunicacional que una rebaja de la pena obtenida por esta vía podría tener, como también la insatisfacción que para la víctima esto podría provocar, a través de la intervención de la respectiva URAVIT.

2. Modificación en la Edad del Sujeto Pasivo de los Delitos Sexuales

Los problemas que ha producido la referida modificación de alguna manera fueron advertidos durante la tramitación del proyecto de la Ley N° 19.927. En efecto, tras aumentar la edad de 12 a 14 años en que el legislador reputa válido el consentimiento para involucrarse en un contexto de significación sexual, se hizo presente que este cambio podría afectar a parejas de jóvenes pololos.

Se trata de supuestos en que el sujeto pasivo tiene menos de 14 años; en cambio, el sujeto activo ha obrado con discernimiento, si está en el tramo entre los 16 y 18 años, o es mayor de 18 años. No quedan comprendidos aquellos casos en que el sujeto activo pudiese estar bajo el umbral en que se le podría considerar imputable, esto es bajo los 16 años.

Las situaciones de esta naturaleza no han sido aisladas, por lo tanto se ha estimado conveniente dar a los fiscales algunas orientaciones para abordar el problema.

Antes de analizar las situaciones los fiscales deben tener presente lo siguiente:

- que el bien jurídico protegido en estos casos es la indemnidad sexual, por lo que el consentimiento de facto del menor de 14 años en la relación sexual no es relevante.
- que la actuación de los fiscales debe ceñirse al principio de legalidad y las decisiones que adopten no pueden importar despenalización de hecho de una conducta.

En consecuencia frente a denuncias que involucren como sujetos pasivos a menores de 14 años, en que exista una relación sentimental, los fiscales tienen que investigar **y no harán uso de la facultad de no iniciar investigación.**

Por lo tanto, llevarán adelante la investigación recabando los antecedentes que les permitan adoptar la decisión más adecuada, al igual que cualesquiera otra investigación penal, teniendo en cuenta los criterios especiales que se han dado con respecto a determinadas salidas tempranas.

Fundamental resulta verificar que se trate de una auténtica relación sentimental, para lo cual tomarán en consideración los siguientes factores:

- Edad de los sujetos involucrados: que el sujeto pasivo se encuentre en los márgenes de la edad que para la ley su consentimiento es irrelevante. En este punto es importante excluir de las consideraciones de este apartado aquellos casos que, de acuerdo a la situación legal previa a la reforma de la Ley N° 19.927, su consentimiento habría sido

igualmente irrelevante. Por otra parte, tener en cuenta la edad del sujeto activo y el término de diferencia con el sujeto pasivo.

- Clase de contacto sexual: en este punto se tiene que acreditar si hubo o no acceso carnal, en el contexto que se produjo.
- Acreditar que no haya existido fuerza o intimidación.
- Acreditar que no haya existido alguna forma de prevalimiento descartando circunstancias de los artículos 361 N° 2 y 3 y 363 N° 1, 2, 3 y 4 del C.P.
- La fuente de la denuncia: si ésta fue efectuada por la propia afectada o por los padres o guardadores. Situación en que se produjo la develación del hecho y dinámica familiar.
- Experiencia sexual previa de la víctima.

Si los fiscales estiman que se trata de una auténtica relación sentimental o “pololeo” tienen que evaluar caso a caso la alternativa procesal o tratamiento penal a seguir sin olvidar que su deber es hacer cumplir la ley. En estas hipótesis resulta un importante antecedente a considerar el informe evacuado por la URUVIT. En atención a ello se sugiere a los fiscales que trabajen la situación en estrecha colaboración con los profesionales de esta entidad.

Desde el punto de vista del tratamiento penal se pueden presentar las siguientes situaciones, las que en definitiva deberá ponderar el Tribunal:

- a) Existencia de error de tipo: en el caso, se presentaría si el sujeto activo actúa en la creencia que se trataba de una persona mayor de catorce años. Para estos efectos deben considerarse especialmente las declaraciones de los involucrados, la apariencia física de la persona y las declaraciones de testigos.
- b) Existencia de error de prohibición: se podría presentar como un error directo de esta clase si el sujeto activo desconocía la existencia de la disposición legal y no tenía cómo conocerla, o bien si actuó en la creencia que el consentimiento de la víctima en el caso concreto operaba como justificante.

De estimar el fiscal que concurren alguno de los supuestos de las letras a o b, se tiene que recabar los antecedentes que configuren una u otra situación y, en todo caso, la decisión definitiva del asunto **debe quedar siempre entregada a los Tribunales.** En este sentido, si los fiscales estiman la concurrencia de alguna de esta clase de errores optarán por una alternativa que implique pronunciamiento en sede jurisdiccional.

En síntesis frente a estas situaciones, vale decir error de tipo o de prohibición, los fiscales deben tener presente que:

- No se hará uso de la facultad de no iniciar investigación, como se señaló precedentemente.
- En todo caso, se debe optar, como Ministerio Público, por una alternativa que importe pronunciamiento judicial mediante sentencia definitiva, sea en sede de Tribunal Oral o Garantía, dependiendo del procedimiento seguido.

II. ANÁLISIS DE OTRAS SITUACIONES

1.– Sobre el Procedimiento Abreviado

En cuanto a este procedimiento especial se sugiere a los fiscales hacer uso de éste, cumpliéndose los requisitos legales, en aquellas situaciones en que las víctimas no estén en condiciones de ir a juicio oral sea por el trauma que ello implica o por la dificultad de obtener en dicha instancia el relato (supuestos de enfermos mentales, niños muy pequeños). En este sentido el informe de URUVIT, aunque no es un antecedente vinculante para el fiscal, sí constituye un elemento de apoyo en la toma de la decisión. No obstante verificarse una situación de esta índole, si el fiscal estima necesario ir a juicio oral prevalece la opinión del fiscal.

En atención a las penas de estos delitos se reconoce que es un procedimiento que de suyo está limitado. En este punto se reitera a los fiscales que sus penas deben ajustarse a los antecedentes con que cuentan, especialmente con respecto a las atenuantes que invoquen.

