MINISTERIO PUBLICO
FISCALIA NACIONAL

Boletín del Ministerio Público

N° 20 - Septiembre 2004

ISSN 0718-0543

N° 20 – SEPTIEMBRE 2004

Fiscal Nacional y Representante Legal:

Guillermo Piedrabuena Richard

Comité Editorial:

Luis Emilio Rojas Aguirre
Marta Herrera Seguel
Iván Fuenzalida Suárez

Colaboradores:

Andrea González Leiva

Sandra Luco Castro
Bibliotecaria Documentalista

Anrriette Silva Fierro
Secretaria

Marcos Muñoz Bravo
Digitador

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

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

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

Dirección: *General Mackenna 1369, 2° piso, Santiago, Chile.*
E-mail: *ifuenzalida@minpublico.cl*
Teléfono: *6909290*

ÍNDICE

PRÓLOGO 7

I. FALLOS

Juzgados de Garantía

Rechaza solicitud de entrada y registro de un inmueble solicitado por el Ministerio Público. ***Juzgado de Garantía de Coquimbo***, veintiocho de enero de dos mil cuatro. 11

De acuerdo al inciso 2° del artículo 395 del Código Procesal Penal condena a las acusadas a la pena de multa de 4 U.T.M. como autoras del delito de lesiones menos graves. ***Juzgado de Garantía de Parral***, cuatro de junio de dos mil cuatro. 14

En procedimiento simplificado condena al acusado a la pena de sesenta días de prisión en su grado máximo y suspensión de la licencia de conducir por el lapso de un año como autor del delito de manejo en estado de ebriedad. ***Juzgado de Garantía de Parral***, ocho de junio de dos mil cuatro. 17

Rechaza la solicitud de diligencia investigativa presentada por la Defensa. ***Juzgado de Garantía de Coronel***, veinte de julio de dos mil cuatro. 20

Condena al acusado a la pena de multa de ocho U.T.M. y costas de la causa como autor del delito de conducir vehículos motorizados en estado de ebriedad. ***Juzgado de Garantía de Linares***, once de agosto de dos mil cuatro. 22

Tribunales de Juicio Oral en lo Penal

Aplica medida de seguridad por el plazo máximo de 300 días de presidio menor en su grado mínimo por el delito de amenazas no condicionales. ***Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó***, veinte de febrero del año dos mil cuatro. 27

Condena al acusado a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, multa de tres U.T.M., accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de receptación. ***Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Linares***, diecinueve de marzo de dos mil cuatro. 36

Condena al acusado a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, multa de 10 U.T.M., accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes. ***Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca***, seis de abril de dos mil cuatro. 41

Condena al acusado a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes. ***Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Linares***, diez de mayo de dos mil cuatro. 48

Condena al acusado a la pena de siete años seis meses y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación. ***Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca***, catorce de mayo de dos mil cuatro. 56

Condena al acusado a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de robo con intimidación. ***Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó,*** cuatro de junio de dos mil cuatro. 63

Condena a los acusados a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales y al pago de las costas de la causa como coautores del delito de robo con violencia. ***Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena,*** veinticuatro de junio de dos mil cuatro. 72

Rechaza la solicitud de la Defensa de ordenar retrotraer el procedimiento a la etapa de preparación de juicio oral. ***Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio,*** veintidós de julio de dos mil cuatro. 80

Cortes de Apelaciones

Rechaza recurso de amparo interpuesto por la Defensa por la presunta dictación de una prisión preventiva ilegal. ***Corte de Apelaciones de Copiapó,*** once de junio de dos mil cuatro. 83

Acoge recurso de apelación del Ministerio Público ordenando decretar la retención de dineros solicitada por éste. ***Corte de Apelaciones de La Serena***, veinticuatro de junio de dos mil cuatro. 85

Acoge recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público por una errónea aplicación del derecho. ***Corte de Apelaciones de Talca***, veinticuatro de junio de dos mil cuatro. 87

Acoge la apelación interpuesta por el Ministerio Público en contra de la resolución que decretó el sobreseimiento definitivo en virtud de un acuerdo reparatorio. ***Corte de Apelaciones de La Serena***, ocho de julio de dos mil cuatro. 91

Rechaza la apelación interpuesta por el Ministerio Público en contra de la resolución que acogió un acuerdo reparatorio. ***Corte de Apelaciones de Punta Arenas***, veintitrés de julio de dos mil cuatro. 92

Acoge recurso de nulidad presentado por el Ministerio Público por una errónea aplicación del derecho. ***Corte de Apelaciones de Antofagasta***, treinta de julio de dos mil cuatro. 94

Acoge recurso de nulidad presentado por la Fiscalía por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal. ***Corte de Apelaciones de Rancagua***, treinta de agosto de dos mil cuatro. 100

Rechaza recurso de apelación presentado por el Ministerio Público contra el sobreseimiento definitivo decretado por el Juez de Garantía. ***Corte de Apelaciones de Punta Arenas***, treinta y uno de agosto de 2004. 110

Acoge recurso de apelación del Ministerio Público dejando sin efecto el sobreseimiento decretado por el Tribunal de Garantía**.** ***Corte de Apelaciones de Concepción***, trece de septiembre de dos mil cuatro. 112

Corte Suprema

Rechaza recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público basado en una errónea aplicación del derecho. ***Corte Suprema***, diecisiete de junio de dos mil cuatro. 115

Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la Defensa por la presunta vulneración de garantías constitucionales. ***Corte Suprema***, trece de julio de dos mil cuatro. 118

II. SENTENCIAS COMENTADAS

Prueba en Procedimiento Abreviado 127
Silvia Peña Wasaff

Apelación de Acuerdo Reparatorio Aprobado (RUC N° 0310004886-7). 132
Fallo Recurso de Queja (Rol de ingreso en Corte Suprema N° 3163-04) Comentario.
Sabas Chahuán Sarrás

III. ARTÍCULOS

Informe Presentencial del Imputado: oportunidad y sujeto legitimado para solicitarlo. 141
Marta Herrera Seguel

Tráfico de llamadas telefónicas. 153
Jaime Retamal Herrera

Desacato de las empresas telefónicas. 157
Jaime Retamal Herrera

Aplicación de las normas sobre medidas cautelares en el procedimiento simplificado. 162
Pablo Campos Muñoz

Informe en Derecho: De la improcedencia de ordenar la modificación de la pena solicitada en la acusación del Ministerio Público, por la vía de la corrección de vicios formales. 167
Raúl Tavolari Oliveros

Valor constitucional de la negativa de la Defensoría Penal Pública para dar a conocer los informes elaborados, por encargo de ella, durante la etapa de investigación. 176
Miguel Ángel Fernández González

IV. OFICIOS E INSTRUCCIONES

OFICIO FN. Nº 273 201
Criterios de actuación criminal tratándose de delitos cometidos por los intervinientes en los procedimientos penales. Desacato y atentado en contra de la autoridad.
Junio de 2004

OFICIO FN. Nº 304 211
Criterios de actuación frente al delito de acusación o denuncia calumniosa. Especial referencia a la situación de los fiscales.
Julio de 2004

OFICIO FN. Nº 344 216
Establece orientaciones con respecto al delito de falso testimonio.
Agosto de 2004

OFICIO FN. Nº 421 221
Orientaciones y criterios de actuación sobre el delito de obstrucción a la justicia del artículo 269 bis del C.P.
Agosto de 2004

OFICIO FN. Nº 449 229
Orientaciones sobre el registro de llamadas telefónicas e interceptación telefónica.
Septiembre de 2004

OFICIO FN. Nº 457 240
Comunica resolución Corte de Apelaciones revocando resolución de juez de garantía que decretó sobreseimiento temporal en audiencia de cautela de garantías.
Septiembre de 2004

PRÓLOGO

Nos es grato presentar un nuevo ejemplar del Boletín del Ministerio Público, conteniendo las novedades del último trimestre en el debate doctrinario y jurisprudencial de las instituciones y principios del nuevo sistema de persecución penal.

Conviene resaltar que -junto a abundante jurisprudencia- en esta oportunidad se incluyen valiosos aportes doctrinarios en temas diversos trabajados por abogados del Ministerio Público. Particular interés tienen también dos informes en derecho evacuados por destacados juristas nacionales. Uno de ellos analiza en profundidad el valor constitucional de la negativa de la Defensoría Penal Pública de dar a conocer, durante la investigación, los informes que son elaborados a petición de sus defensores, tema especialmente importante si se considera la publicidad que caracteriza a la investigación que practica el Ministerio Público. El segundo trabajo, analiza los alcances de una sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas que confirmó un fallo de primera instancia que, a su vez, ordenó al Ministerio Público modificar la pena solicitada en la acusación, previa solicitud de la defensa, argumentando que ello puede hacerse por la vía de la corrección de vicios formales. Por último, se incluyen algunos oficios del Fiscal Nacional que analizan ciertos temas de interés general, impartiendo instrucciones a los fiscales o fijando criterios de actuación institucionales.

Esperamos que los contenidos de esta edición resulten útiles al análisis de la comunidad jurídica y al trabajo de los actores del nuevo sistema. Agradecemos, como es habitual, los valiosos comentarios y sugerencias que se han hecho llegar y lamentamos no poder satisfacer por ahora las numerosas peticiones de ejemplares impresos que, no obstante, grafican el elevado interés de los lectores por esta publicación y nos anima a continuar su desarrollo.

Fiscalía Nacional del Ministerio Público



I Fallos

JUZGADOS DE GARANTÍA

- **Rechaza solicitud de entrada y registro de un inmueble solicitado por el Ministerio Público.**

Tribunal: Tribunal de Garantía de Coquimbo.

Resumen:

El Fiscal solicitó la autorización para entrar y registrar un inmueble del que había sospecha de servir para la comisión del delito de tráfico ilícito de estupefacientes. El Tribunal rechazó la solicitud destacando que la garantía constitucional exige para ser excepcionada la concurrencia de presupuestos habilitantes que digan relación con antecedentes serios que lo justifiquen.

Texto completo:

Coquimbo, veintiocho de enero de dos mil cuatro

Vistos:

1º) Que el Fiscal del Ministerio Público ha solicitado se le autorice la entrada y registro del domicilio ubicado en Manuel Jesús Rivera 727, Población San Juan, Coquimbo, en la causa en la que investiga la supuesta comisión del delito de tráfico ilícito de drogas.

2º) Que justifica su solicitud señalando que «a fin de desarrollar la investigación, determinar la eventual existencia de medios de prueba que pueden existir en el interior del domicilio antes señalado, se hace necesario proceder el ingreso y registro completo del mismo».

3º) Que desde la primera lectura de la cita anterior se advierte su manifiesta inconsistencia, al justificarse en un fin genérico y vacío como «desarrollar la investigación», y al aludir a resultados tan «por si acaso» y azarosos como «determinar la eventual existencia de medios de prueba que puedan existir en el interior del domicilio», pero, pasaremos igualmente a analizar en derecho, la petición efectuada.