2. Sobre Exámenes Psicológicos

Se reitera criterio establecido en oficio N° 80 de 5 de febrero de 2003, donde se señala que la práctica de exámenes psicológicos o psiquiátricos de la víctima no es imperativo, sino que queda a discreción del fiscal determinar su necesidad. Con el objeto de no solicitar estos exámenes innecesariamente se sugiere reservarlos para aquellos sucesos más graves o donde no existan otros medios de prueba además de la declaración de la víctima.

En caso de contarse con un examen de esta índole, pero el fiscal a cargo de la investigación no está satisfecho con sus resultados o tiene dudas, se recomienda antes de solicitar un nuevo examen consultar la situación con la Fiscalía Regional o la Unidad Especializada de Delitos Sexuales y Violentos.

Agradeceré a Uds. distribuir este oficio a los Fiscales y promover su discusión para que sea debidamente comprendido y para que se formulen las observaciones que sean pertinentes para su consideración por el Fiscal Nacional.

Saluda atentamente a UDS.

**GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO**

MEST/MCR/crz

OFICIO F.N. N° 084/**ANT. : No hay.****MAT. : Tipos penales en particular de la Ley N° 20.000.****Instructivo N° 10 de la Ley 20.000****SANTIAGO, febrero 16 de 2005**

DE : SR. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO
A : SRES. FISCALES REGIONALES, FISCALES ADJUNTOS,
DIRECTORES DE UNIDADES ESPECIALIZADAS Y ASESORES JURÍDICOS

Con fecha 16 de febrero del presente año se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.000, que sustituye completamente la Ley N° 19.366 que sancionó el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas desde el 30 de enero de 1995 hasta la actualidad.

Como es natural la nueva normativa posee una similitud esencial con la anterior ley que sancionó el tráfico ilícito de drogas y estupefacientes, tanto en la tipificación de conductas punibles, en el uso de técnicas de investigación especiales para esta clase de ilícitos, en la posible concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal, y en muchas otras materias, resultando necesario comentar y fijar criterios respecto de las principales innovaciones. En consecuencia, y en términos muy generales puede señalarse que la nueva ley de drogas continúa con la descripción y sanción, tanto del tráfico ilícito de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas, como de sus actos preparatorios, entre otros: su elaboración o fabricación, el tráfico de precursores o sustancias químicas esenciales, la siembra o cultivo de especies vegetales, y su prescripción sin necesidad médica o terapéutica.

Respecto a la figura del tráfico de pequeñas cantidades del artículo 4 de la Ley 20.000, conocido comúnmente como "microtráfico", fue objeto de análisis en particular que consta en el Oficio 049 de 2005, instructivo general N° 2 de la Ley 20.000.

En cuanto al tipo penal de omisión de denuncia de funcionario público del artículo 13, él se abordará en un Oficio en particular.

1. CONTENIDO DE LA LEY SEGÚN SUS TÍTULOS.

La ley 20.000 consta de seis títulos y 77 artículos, que versan sobre las siguientes materias:

Título I: De los delitos y sanciones;

Título II: De las técnicas de Investigación;

Título III: De la competencia del Ministerio Público;

Título IV: De las Faltas;

Título V: De las medidas de control de precursores y sustancias químicas esenciales.

Título VI: Disposiciones varias.

El presente oficio se hará cargo de analizar las principales innovaciones de los tipos penales y las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. Con este objetivo se divide la presentación en dos partes.

PRIMERA PARTE: TÍTULO I: DE LOS DELITOS Y SANCIONES.

Principales innovaciones introducidas por la Ley N° 20.000 en la materia.

Figuras delictivas previstas en la ley.

a.1. Elaboración y producción de drogas. Restricción a un grado de la rebaja judicial facultativa en el caso de elaboración o tráfico de drogas que no sean capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud; creación de una nueva figura penal (artículo 1° de la Ley 20.000 y artículo 1° de la Ley N°19.366)

La nueva normativa introduce las siguientes modificaciones:

a) Tratándose de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas productoras de dependencia física o psíquica que no provoquen graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud¹⁷, **podrá el tribunal rebajar la pena del inciso primero, esto es presidio mayor en su grado mínimo a medio, hasta en un grado**, y no será procedente la rebaja en dos grados como se contenía en el proyecto original, y en la anterior Ley N°19.366.

Según la historia legislativa, el H. Senado introdujo esta modificación al proyecto original, siendo el fundamento de esta modificación la necesidad de armonizar las penas con la que será aplicable al delito de *microtráfico*, ya que si se aceptara rebajar la pena en dos grados, como se propuso originalmente, las penas de tráfico mayor y del microtráfico de drogas serían las mismas en ciertos casos, lo que no guarda relación con el diferente disvalor de cada conducta¹⁸.

b) Se introduce como **nueva figura penal**, la tenencia de elementos, instrumentos, materiales o equipos comúnmente destinados a la elaboración, fabricación, preparación, transformación o extracción de las sustancias o drogas a que se refieren los incisos anteriores, eliminándose así la presunción de responsabilidad que contemplaba la ley 19.366.

a.2. Desvío de precursores o sustancias químicas esenciales. Creación de una figura imprudente (artículo 2° Ley N° 20.000 y artículo 6° de la ley 19.366).

En esta materia, el H. Senado reemplazó el artículo propuesto por la Cámara de Diputados a fin de contemplar además:

a) La posesión o tenencia tanto de precursores como de sustancias químicas esenciales, y

¹⁷ Señaladas en el Decreto N° 565 del Ministerio de Justicia de fecha 9 de junio de 1995, que aprueba el reglamento de la ley 19.366.

¹⁸ Informe de la Comisión Mixta, recaído en el proyecto de ley que sustituye la ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Boletín N° 2439-20.

b) Un tipo penal culposo o imprudente, respecto de las conductas previstas en el inciso primero, con una pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio.

Debe destacarse que, según la descripción típica dolosa del inciso primero, la realización de alguna de las conductas referidas a precursores o sustancias químicas esenciales ha de efectuarse “*con el objetivo de destinarlos*” a la preparación de drogas.

En consecuencia, con la nueva descripción legal, el tipo penal doloso contiene un elemento subjetivo (el objetivo de destinarlos a), y además resulta posible su comisión culposa o imprudente, desconociendo en este caso el sujeto activo el destino de los precursores o de las sustancias químicas esenciales por negligencia inexcusable.

a.3.– Tráfico ilícito de drogas (artículo 3° Ley 20.000 y 5° de la ley 19.366). Guardar o portar las sustancias en términos amplios.

La nueva ley reproduce en forma casi textual el conocido tipo penal dedicado al tráfico o difusión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, contemplado en el artículo 5 de la Ley N° 19.366. No obstante lo anterior, vale la pena destacar dos aspectos:

a) Los verbos rectores “guardar o portar”, suprimidos originalmente en la Cámara, fueron reincorporados nuevamente en la Comisión de Legislación, Justicia y Reglamento del Senado¹⁹ a indicación del Senador señor Espina, eliminándose solamente por la Comisión la expresión “consigo”. Con dicha eliminación, se extiende claramente la conducta típica a supuestos en que si bien se presenta la guarda o porte de droga, no existe contacto físico con la sustancia, debido a la presencia de dominio o control sobre las mismas por cualquier medio.

b) Como ya se señaló con anterioridad, tratándose de las denominadas “drogas blandas”, esto es, aquellas sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas, productoras de dependencia física y síquica, que no sean capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública, la nueva regulación restringe la rebaja facultativa de pena a sólo un grado, y no dos grados como disponía la antigua norma del artículo 1° de la Ley N° 19.366²⁰.

a.4. Suministro de hidrocarburos aromáticos a menores de 18 años. Suministro a cualquier título de las sustancias a los menores. Modificación de la descripción en el delito de suministro de hidrocarburos aromáticos a menores de 18 años (artículo 5° Ley 20.000 y artículo 10 de la Ley N°19.366)

Las innovaciones de la norma en relación con el antiguo artículo 10 de la Ley N°19.366, son las siguientes:

a) Se ha incorporado la expresión “a cualquier título”, destacando así la nueva regulación que este suministro o desplazamiento de la sustancia puede ser como consecuencia

¹⁹ Segundo Informe de fecha 11 de mayo de 2004

²⁰ Como ya se señalara, la figura de tráfico de pequeñas cantidades o microtráfico regulado en el artículo 4° de la nueva ley ha sido tratado de manera pormenorizada en oficio N° 049 de 26 de enero del año en curso, por lo que no se aborda en el presente documento.

no sólo de una compraventa, como ordinariamente así ocurrirá, sino también por cualquier otro título, verbigracia, donación o regalo, préstamo, etc.

- b) Se ha eliminado la expresión “sabiendo o debiendo saber” que dichas sustancias están destinadas a ser consumidas por dichos menores, con lo cual las exigencias de conocimiento del sujeto activo han disminuido ostensiblemente, limitándose a conocer la naturaleza de dichas sustancias, y que se está suministrando a menores de edad.

a.5.– Delito de prescripción de sustancias sin necesidad terapéutica. Eliminación de la matrona como sujeto activo (artículo 6° Ley 20.000 y 8° de la ley 19.366).

La nueva ley reproduce en forma casi textual el conocido tipo penal dedicado a la prescripción indebida de medicamentos, contemplado en el artículo 8° de la Ley N°19.366. En consecuencia sólo deben destacarse los siguientes aspectos:

a) Se suprime entre los sujetos activos a la matrona, teniendo como fundamento el hecho de que éstas no están facultadas para emitir recetas.

b) Se recalifica como sujeto activo al antiguo dentista como odontólogo.

c) Si bien el proyecto original del Ejecutivo contempló el incorporar la expresión “a sabiendas”, ello no prosperó en la Comisión Especial de drogas, siendo admisible en consecuencia su incriminación a título de dolo eventual.

a.6.– Delito de suministro ilegal de drogas por parte de personas autorizadas. Aumento de la pena mínima e incorporación de la pena de clausura temporal (artículo 7° Ley 20.000 y artículo 7° de la Ley N°19.366).

La nueva regulación legal mantiene en lo sustancial la misma estructura del antiguo artículo 7° de la ley 19.366. La diferencia radica en que se ha ampliado la figura al empleado o dependiente del establecimiento, y se ha aumentado el marco penal a presidio mayor en su grado mínimo a medio, manteniendo el monto de la multa²¹.

Junto a lo anterior, el nuevo tipo penal permite imponer también las penas accesorias de clausura definitiva del establecimiento, y de prohibición perpetua para el autor de “participar” en otro establecimiento de igual naturaleza, siempre que exista reiteración.

a.7.– Delito de siembra o cultivo ilegal de cannabis u otras especies productoras de estupefacientes. Se mantiene sin variaciones (artículo 8° Ley 20.000 y 2° de la ley 19.366).

La nueva norma reproduce casi textualmente el antiguo artículo 2° de la Ley N°19.366, innovando en relación a la eximente de consumo personal, ya que se señala expresamente que el referido uso o consumo personal debe ser respecto del propio autor del delito (“destinadas a

²¹ El antiguo artículo 7° de la ley 19.366 contemplaba una pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

su uso o consumo”), a diferencia de la antigua ley, que no hacía expresa mención a ello, sino que simplemente expresaba que debían estar destinadas al uso o consumo personal.

a.8.– El delito de desvío ilícito de cultivos autorizados. Se mantiene casi sin alteraciones. Tipo imprudente con pena privativa de libertad (artículo 10° Ley 20.000 y artículo 4° de la ley 19.366).

El nuevo artículo 10 contiene dos incisos. El primero de ellos regula casi en idénticos términos la conducta de desvío ilícito de cultivos previsto por el artículo 3 de la Ley N° 19.366. Mantiene a este respecto la pena privativa de libertad, esto es presidio mayor en sus grados mínimo a medio y la multa de cuarenta a cuatrocientas Unidades Tributarias Mensuales.

El inciso segundo, por su parte, tipifica la figura culposa de abandono de vegetales o incumplimiento de obligaciones de cierre y destrucción, con la novedad que ahora este delito se sanciona con reclusión o relegación menores en su grado mínimo y multa de 20 a 200 UTM, ya que en la antigua ley sólo se aplicaba la pena de multa en su artículo 4°.

a.9.– Delito de facilitación de bienes para perpetrar delitos de la ley de drogas. Aumento de penalidad (artículo 11° Ley 20.000 y artículo 9° inciso primero de la ley 19.366).