La necesidad de esta diligencia la sustenta el Ministerio Público sobre la base de los siguientes datos que aporta:

i. Que la Brigada Antinarcóticos de la Policía de Investigaciones recibió una nota de un interno del Centro de Cumplimiento Penitenciario de La Serena, en la cual se informaba que un individuo apodado «El Chicho», quien se encuentra recluido y gozando del beneficio de salida durante los fines de semana, vende marihuana y pasta base de cocaína en el domicilio singularizado, agregándose que en el mismo inmueble mantendría armas de fuego a fin de efectuar asaltos.

ii. Que efectuadas las indagaciones para confirmar la información, esta brigada estableció que «El Chicho» corresponde a Osvaldo Mauricio López Pizarro, quien se encuentra cumpliendo pena por el delito de robo en lugar habitado y actualmente goza de salida durante los fines de semana.

iii. Que habiendo observado el domicilio aludido, estableció además, «la existencia de gran cantidad de personas que deambulan en el sector, haciendo difícil mantener una vigilancia sobre el recinto».

iv. Que habitaría este inmueble Evelyn Francisca Rojas Vásquez, quien mantendría una orden de detención vigente en una causa del Tercer Juzgado del Crimen de Iquique.

4º) Que es preciso determinar si los datos que suministra el Sr. Fiscal permiten efectivamente es-

timar como necesario en miras de «desarrollar la investigación, determinar la eventual existencia de medios de prueba que pueden existir en el interior del domicilio antes señalado». Proceder al ingreso y registro completo del mismo», como sostiene el Ministerio Público.

Tras este fin y en nuestro rol de garantes, hemos de develar primeramente si esta diligencia cuya autorización se solicita obedece a un fin constitucionalmente legítimo y si además, es necesaria y representa un sacrificio del derecho fundamental de la inviolabilidad del hogar proporcionado a la consecución de dicho fin.

5º) Naturalmente el valor implícito en juego y que se alcanza frente a la inviolabilidad del hogar es el interés público insito a la investigación de un delito que la legislación considera grave y desde esta perspectiva el fin perseguido es en sí mismo constitucionalmente legítimo.

6º) Pero no es suficiente con constatar a priori que la petición persiga un fin legítimo para afirmar su conformidad con la Constitución, sino que, además, la lesión del derecho individual en juego ha de ser necesaria y proporcional a la consecución de ese fin.

7º) Para apreciar esta necesidad y proporcionalidad es preciso verificar la existencia de presupuestos habilitantes, los que presentan una doble dimensión: exige que sea posible justificar la existencia del supuesto ilícito y la conexión entre el sujeto que va a verse afectado por la medida y éste.

Así sólo serán lícitas las diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales que afecten a quienes fundadamente puedan provisionalmente ser tenidos como responsables de un ilícito que, aún si no acotadamente en todos sus detalles, exista como tal.

8º) Según podemos comprobar la construcción del señor Fiscal tiene su cimiento básico en una nota hecha llegar por un recluso a la Policía de Investigaciones -agregada parcialmente a los antecedentes presentados como anexo N° 01 - en la cual se lee textualmente que «*el chicho sale con la pura dominical este es el que tiene pasta mariguana y coca la lleva en la calle con la droga»,* señalando a continuación su domicilio y afirmando «*andan asiendo asaltos tienen pistolas escopetas y hartos fierros ...»*

Y sobre este débil soporte se agrega información proporcionada por la Policía tras su concurrencia hasta las inmediaciones del inmueble, la que habría apreciado que «*es un sector donde merodean muchos jóvenes y adultos*».

9º) Como podemos ver, el hecho investigado se expresa a nivel de sospechas policiales, pero estas sospechas se encuentran desnudas de fundamentos.

Las sospechas para estimarse fundadas deben apoyarse en datos objetivos, que proporcionen una base real de la que puedan razonablemente sacarse conclusiones, cosa que, en este caso, evidentemente no sucede.

10º) La nota del recluso a partir de la cual surge esta investigación contiene una afirmación que -aparte de ser dudosa en sí misma- no puede ser constatada ni aún mínimamente por la Brigada especializada, pues al concurrir al lugar lo único que apreció es que se trata de «*un sector donde merodean muchos jóvenes y adultos* »... sobran palabras...

En cuanto al dato proporcionado consistente en que «habitaría este inmueble Evelyn Francisca Rojas Vásquez, quien mantendría una orden de detención vigente en una causa del Tercer Juzgado del Crimen de Iquique», sorprende por la falta de conexión que tiene con lo que se solicita, y ello nos hace preguntarnos, si realmente se introduce esta información como un argumento a favor de lo que se pide o es un dato meramente anecdótico. Optamos por esto último, pues no se divisa cómo podría sustentarse razonablemente lo primero, lo que nos libera del trabajo de forzar la imaginación creando una respuesta a una argumentación inatingente.

11º) El derecho a la inviolabilidad del hogar que nos asegura la expectativa de gozar de vida privada, concepto que señala Evans de la Cuadra está «directamente vinculado a la intimidad, ese ámbito en que el ser humano y la gente de sus afectos conviven, conversan, se aman, planifican el presente y el futuro, comparten alegrías y tristezas, gozan del esparcimiento, incrementan sus virtudes y soportan

o superan sus defectos, y fomentan sus potencialidades humanas para su progreso integral, todo ello sin la intervención o presencia de terceros.»[1] no puede amagarse sólo para despejar sospechas sin base objetiva que surjan en la mente de los encargados de la persecución penal, por más legítima que sea su aspiración, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional o quedaría, en definitiva, vacía de contenido.