La nueva regulación precisa la calidad del sujeto activo, pudiendo ser el propietario, poseedor, mero tenedor o administrador a cualquier título de un bien raíz o mueble.

Se cambia la expresión “entregar” por la de “facilitar”, lo que da mayor amplitud al tipo, pues el concepto de “entregar” va asociado con el de “entrega material” (acción física), mientras que el de “facilitar” puede referirse tanto a una acción o a una omisión.

Además, la nueva descripción agrega la expresión “sin concierto previo”, lo que le da el carácter de figura autónoma, no siendo necesaria la configuración de una coautoría para aplicar la disposición.

En todo caso, la facilitación debe hacerse sabiendo el sujeto activo que será para la comisión específica de ciertos delitos: Los señalados en los arts. 1°, 2°, 3° y 8° (elaboración, tráfico de precursores, tráfico de drogas y cultivo ilegal, respectivamente).

La pena es la que corresponde al respectivo delito para cuya perpetración se facilitaron los bienes, lo que implica un aumento en la penalidad, pues en la Ley 19.366, asignaba una pena única de presidio menor en su grado medio a máximo y multa de 40 a 200 UTM.

a.10.– Sanción al administrador de establecimiento que permite o tolera el tráfico o consumo. Ampliación del sujeto activo, eliminación del requisito habitualidad (artículo 12° Ley 20.000 y artículo 9° inciso segundo de la ley 19.366).

La nueva ley amplía el sujeto activo, extendiéndolo a la persona que “esté a cargo a cualquier título del establecimiento”, lo que implica ejercer un control o administración fáctico más que en virtud de un título legal o contractual. En concordancia con el aumento del ámbito de

lo punible, la nueva descripción no utiliza la expresión “habitualmente”, como sí lo hacía la Ley N° 19.366, lo que parece permitir la incriminación desde el primer acto de tolerancia.

El inciso segundo establece la pena accesoria de clausura del establecimiento, en la misma forma establecida por el art. 7°.

a.11.– Delito de omisión de denuncia de delitos sancionados por la ley de drogas por parte de funcionarios públicos (artículo 13 Ley 20.000 y artículo 21 de la ley 19.366).

La nueva descripción eliminó el requisito de “beneficio de cualquier naturaleza”, lo que amplía la tipicidad de la figura. Junto a lo anterior, se suprimen las hipótesis de ocultamiento o destrucción de pruebas, que son abarcadas por la obstrucción a la justicia o el encubrimiento. La nueva regulación mantiene la misma penalidad y señala pormenorizadamente cuáles son las autoridades ante las cuales el funcionario público puede cumplir con su obligación de denuncia.

a.12.– Delito de consumo de drogas por parte de personal militar, de la Policía de Investigaciones de Chile, Gendarmería y de Aeronáutica (artículo 14 Ley 20.000 y artículo 11 inciso 2° de la ley 19.366).

El Senado, en segundo trámite constitucional, suprimió el artículo 299 del Código de Justicia Militar e incorporó una nueva figura penal aplicable al personal de la Fuerzas Armadas, Carabineros, Policía de Investigaciones de Chile, Gendarmería y el personal aeronáutico, por consumo de drogas.

La pena aplicable en este caso será la de presidio menor en sus grados mínimo a medio. La misma sanción se aplicará si guardan o portan consigo dichas sustancias aun cuando sean para su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

Asimismo, el inciso segundo de la norma contempla una figura agravada para los que consumieren las sustancias a que hace alusión el inciso primero en los lugares o situaciones mencionados en el artículo 5°, N° 3 del Código de justicia Militar, esto es, durante el estado de guerra, estando en campaña, en acto del servicio militar o con ocasión de él, en los cuarteles, campamentos, vivaques, fortalezas, obras militares, almacenes, oficinas, dependencias, fundiciones, maestranzas, fábricas, parques, academias, escuelas, embarcaciones, arsenales, faros, y demás recintos militares o policiales o establecimientos o dependencias de las Instituciones Armadas. La sanción en este caso será de presidio menor en su grados medio a máximo.

La norma contempla asimismo, como causal de exención de responsabilidad a quien justifique el uso, consumo, porte o tenencia de dichas sustancias en la atención de un tratamiento médico.

Respecto de los conscriptos, éstos son sancionados cuando consuman drogas en alguno de los lugares o situaciones señalados en el número 3° del artículo 5° del Código de Justicia Militar y con una pena inferior que el resto de los militares, consistente en presidio menor en su grado mínimo.

En otro orden, la Comisión estimó que la ampliación de la figura delictiva al consumo o porte de drogas en cualquier lugar, que efectúen los demás militares, hace conveniente rebajar la pena en un grado, en aquellos casos en que el delito se comete fuera de los lugares o situaciones previstas en el número 3° del artículo 5° del Código de Justicia Militar²².

a.13. Consumo y porte indebido de drogas por parte de oficiales y gente de Mar de dotación de buques de la marina mercante, naves especiales y de artefactos navales, a bordo o en el cumplimiento de sus funciones (artículo 15 Ley 20.000 y artículo 11 de la ley 19.366).

En los mismos términos del artículo 11 de la ley 19.366, la nueva ley castiga a los oficiales y al personal de Gente de Mar que a bordo o en el cumplimiento de sus funciones consuman o porten para su uso personal y próximo en el tiempo alguna de las sustancias señaladas en los artículos 1° y 5° de la misma ley, a menos que justifiquen que lo hacen por prescripción médica.

a.14. Asociación ilícita para cometer delitos de la ley de drogas. Ampliación del marco penal y sujetos activos. Procedencia del dolo eventual. Penalidad mediante concurso material (artículo 16 Ley 20.000 y artículo 22 de la ley 19.366).