Esta intimidad «empieza a adquirir importancia con el inicio de las sociedades industrializadas y el creciente poder estatal, se considera en este momento como uno de los derechos fundamentales del individuo necesitados de protección no porque signifique un límite sino que porque posibilitan el desarrollo íntegro de la personalidad, en último término se trataría de salvaguardar la libertad frente a cualquier clase de poder». [2]

12º) Así las cosas y ya en condición de pronunciarnos derechamente acerca de la solicitud, podemos sostener sin asomo de duda que no existen antecedentes serios que permitan justificar ni siquiera de una manera embrionaria, la existencia del delito de tráfico de drogas, ni menos aún, que permitan fundadamente vincular este supuesto ilícito con el sujeto cuyo derecho fundamental resultaría damnificado, lo que impide a esta Juez estimar como necesario el ingreso y registro del inmueble que constituye su hogar.

Y teniendo, además, presente lo dispuesto en los artículos 19 N° 5 de la Constitución Política de la República, 9 y 205 del Código Procesal Penal, se resuelve:

Que no se autoriza al Ministerio Público a entrar y registrar el inmueble ubicado en Manuel Jesús Rivera 727, Población San Juan, Coquimbo.

RUC 0400018814-5

RUI 213-2004

Resolvió María Francisca Zapata, Juez de Garantía de Coquimbo.

---

1 Enrique Evans de la Cuadra, Los derechos Constitucionales, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Pág. 213.

2 Pilar Gómez Pavón, La intimidad como objeto de Protección Penal, Colección Lure Omnia. Pág. 35.

- **De acuerdo al inciso 2° del artículo 395 del Código Procesal Penal condena a las acusadas a la pena de multa de 4 U.T.M. como autoras del delito de lesiones menos graves.**

Tribunal: Tribunal de Garantía de Parral.

Resumen:

La Fiscalía acusó a las imputadas como autoras del delito de lesiones menos graves. La defensa alegó la eximente del artículo 10 N° 4 del Código Penal, y en subsidio la eximente incompleta del artículo 11 N°1 del mismo código. También alegó la concurrencia de las atenuantes números 3, 6 y 8 del artículo 11 del código citado. El Tribunal condenó por el delito de lesiones menos graves, acogiendo las atenuantes N° 6 y 8 del artículo 11 del Código Penal, y rechazando la del N° 3 del mismo artículo por no haberse acreditado. Respecto de la eximente alegada, la desestimó porque al haber las imputadas admitido su responsabilidad y optado por el procedimiento del artículo 395 del Código Procesal Penal, no resulta posible una alegación de irresponsabilidad que debe ser probada en un juicio.

Texto completo:

Parral cuatro de junio de dos mil cuatro.

VISTO:

En la causa Rol Único N° 0400197532-9 y Rol Interno del Tribunal N° 545-2004, el Ministerio Público presentó requerimiento en contra de las imputadas VERÓNICA DEL CARMEN MANRÍQUEZ GONZÁLEZ, chilena, RUN 13.374.115-1, nacida el 6 de enero de 1978, dueña de casa, domiciliado en Población sur de Chile, pasaje Valdivia N° 374 de la ciudad de Parral; y GIOVANNA DEL PILAR MANRÍQUEZ GONZÁLEZ, chilena, RUN 13.615.715-9, nacida el 12 de marzo de 1979, dueña de casa, domiciliado calle Santiago Urrutia N° 390 de la ciudad de Parral.

En el mencionado requerimiento se señala: "Que el día 2 de junio del año 2004, en momentos en que la víctima Ingrid Jacqueline Burgos Gutiérrez, domiciliada en calle Dos, casa N° 18, Población Horacio Villablanca, se dirigía a su hogar en la Población Horacio Villablanca, aproximadamente a las 20:45 horas en compañía de su hija, una menor de 17 años, y mientras cruzaba la línea férrea cerca de la feria de animales, fue interceptada por Verónica Manríquez González y por su hermana Giovanna Manríquez González, quienes procedieron a agredirla, tanto a ella como a su hija, provocándole en definitiva a la víctima lesiones en diversas partes de su cuerpo, que en conformidad a la evaluación que se ha efectuado por el médico legista, corresponden a lesiones de carácter menos graves".

La fiscalía considera estos hechos como constitutivos del delito de lesiones menos graves, descrito y sancionados en el artículo 399 del Código Penal, correspondiéndoles responsabilidad a las imputados en calidad de autoras de acuerdo al artículo 15 N° 1, por lo que solicita se les imponga una pena de 300 días de presidio menor en su grado mínimo a cada una de los imputadas, sin perjuicio de las penas accesorias del artículo 30 del Código Penal, esto es la suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, además de las costas que según el artículo 45 del Código Procesal Penal sean de cargo de las condenadas.

CONSIDERANDO:

Primero: Que las imputadas consultadas en la audiencia, previa advertencia de que podrían ser condenados a penas privativas de libertad si el Tribunal lo estimase pertinente, admitieron responsabilidad en los hechos señalados por el fiscal de acuerdo a los términos del artículo 395 del Código Procesal Penal.

Segundo: Que los antecedentes de la investigación que fundan la imputación de la fiscalía fueron:

1. Declaración de la hija de la víctima, Jennifer Vásquez Burgos, de 17 años de edad, que da cuenta de la forma en que las imputadas le pegaron a ella y a su madre, y que al cabo de un rato ella logró escaparse y llamar a Carabineros.