Conforme al nuevo artículo 16, que sanciona dicha asociación criminal, las innovaciones son las siguientes:

- a) En el caso de los partícipes que hayan financiado de cualquier forma, o hayan ejercido mando, dirección, el marco penal se amplía desde presidio mayor en su grado medio, a presidio mayor en sus grados medio a máximo.
- b) Junto a lo anterior, se amplía el sujeto activo, abarcando también a quien planifica el o los delitos que se proponga.
- c) En los supuestos de quienes participan en la asociación criminal colaborando sin ejercer dirección también se aumenta el marco penal a presidio mayor en su grado mínimo a medio. Junto a lo anterior, la nueva descripción elimina la expresión “a sabiendas”, contenida en el antiguo art. 22 de la Ley N°19.366, debido a lo cual es sustentable admitir la concurrencia de dolo eventual con relación a estos partícipes.
- d) En cuanto al verbo rector “suministrar”, ya no se limita a “uno de los miembros de la asociación ilícita”, por lo que cabe concluir que este “suministro” de medios podría efectuarse respecto de terceros ajenos a la asociación criminal, siempre y cuando ello sea con el ánimo especial de “conseguir los fines de la organización”.
- e) Se agrega un ánimo especial que debe concurrir en el hechor, esto es, que su actividad sea para “conseguir los fines de la organización”.
- f) Se eliminó la frase “que haya tomado parte en la asociación”, debido a su carácter superfluo, al tenor del encabezado del artículo tanto antiguo como nuevo, pues se entiende que para cometer el delito de asociación ilícita, siempre se debe tomar parte en la organización.
- g) En cuanto a los verbos rectores, la Ley N° 19.366 contemplaba un tipo penal más estricto, es decir, sólo sancionaba el suministro de ciertos bienes o medios a la aso-

²² Informe de la Comisión Mixta, recaído en el proyecto de ley que sustituye la ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

ciación ilícita. En la nueva ley, en cambio, se extiende el tipo al sancionar “*cualquier otra forma de colaboración*”, siempre y cuando sea para la consecución de los fines de la organización.

- h) Tratándose de la comisión del delito de asociación ilícita para traficar, se establece que si el culpable además ha cometido alguno de los demás delitos contemplados por la ley de drogas, se aplicarán las normas del art. 74 del Código Penal para la determinación de la pena, es decir, se aplican las normas sobre concurso material de delitos, lo que implica que en este caso no es posible aplicar las normas sobre concurso ideal del art. 75 del Código Penal.

a.15.– Sanción de la conspiración para cometer alguno de estos delitos. Creación de una penalidad dependiente (artículo 17 Ley 20.000 y artículo 24 de la ley 19.366).

Se mantiene la norma original prevista en el artículo 24 de la ley 19.366, innovándose en esta materia sólo en cuanto a la penalidad. De esta forma la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, acogiendo una proposición del propio Ejecutivo, consideró más apropiado establecer una pena dependiente de la que se asigne al delito para el cual se conspira, rebajándola en un grado.

a.16.– Sanción con la pena de la consumación desde que exista principio de ejecución (artículo 18 ley 20.000 y artículo 24 de la ley 19.366).

La nueva normativa mantiene sin variaciones la sanción desde el primer acto ejecutivo, reproduciendo el antiguo artículo 24.

II PARTE: DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS

A: Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal (Arts. 19 al 21 del Proyecto)

1.– Circunstancias agravantes especiales. Mantención de las antiguas circunstancias con algunas modificaciones. Incorporación de nueva agravante de agrupación o reunión de delincuentes. Aumento imperativo de un grado y facultativo de dos frente a la concurrencia de las circunstancias agravantes especiales.

La nueva ley conserva todas las antiguas agravantes específicas del Art. 23 de la Ley N° 19.366, ya conocidas, agregando una nueva circunstancia agravante que se expresa a continuación, y amplía con mayor detalle las ya existentes, aumentando sus supuestos de aplicación.

En consecuencia, las novedades en materia de agravantes especiales son las siguientes:

1.1 Agrupación o reunión de delincuentes

Se incorpora una agravante totalmente nueva, **consistente en que el imputado haya formado “parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización del artículo 16”**, esto es el delito de asociación ilícita para cometer algún delito de la ley de drogas.

a) Antecedentes legislativos

La nueva agravante fue propuesta por el proyecto de ley original del ejecutivo, exigiendo la redacción original no conservada en el texto definitivo, que esta agrupación agregase una *mayor criminalidad al comportamiento de los malhechores*, sin hacerse mayores alusiones en el mensaje presidencial. El fundamento de su formulación parece haber sido de carácter político criminal, y estribaría en la necesidad de combatir con mayor severidad la criminalidad organizada debido a su carácter peligroso, ya que la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado suprimió, por superflua, la parte final, ya citada, consistente en haber agregado mayor criminalidad, toda vez que en su opinión era innecesario explicitar esa razón de política criminal, bastando exigir que el imputado haya formado parte de una agrupación o reunión de delinquentes, sin incurrir en el delito de organización contemplado en el artículo 16.

b) Fundamento

El fundamento, para algunos autores, de esta clase de agravaciones se encuentra en la superior capacidad de agresión al bien jurídico salud pública por la posibilidad de supervivencia del propósito criminal que una estructura organizativa supone, como en la neutralización de la acción estatal que se ve favorecida por la existencia de la estructuración y planificación. La agravación parte de la potencialidad del riesgo y extensión del tráfico de todo proceso organizado y del mayor menosprecio a la norma que toda organización con fines delictivos implica, por lo que sólo debería apreciarse en los supuestos en que la existencia de la organización o asociación potencie la gravedad o se facilite la conducta de tráfico en cuestión²³.

c) Análisis de la agravante

c). 1. Ausencia de uno de los elementos de la asociación ilícita

Con esta circunstancia exasperante, al parecer, se pretende abarcar las conductas de más de un interviniente que se alejan de la simple coautoría, y que representan una organización de mayor relevancia y disvalor, pero que no entrañan todavía una asociación ilícita, debido a los exigentes requisitos que doctrina y jurisprudencia han dado a esta última figura. Conforme lo anterior, y como se recordará, se ha exigido en nuestro medio para la existencia de dicha asociación, la presencia de un grupo de personas con organización y jerarquía, con una división de funciones, con permanencia en el tiempo y un objeto determinado, elementos que deben ser probados particularmente²⁴. Pues bien, la experiencia de la realidad chilena ha demostrado que las organizaciones criminales destinadas al narcotráfico, en ocasiones, se forman para una transacción en concreto, no permanecen en el tiempo, emplean a individuos ocasionales, siendo además dificultoso determinar las jerarquías dentro de la organización ocasional, resultando de ello que estas conductas de organización criminal no son castigadas, no obstante su capa-

²³ En este sentido, José-Ignacio Gallego Soler. Los delitos de tráfico de drogas II. J. M. Bosch Editor, 1999, Barcelona, pág. 182 y 183, quien lo analiza desde la perspectiva del art. 369 N°6 del Código Penal Español de 1995, que agrava la penalidad por pertenecer a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tenga como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional.

²⁴ En este sentido, y citando jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, Jean Pierre Matus Acuña, Dogmática de los delitos relativos al tráfico de estupefacientes. En Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes. Editorial Jurídica Conosur, 1999, pág. 213.

cidad para afectar la salud pública. De esta forma, el cauce natural que abarcará esta agravante será aquella agrupación de personas que no alcance a constituirse en una asociación ilícita por presencia de la mayoría de sus elementos, pero por ausencia alternativa y únicamente de una organización jerárquica, o por la ausencia de la respectiva división de funciones, o finalmente, por ausencia de permanencia en el tiempo debido a su carácter transitorio.

En consecuencia, será posible sostener en la acusación fiscal la concurrencia de la agravante, en el caso de una agrupación de personas para traficar, organizados jerárquicamente, con división de funciones, pero con carácter transitorio; asimismo, será aplicable en los casos de permanencia en el tiempo de agrupaciones sin una jerarquía ni división de funciones muy definida.

c).2. Significado de la expresión “delincuentes” como sinónimo de partícipes.

La circunstancia de agravación utiliza la expresión “delincuentes”, lo que podría generar el debate del contenido de la expresión, de forma similar a la polémica que ha generado la expresión malhechores del artículo 456 bis N°3 del Código Penal, esto es, si ha de requerirse para la procedencia de la agravante, que los intervinientes con anterioridad hayan cometido delito en términos generales, o en términos más estrictos, que hayan cumplido pena previamente²⁵. No obstante ello, la propia eliminación de la referencia a la mayor criminalidad de los malhechores en la discusión legislativa, y el reenvío legal expreso al artículo 16 de la nueva ley, descripción típica que se refiere a toda clase de autores y partícipes, permiten sostener, que la expresión debe ser tomada en el sentido genérico de intervinientes, sin exigirse que el delincuente lo sea con anterioridad a la participación en los hechos que lo incriminan.

En consecuencia, en la acusación fiscal se apreciará la agravante en comento cada vez que una pluralidad de sujetos hayan intervenido en la comisión del hecho.

1.2 Utilización de armas en la comisión

En cuanto las restantes agravantes, es posible precisar que se agrega la circunstancia de **utilización de armas** en su comisión, a las circunstancias ya existente de utilizar violencia o engaño en la ejecución del delito.

Como se sabe, la violencia y el engaño como circunstancia de agravación ya existían en la Ley N° 18.403, las que eran vinculadas con la comisión misma del delito, y no en la actividad natural desplegada por toda conducta delictiva para evitar ser descubierto o aprehendido²⁶, constituyendo la novedad legislativa el uso de armas, lo que al menos en una parte parece haber ya estado abarcado por la utilización de violencia. Evidentemente el uso, en sentido de accionar un arma de fuego, o utilizar cualquier elemento cortante, punzante o contundente constituye a todas luces una forma de violencia, con lo cual, el sentido de su incorporación puede ser

²⁵ La interpretación del término malhechor empleado por el artículo 456 bis N° 3 ha sido zanjada por la CS en el sentido de estimar su concurrencia con la mera pluralidad de sujetos. Cfr por todos sentencia de CS de 19.10.2000, Rol n° 1360-99-E. En el mismo sentido en Instructivo General N° 30, según oficio FN N° 230 sobre Robo y Hurto de Fiscal Nacional de fecha 12.12.2000.

²⁶ En este sentido, Héctor Hernández Basualto. Las Drogas Ilegales en el Derecho Penal Chileno, Tesis de Grado, U. Católica de Chile, 1992, pág. 367.

vinculado con el mero porte y exhibición de armas como medio intimidatorio, destinado a coaccionar a terceros en la ejecución del delito.

Resulta plausible sostener también que el fenómeno observado cada vez más creciente, de las denominadas “quitadas” de droga, o “mexicanas”, esto es, el apoderamiento mediante violencia o intimidación, y con el empleo de armas de fuego, de una banda rival de traficantes a otra, fue un aspecto considerado en la ampliación de esta agravante, debido a la ejecución violenta y a las consecuencias lesivas de estas acciones.

Con respecto a esta agravante cabe tener presente el nuevo número 20 del artículo 12 del C.P., introducido por la Ley N° 19.975 de D.O. 5.10.04, que se refiere a ejecutar un delito portando armas de fuego o de aquellas señaladas en el artículo 132 del mismo cuerpo legal, y el eventual concurso que se pueda presentar. Al respecto, en una causa sobre tráfico ilícito de estupefacientes debe preferirse la agravante contemplada en la ley del rubro por su especialidad, cuyos efectos se exceptúan del régimen general de agravantes del Código Penal, desestimándose la aplicación del artículo 12 N° 20.

1.3. Valerse de personas exentas de responsabilidad criminal

El nuevo texto de ley amplía la agravante de valerse de personas exentas responsabilidad criminal. En efecto, el texto de la Ley N° 19.366 también la contemplaba, pero solamente limitada a los casos de los N°s 1, 2, y 3 del Art. 10 del Código Penal. Conforme al texto actual, dicha limitación no existe y simplemente se extiende al prevalerse de cualquier persona exenta de responsabilidad criminal.

Sobre el particular, resulta procedente comprender esta circunstancia como un caso especialmente penado y agravado de autoría mediata, debido a que la descripción legal hace alusión a cometerlo valiéndose de personas exentas de responsabilidad criminal, y no a la mera presencia o compañía de estas personas²⁷.

En atención al aserto anterior, se recomienda a los fiscales verificar previamente tal circunstancia, estableciendo en la acusación el supuesto fáctico que acredita el hecho de actuar valiéndose de una persona exenta de responsabilidad penal. Para estos efectos, será preciso determinar la causa por la cual la persona ha actuado sin dicha responsabilidad, la que se puede deber tanto a una enfermedad mental, minoría de edad o haber actuado por ejemplo compelido por una fuerza irresistible.