2. Extracto de Filiación y Antecedentes de Giovanna del Pilar Manríquez González, que da cuenta que no posee anotaciones pretéritas.
3. Extracto de Filiación y Antecedentes de Verónica del Carmen Manríquez González, que da cuenta que no posee anotaciones pretéritas.
4. Declaración de la víctima Ingrid Burgos Gutiérrez, que da cuenta la forma en que junto a su hija fue interceptadas por las imputadas y golpeada de tal forma que no podía ponerse de pie, quedando botada en el suelo.
5. Declaración de la imputada Giovanna Manríquez González, que señala que fueron las víctimas quienes las provocaron.
6. Copia de Informe de Lesiones evacuada por el Médico Legista, que da cuenta que doña Ingrid Jacqueline Burgos Gurtiérrez sufrió lesiones menos graves de recuperación 15 días.
7. Declaración de la imputada Verónica Manríquez González, que señala que fueron las víctimas quienes al momento de cruzarse en el camino las provocaron.
8. Declaración de Cristian Carrillo Méndez, quien señala que las mujeres se encontraban en la calle discutiendo llegó al lugar para evitar la situación, momento en que la señora Ingrid se avalanzó sobre su cuñada.
9. Set fotográfico de las lesiones de las víctimas.
10. Parte N° 420 de Carabineros de Chile de Parral.
11. Denuncia efectuada por la víctima Ingrid Burgos.

Tercero: Que la defensa alegó lo que sigue:
Que ambas imputadas reconocieron su responsabilidad en los hechos por los cuales se les requirió, atendido lo cual solicita el beneficio del artículo 395 inciso segundo del Código Procesal Penal, aplicándose la pena de multa.
Agrega que a ambas imputadas tienen irreprochable conducta anterior, lo que se acredita con su extracto de filiación y antecedentes que está libre de anotaciones pretéritas, como así también les beneficia la atenuante de del artículo 11 N° 8 del Código Penal, esto es "si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito", por cuanto concurrieron voluntaria y personalmente ante el Tribunal, antes de que fuese despachada la orden de detención solicitada en su contra. En atención a que concurren dos atenuantes, procedería bajar la pena en un grado.
Plantea además que también concurre en la especie la atenuante de provocación por parte de la víctima, toda vez que quien inició la riña fue ésta junto a su hija, ante lo cual la imputada Verónica Manríquez salió en defensa de su hermana Giovanna que era agredida por la víctima. Señala que el origen de esta riña tiene motivos sentimentales, y que no es la primera vez que sucede algo por el estilo, da a conocer que doña Giovanna Manríquez reclamó un procedimiento monitorio en el cual se le imputa una falta en contra de la víctima, lo cual de alguna manera demuestra que ha habido en provocación por parte de la víctima y sólo defensa por parte de las imputadas.
Alega además, a favor de doña Verónica Manríquez la eximente de legítima defensa de pariente por cuanto concurren los tres requisitos señalados en el numeral 4 del artículo 10 del Código Penal, y en el evento que el Tribunal no considere alguna de las circunstancias de la eximente, se originaría una eximente incompleta por lo que se configuraría una atenuante.
Cuarto: Que de acuerdo a la admisión de responsabilidad en los hechos que se le imputan así como los antecedentes que fundamentan el requerimiento de la fiscalía ya mencionados, este Tribunal ha llegado más allá de toda duda razonable a la convicción que se ha acreditado que las imputadas agredieron a la víctima, la que resultó con hematomas en diversas partes de su rostro y cuerpo, de carácter menos grave.
Quinto: Que invocando las normas que permiten a este sentenciador apreciar libremente la prueba observando la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, encuadran los hechos descritos dentro del tipo penal del artículo 399 del Código Penal, correspondiéndole participación a los imputados en calidad de autores.
Sexto: Que se le reconoce a las imputadas la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, irreprochable conducta anterior, como así también la del artículo 11 N° 8 del código Penal, esto es "si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito", por cuanto se entregaron voluntariamente y en forma personal al Tribunal antes de que la orden de detención emitida en su contra fue-

se despachada. A su vez se rechaza la atenuante del numeral 3 del artículo 11, toda vez que no se desprende de los antecedentes aportados en la causa que las víctimas hayan realizado actos de provocación en contra de las imputadas. Como así también se rechaza la atenuante de eximente incompleta de legítima defensa de pariente alegada en favor de doña Verónica Manríquez, por no concurrir, a juicio de este Tribunal ninguna de los requisitos establecidos en el artículo 10 N° 5 en relación con el artículo 11 N° 1.-

Séptimo: Que concurriendo en la especie para ambas imputadas dos atenuantes, procede rebajar la pena en un grado.

Octavo: Que habiendo las imputadas reconocido responsabilidad en los hechos por los cuales se les requirió, no procede alegar la eximente de responsabilidad de legítima defensa, por cuanto tales hechos deben ser probados en juicio, y de acogerse, inequívocamente se debe concluir que las imputadas no tuvieron responsabilidad en los hechos por los cuales se les requirió, lo que no se condice con la naturaleza del procedimiento por el cual las imputadas optaron voluntariamente.

Noveno: Que teniendo en cuenta que la fiscalía señaló que en cuanto a la pena impuesta se estará a lo que determine el Tribunal.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 2, 15 N° 1, 11 N° 6 y 8, 49, 67 y 399 del Código Penal; 45 y 47, párrafos IV, V, IX y X del Libro II y Título I Libro IV del Código Procesal Penal; se resuelve:

I.- Que se condena a las imputadas, Verónica Del Carmen Manríquez González y Giovanna Del Pilar Manríquez González, ya individualizados, a pagar una multa equivalente a cuatro unidades tributarias mensuales cada una, por su responsabilidad como autoras del delito de lesiones menos graves en la persona de Ingrid Jacqueline Burgos Gutiérrez.