Dependiendo de la causal específica, el fiscal decretará las diligencias que estime conducentes como certificación de la edad, certificado sobre juicio de discernimiento, exámenes de salud mental del sujeto que fuera empleado como instrumento, declaraciones de testigos que acrediten la existencia de la fuerza moral, constatación de lesiones según corresponda.

²⁷ En este sentido, Héctor Hernández Basualto. Las Drogas Ilegales en el Derecho Penal Chileno, Tesis de Grado, U. Católica de Chile, 1992, pág. 366.

1. 4 Lugares especiales de comisión (artículo 19, letra f, g, e)

En cuanto a los lugares especiales de comisión, se contemplan separadamente los mismos lugares que antes estaban agrupados en una misma circunstancia del antiguo artículo 23 (esto es, cometer alguno de los delitos en establecimientos educacionales, instituciones deportivas, culturales, sociales, espectáculos públicos y recintos hospitalarios, de reclusión o militares o policiales), con la salvedad que se amplía el concepto de establecimientos educacionales a los sitios a los que escolares y estudiantes acuden a realizar actividades educativas, deportivas o sociales.

Asimismo, se agregan como lugares de comisión agravada, los sitios donde se estaban realizando actividades recreativas, culturales o sociales, los centros hospitalarios, y los lugares de reclusión, dejando atrás la polémica de extensión interpretativa de los lugares de detención.

Podemos indicar como fundamento general de esta agravante el carácter idóneo de estos lugares para la difusión y abuso de las drogas²⁸.

2. Normas específicas sobre penalidad

1ª Regla: Al concurrir alguna de las circunstancias agravantes especiales que contempla la nueva ley en su artículo 19, la pena deberá aumentarse en un grado. Es decir, dicho aumento resulta imperativo e insoslayable para el sentenciador al tenor de la nueva redacción legal. Sin embargo, dichas agravantes sólo pueden aplicarse respecto de los delitos que pueden estar comprendidos entre el artículo 1º y el artículo 18 (figuras fundamentales del tráfico ilícito, cultivo, elaboración, etc.), ya que el artículo 19 las hace aplicables sólo respecto de los “delitos anteriormente descritos”, excluyendo las restantes figuras penales de la ley (por ejemplo, las de los artículos 29, 31 inciso 2º, 35 inciso 3º y 4º, 37, 38 inciso 3º, y 42).

Esta regla supone una excepción a las normas generales de aplicación de pena frente a la concurrencia de una circunstancia agravante, establecidas en los artículos 67 y 68 del Código Penal, que no autorizan a aumentar el grado, sino que proscriben la aplicación del mínimo. Por otra parte, dado su carácter imperativo no podría entrar al juego de compensaciones con circunstancias modificatorias genéricas.

2ª Regla: Si concurren dos o más de estas agravantes especiales, la pena podrá ser facultativamente aumentada en dos grados.

Asimismo, esta norma aún siendo facultativa también supone una excepción a las normas generales de aplicación de pena frente a la concurrencia de dos circunstancias agravantes, establecidas en los artículos 67 y 68 del Código Penal, que sólo autorizan a aumentar un grado.

3. Concurrencia de agravantes especiales y comunes

Se estima que en el evento de concurrir agravantes o atenuantes comunes conjuntamente con estas agravantes especiales, y dado su especial poder agravatorio, resulta ineludible graduar la

²⁸ En este sentido, Héctor Hernández Basualto. Obra citada, pág. 371.

pena conforme las modificatorias comunes, pero habiendo aplicado previamente la agravante especial. Ello debido a que la propia ley establece un efecto agravatorio especial consistente en el aumento obligatorio o facultativo de uno o dos grados respectivamente, sin considerar o no la presencia de atenuantes, permitiéndose así que con una sola agravante y aunque concurren atenuantes, la pena deba aumentarse en un grado.²⁹ Como ya se adelantara precedentemente no tendría lugar, en otras palabras, la compensación de circunstancias.³⁰

4. Improcedencia de la atenuante del Art. 11 N° 7 del Código Penal

El artículo 20 de la nueva ley reitera el texto del Art. 32 de la antigua Ley N° 19.366, y en consecuencia excluye la aplicabilidad de esta atenuante en relación con cualquier delito de la nueva ley de drogas, lo que corresponde exactamente al proyecto presentado por el Ejecutivo.

5. Reincidencia. Sentencias firmes dictadas en países extranjeros para efectos de reincidencia

Aún cuando la pena impuesta no esté cumplida, como se exige como regla casi sin excepción para la procedencia de la agravante de reincidencia, las sentencias firmes dictadas en el extranjero deberán ser consideradas para agravar la responsabilidad penal en esta materia. Con ello el artículo 21 de la nueva ley de drogas, reitera el texto del antiguo artículo 35 de la Ley N° 19.366, y confirma sin variación alguna la propuesta original del ejecutivo.

B. Concursos en la nueva ley de drogas

B. 1.– Concurso entre la figura tradicional de tráfico de drogas y el tráfico de “pequeñas cantidades”. Concurso aparente solucionado por consunción

La creación de una figura privilegiada de tráfico de pequeñas cantidades, en relación con la figura genérica de tráfico de drogas, podrá suscitar dudas concursales frente a la presencia, al mismo tiempo y respecto de idéntico sujeto, de pequeñas cantidades de una clase de drogas, y de cantidades considerables propias del tráfico, respecto de otro tipo de drogas. En ese evento, nos encontraremos ante supuestos de un concurso de leyes o concurso aparente de leyes penales, ya que existiendo dos o más hechos incluíbles en varios tipos penales sólo uno

²⁹ En este sentido, aunque refiriéndose al antiguo artículo 21 de la Ley N° 18.403, Héctor Hernández Basualto. Las Drogas Ilegales en el Derecho Penal Chileno, Tesis de Grado, U. Católica de Chile, 1992, págs. 364.

³⁰ **Antecedentes legislativos.** Estas reglas de penalidad no guardan correspondencia con el proyecto original del ejecutivo, que únicamente hizo referencia a la posibilidad de aumentar en un grado si concurría alguna de las circunstancias atendida la entidad del hecho, y que no indicaba solución de penalidad alguna ante la presencia de dos o más agravantes específicas. En efecto, existen antecedentes de que el Ejecutivo presentó una indicación para reemplazar el encabezado del inciso primero, a fin de señalar que, tratándose de los delitos anteriormente descritos, la pena debía ser aumentada en un grado si concurre alguna de las circunstancias que siguen. Al mismo tiempo, el Presidente de la República propuso agregar un inciso segundo, nuevo, conforme con el cual si concurren dos o más de las circunstancias que se habrán señalado precedentemente, la pena podía ser aumentada en dos grados. La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado estuvo de acuerdo con hacer aplicables las agravantes, en general, a todos los delitos descritos en esta ley, como consecuencia del cambio de ubicación del artículo, y respaldó, además, la motivación del Ejecutivo de dar certeza sobre el efecto que tendrá la concurrencia de alguna de estas circunstancias y reducir el considerable margen de discrecionalidad del tribunal, al disponer, en forma expresa, que la pena se aumente en un grado, y hacerse cargo del hecho de que, en algunos casos, es posible que no concorra sólo una agravante, sino que dos o más de ellas.

puede aplicarse, ya que uno de los preceptos, el tráfico de drogas del artículo 3º basta por sí mismo para aprehender todo el disvalor del hecho, prescindiendo de aplicar el tipo penal del artículo 4º. Esta solución es procedente en virtud del principio de consunción, debido a que el precepto del tráfico de drogas desplaza al microtráfico, ya que el primero por sí solo incluye ya el desvalor que éste último supone³¹. En efecto, si entendemos al igual que el profesor Jean Pierre Matus, que el tráfico de drogas en sentido amplio es un delito de emprendimiento, en que el autor toma parte de una misma actividad compuesta de una serie indeterminada de acciones, iniciadas o no por él, y en las que éste participa una y otra vez³², debemos descartar la posibilidad de que un mismo sujeto sea autor a la vez, de tráfico y microtráfico si no existen hechos espacio y temporalmente diferenciados. En efecto, una persona que ha tomado la decisión de comerciar ilegalmente toda clase de drogas prohibidas, realizará también, ya que forma parte de la actividad delictiva, el tráfico de “pequeñas cantidades”, esto es, se tratará de un supuesto de hecho que acompaña normalmente a otro, un tráfico de pasta base acompañará también el de marihuana, de tal suerte que se supone que el legislador lo ha previsto al fijar la pena del delito que normalmente supone el hecho acompañante³³. En este sentido, la notoria magnitud del tipo penal de tráfico ilícito de drogas permite dar cuenta de esa valoración de injusto, inclusiva también del tráfico de pequeñas cantidades, y podrá expresarse en su graduación, en la aplicación de una pena superior al límite inicial de presidio menor en su grado mínimo, vgr: 6 o 7 años; o en la graduación conforme al artículo 69 del Código Penal.

B. 2.– Concurso entre el tipo penal de asociación ilícita contemplado en el artículo 16 de la nueva ley, y cualquiera otra figura de la ley de drogas.

Como es sabido, es perfectamente posible, y aún más, esperable, que quienes se asocien u organicen para cometer alguno de los delitos de la ley de drogas, junto con consumir el delito por el mero hecho de asociarse, realicen una o más conductas de tráfico, lo que plantea un evidente cuestionamiento concursal.

Pues bien, el inciso final del artículo 16 de la nueva ley, zanja el debate preexistente sobre la materia, dando una solución expresa de concurso real de conformidad al artículo 74 del Código Penal, al autor o partícipe que cometa cualquier otro ilícito contemplado en la ley.³⁴ En consecuencia, resultará procedente sancionar al culpable del delito de asociación ilícita, además por los otros delitos que cometa, acumulando materialmente las penas.

La norma, en consecuencia, por razones de una política criminal fundada en la mayor severidad punitiva, evita la aplicación de las reglas generales, previstas en el artículo 351 del Código Procesal Penal, de acuerdo con las cuales se impone la pena correspondiente a las diversas

³¹ No obstante lo afirmado existen sentencias en que tratándose del tráfico de sustancias de distinta naturaleza han optado por el régimen concursal común sea material o ideal. Cfr. Politoff/Matus /Ramírez “Lecciones de Derecho Penal. Parte especial” Editorial jurídica de Chile, 2004, p. 581.

³² En este sentido, y citando jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, Jean Pierre Matus Acuña, Dogmática de los delitos relativos al tráfico de estupefacientes. En Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes. Editorial Jurídica Conosur, 1999, pág. 245.

³³ En este sentido, Santiago Mir Puig. Derecho Penal, Parte General, 5ª Edición, Editorial Reppertor, 1998, pág. 680.

³⁴ Antecedentes legislativos. El proyecto de ley original no contuvo una norma como esta, teniéndose noticia que fue el Ejecutivo el que formuló indicación para sustituir el inciso final de la disposición original, en términos de precisar su alcance, manifestando que si el autor, cómplice o encubridor del delito establecido en este artículo cometiere, además, alguno de los delitos contemplados en esta ley, para los efectos de la aplicación de la pena, se estará a lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal. La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado en sesión de 2 de diciembre de 2003, optó por acoger el artículo, con la indicación del Ejecutivo.

infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados, o la pena mayor, con el mismo aumento. Como se sabe, el procedimiento establecido en el artículo 74 del Código Penal, de imponer todas las penas correspondientes a las distintas infracciones, en general ha quedado reservado para el caso de que con ello se beneficie al condenado, siendo esta la excepción.

La solución legislativa además, guarda perfectamente concordancia con lo sostenido por la Fiscalía Nacional del Ministerio Público en el Instructivo N°16, de 2 de noviembre de 2000, en orden a concluir del análisis del tipo previsto en el artículo 22 de la citada Ley 19.366 y de las normas que regulan el concurso, que en nuestro ordenamiento, entre la figura de asociación ilícita y el tráfico ilícito de estupefacientes se verifica la figura del concurso material o real de delitos.

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 faculta también para distribuir el presente Oficio y los restantes, a los Jueces y Ministros de Corte.

Se deberá tener presente que no corresponde al 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**

GPR/SOH