II.- Que de no enterarse la multa impuesta será sustituida por un día de reclusión por cada quinto de unidad tributaria mensual, no excediendo de 6 meses. En el evento de que deban pagar la multa en prisión, les servirá de abono el tiempo que estuvieron detenidas, entre el 3 de junio de 2004 y el 4 de junio de 2004.

III.- Que se concede el plazo de 8 meses a ambas condenadas para pagar la multa impuesta. El retraso en una de ellas hará exigible el total de la multa.

IV.- Que el cumplimiento de la presente sentencia se verificará cuando ésta se encuentre ejecutoriada.

V.- Que de acuerdo al artículo 45 y siguientes del Código Procesal Penal se les exceptúa a los condenados del pago de las costas de esta causa atendido el modo en que se determinó su responsabilidad.

Dése cumplimiento al artículo 468 del Código Procesal Penal, ejecutoriada que sea esta sentencia.-

Regístrese y archívese cuando en derecho corresponda.

RUC 0400197532-9

RIT 545-2004

Dictó don JUAN MARCELO BRUNA PARADA, Juez Subrogante del Juzgado de Garantía de Parral.

- **En procedimiento simplificado condena al acusado a la pena de sesenta días de prisión en su grado máximo y suspensión de la licencia de conducir por el lapso de un año como autor del delito de manejo en estado de ebriedad.**

Tribunal: Tribunal de Garantía de Parral.

Resumen:

El Ministerio Público dedujo acusación por el delito de conducción en estado de ebriedad causando lesiones leves. La Defensa solicitó la aplicación de la facultad del artículo 395 inciso 2° del Código Procesal Penal, solicitando la imposición de una pena pecuniaria. El Tribunal estimó que concurrían antecedentes calificados y graves que justificaban la imposición de una pena privativa de libertad, atendida la reincidencia del acusado en el mismo tipo de delito.

Texto completo:

Parral, ocho de junio de dos mil cuatro.

VISTO:

En la causa Rol Único N° 0300195213-0 y Rol Interno del Tribunal N°427-2004, el Ministerio Público, presentó requerimiento de procedimiento simplificado en contra de JOSÉ BENJAMÍN MELLA MATUS, chileno, RUN 11.335.188-8, nacido el 25 de septiembre de 1968, agricultor, domiciliado en La Florida sector Palma Rosa 31 comuna de Retiro. En el mencionado requerimiento se señala: "Que el día 8 de diciembre de 2003, aproximadamente a las 00:30 horas, personal de Carabineros de la Tercera Comisaría de Parral, alertado por un llamado telefónico desde el hospital local, se constituyó en Avda. Dr. Patricio Blanco Ruiz, entre las calles Dieciocho y San Martín de esta ciudad, comprobando que en dicho lugar se encontraba una persona de sexo masculino tendido en la calzada producto de un atropello, siendo trasladado en forma urgente por la ambulancia al Servicio de Urgencia del Hospital de Parral. Al efectuar Carabineros un patrullaje en los alrededores de dicho lugar, sorprendió a José Benjamín Mella Matus, anteriormente individualizado, al interior de la camioneta participante de estos hechos P.P.U ET-9594, en el asiento del conductor, en manifiesto estado de ebriedad. A consecuencia del atropello don Roberto Saavedra Riquelme, resultó con lesiones de carácter leve, según diagnóstico del médico de turno del Hospital de Parral". Se calificaron los hechos descritos como el delito de conducción en estado de ebriedad causando lesiones leves, previsto en el artículo 121 inciso primero de la Ley 17.105. Solicita la pena de 540 días de presidio menor en su grado mínimo, multa de diez unidades tributarias mensuales, suspensión de licencia, permiso o autorización para conducir vehículos motorizados por el término de dos años, además de conformidad al artículo 30 del Código Penal, solicita como pena accesoria, la suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena. Con costas.

CONSIDERANDO:

Primero: Que el imputado consultado en la audiencia admitió responsabilidad en los hechos señalados por el fiscal en circunstancias que previamente se le advirtió de la posibilidad de imponérsele una pena privativa de libertad y las copulativas y accesorias que en derecho corresponden de acuerdo a los términos del artículo 395 del Código Procesal Penal.

Segundo: Que los antecedentes de la investigación que fundan la imputación de la fiscalía fueron:

1.- Parte de carabineros de la Tercera Comisaría de Parral N° 970, de fecha 8 de diciembre de 2003, que da cuenta de los hechos constatados por Carabineros.

2.- Acta de notificación de derechos al detenido José Benjamín Mella Matus, efectuada por Carabineros el día 8 de diciembre de 2003.

3.- Acta de alcoholemia voluntaria, efectuada al imputado el día 8 de diciembre de 2003 a las 01:00 horas.

4.- Certificado de atención de urgencia médica del Hospital de Parral de fecha 7 de diciembre de 2003,

practicada a don Roberto Saavedra Riquelme, víctima del atropello, que da cuenta que resultó con herida contusa frontal, calificadas como leves. Emitido por la Dra. Viviana Vallejos Gutiérrez.
5.- Hoja de vida del conductor, perteneciente al imputado, que da cuenta que posee anotaciones pretéritas por 2 delitos de conducción en estado de ebriedad, condenado a 61 días de presidio menor en su grado mínimo, más una multa de un sueldo vital y a 41 días de prisión en su grado máximo, con beneficio de reclusión nocturna, respectivamente.
6.- Extracto de filiación y antecedentes de don José Benjamín Mella Matus, que da cuenta que posee anotaciones pretéritas.
7.- Fotocopia de los documentos del vehículo participante del hecho que se investigó.
8.- Informe de alcoholemia N° 4933-2003 emitido por el Servicio Médico Legal de Talca, correspondiente al imputado, que da cuenta que arrojó como resultado 2,06 gramos de alcohol por litro de sangre, en muestra tomada el 9 de diciembre de 2003 a las 01:15 hrs.
9.- Copia de sentencia condenatoria de fecha 30 de agosto de 2000, del Juzgado de Letras de Parral que condena a José Benjamín Mella Matus por el delito de manejo en estado de ebriedad, hecho ocurrido el año 2000.
10.- Copia de sentencia condenatoria de fecha 14 de marzo de 2002, pronunciada por el Juzgado de Garantía de Parral en la causa RUC 0200131321-8 en contra del imputado, y su certificado de cumplimiento del Centro de Cumplimiento Penitenciario de Parral.
11.- Declaración de Cristián Hernández Gaete, carabinero, quien señala que estando de guardia el día 8 de diciembre de 2003 a las 00:30 hrs. recibió un llamado dando a conocer que en calle Patricio Blanco se encontraba una persona lesionada. Llegando al lugar se percataron que había una persona tendida en el suelo la que habría sido atropellada.
12.- Declaración de Marco Antonio Maldonado Pezo, Cabo 1° de Carabineros que señala que el día 8 de diciembre de 2003 a las 00:30 hrs. el suboficial de guardia recibió una llamada telefónico desde el Hospital dando cuenta que existía una persona de sexo masculino internada producto de un atropello.
13.- Declaración de Guiliano Alberto Bizama Quijón, de fecha 10 de febrero de 2004, Carabinero de servicio el día en que ocurrieron los hechos, que señala que recibió una llamada dando cuenta que había ingresado al hospital una persona atropellada, atendido lo cual se identificó a la víctima y se despacharon las órdenes para que actuara el personal de servicio los que encontraron al conductor José Mella Matus al interior de una camioneta que presentaba rastros de haber participado en el atropello.
14.- Declaración del imputado José Benjamín Mella Matus, prestada ante la Fiscalía, donde reconoce los hechos.
Tercero: Que de acuerdo a la admisión de responsabilidad en los hechos que se le imputan así como los antecedentes que fundamentan el requerimiento de la fiscalía ya mencionados, este Tribunal ha llegado más allá de toda duda razonable a la convicción de que se han acreditado los siguientes hechos: Que el día 7 de diciembre de 2003 aproximadamente a la medianoche el imputado José Benjamín Mella Matus, momentos en que conducía por calle Dr. Patricio Blanco de la ciudad de Parral, la camioneta placa patente única ET-9594, al llegar a calle San Martín atropelló a don Roberto Saavedra Riquelme, quien resultó con heridas de carácter leve. Que el conductor se encontraba en manifiesto estado de ebriedad. Hecho que se acredita de acuerdo a lo señalado por los funcionarios aprehensores en el parte denuncia, y ante la fiscalía, en el informe de alcoholemia que da cuenta que el imputado contaba con como resultado 2,06 gramos de alcohol por litro de sangre, además de sus propias declaraciones.
Cuarto: Que invocando las normas que permiten a este sentenciador apreciar libremente la prueba observando la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, encuadra los hechos descritos dentro del delito contemplado en el artículo 121 de la ley N°17.105.-
Quinto: Que la defensa señaló que atendido lo dispuesto en el artículo 395 inciso 2° del Código Procesal Penal y habiendo el imputado reconocido responsabilidad en los hechos, corresponde se le aplique únicamente una pena de multa, que no concurren antecedentes calificados que justifiquen la eventual imposición de una pena de prisión. Además, se hizo presente que el imputado es agricultor y dado los problemas económicos que afectan al rubro, señala que sólo recibe el sueldo mínimo, por lo cual pide que se le aplique el mínimo de multa y se le dé plazo para cancelar. Hace presente además que el imputado actualmente se está sometiendo a un tratamiento antialcohólico. Que en caso que

el tribunal determine sancionar con pena privativa de libertad, dado que en la especie se cumplen lo preceptuado en la Ley N° 18.216, pide que se le conceda el beneficio de reclusión nocturna.

Sexto: Que la fiscalía señala que el imputado es reincidente dado que posee dos condenas por el mismo delito una de 61 días remitida y otra de 41 días con reclusión nocturna. Y si bien inició un tratamiento antialcohólico, tal hecho no debe influir en la imposición de la pena, por cuanto es un asunto personal que en nada ha intervenido el Tribunal. Independiente de la pena que se le imponga, pide que además se le suspenda la licencia por dos años ya que es reincidente.

Séptimo: Que a juicio de este sentenciador, ha quedado acreditado que el imputado es reincidente, y teniendo presente que ha reconocido su responsabilidad en los hechos, la reincidencia será considerada para determinar que existen antecedentes calificados y de carácter grave para no imponer pena de multa sino una privativa de libertad, más la accesoria de suspensión de licencia, carné o autorización para conducir todo tipo de vehículo motorizado por el plazo de un año.

Octavo: Que atendido que el artículo 395 del Código Procesal Penal señala que en caso de existir antecedentes calificados se podrá imponer pena de prisión, siendo el caso de autos, téngase por la presente sentencia rectificada la pena señalada el día de la audiencia de juicio simplificado, imponiéndose en definitiva la pena que se resuelva en la presente sentencia.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 2 y 15 N° 1 del Código Penal; artículos 121 y 122 bis de la ley N° 17.105, artículos 1, 45, 47, párrafos IV, V, IX y X del Libro II y Título I Libro IV del Código Procesal Penal; Ley 18.216, se declara:

I.- Que se condena José Benjamín Mella Matus, ya individualizado, a la pena de 60 días de prisión en su grado máximo, y a la suspensión de su carné, permiso o licencia de conducir por el lapso de un año, por su responsabilidad como autor del delito de manejo en estado de ebriedad, hecho ocurrido el día 7 de diciembre de 2003 aproximadamente a la medianoche en esta ciudad.

II.- Que se le concede al condenado el beneficio de reclusión nocturna, por igual período de la condena, quedando bajo vigilancia del Centro de Cumplimiento Penitenciario de ésta ciudad. En caso de incumplir con las condiciones impuestas deberá cumplir la pena en forma efectiva, no existiendo abonos que imputarle.

III.- Que de acuerdo al artículo 47 del Código Procesal Penal, y teniendo en cuenta la forma en que se determinó la responsabilidad del imputado y sus facultades económicas se le exceptúa del pago de las costas de esta causa.

Dése cumplimiento al artículo 468 del Código Procesal Penal, ejecutoriada que sea esta sentencia.- Regístrese y Archívese cuando en derecho corresponda.

RUC N° 0300195216-0 RIT N° 427-2004

Dictó don JUAN MARCELO BRUNA PARADA, Juez Subrogante del Juzgado de Garantía de Parral.

- **Rechaza la solicitud de diligencia investigativa presentada por la Defensa.**

Tribunal: Tribunal de Garantía de Coronel.

Resumen:

La Defensa solicitó al Tribunal de Garantía que decretara una autorización para trasladar al imputado con el fin de realizarle un examen pericial. El Tribunal rechazó la solicitud en virtud de lo dispuesto por los artículos 80 A de la Constitución Política del Estado, 1° de la Ley 19.640 y 3° del Código Procesal Penal, los cuales establecen que la facultad de dirigir la investigación es exclusiva del Ministerio Público, correspondiéndole sólo a éste decretar diligencias investigativas, así como solicitar las autorizaciones judiciales que éstas requieran.

Texto completo:

Coronel, veinte de julio de dos mil cuatro.

Individualización:

Ante este Juzgado de Garantía, presidido por el Magistrado Titular don **Juan Villa Martínez,** y siendo las 12:02 horas, se inicia la audiencia decretada para el día de hoy, con la asistencia del **Fiscal Adjunto de Coronel don Andrés Cruz Carrasco,** el **Abogado Defensor Penal Público don Mauricio Massa Montoya** y los **Abogados Defensores Penales Públicos Licitados don Danilo Ramos Silva y doña Paulina Bermúdez Sáez**, todos con domicilio y forma de notificación registrados en el tribunal.

SOLICITUD DE LA DEFENSA:

Defensa de Miguel Concha Concha: solicita al tribunal que autorice el traslado del imputado Miguel Ángel Concha Concha, a fin de que se realice un examen de espermiograma el día 23 de julio de 2004 a las 10:00 horas en el Laboratorio SOMER de la ciudad de Concepción.

Fiscal: expresa que se opone a la solicitud presentada por la defensa.

Tribunal resuelve:

Visto, oídos y teniendo presente:

1.- Que la solicitud planteada por la defensa de Miguel Concha Concha, consistente en obtener de este tribunal una autorización para trasladar al imputado con la finalidad de que éste sea sometido a una pericia biológica, constituye una diligencia de investigación de las contempladas en el artículo 197 del Código Procesal Penal.

2.- Que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 80 A de la Constitución Política de la República, artículo 1 de la Ley 19.640 y artículo 3 del Código Procesal Penal, la facultad de dirigir la investigación de los hechos constitutivos de delito corresponde en forma exclusiva al Ministerio Público, estándole por lo mismo vedado a los tribunales de justicia decretar diligencias de investigación, por lo que la solicitud de la defensa de Miguel Concha Concha debe ser necesariamente rechazada, por improcedente.

3.- Que, a mayor abundamiento, de lo dispuesto en el artículo 9 inciso 2° del Código Procesal Penal se desprende claramente que las autorizaciones judiciales para la práctica de diligencias intrusivas de investigación pueden ser solicitadas únicamente por el Ministerio Público y no por los restantes intervinientes del procedimiento, precisamente porque la facultad de dirigir la investigación penal corresponde en forma exclusiva al Ministerio Público.

4.- Que, en consecuencia, la defensa deberá solicitar al Ministerio Público la práctica de la respectiva pericia biológica y será este último órgano el que eventualmente requerirá las autorizaciones judiciales que procedan en Derecho.

5.- Que la defensa invocó en abono de su solicitud la norma del artículo 320 del Código Procesal Penal, que a la letra expresa: "durante la etapa de investigación o en la audiencia de preparación del juicio oral los intervinientes podrán solicitar del Juez de Garantía que dicte instrucciones necesarias para que sus peritos puedan acceder a examinar los objetos, documentos o lugares a que se refiere su pericia o para cualquier otro fin pertinente".

6.- Que la disposición citada en el motivo anterior no tiene aplicación en el caso presente, pues lo pretendido por la defensa no es que este tribunal imparta instrucciones a alguno de sus peritos para acceder a examinar determinados objetos o lugares, sino obtener una autorización para realizar una diligencia de investigación, labor que corresponde en forma exclusiva y privativa al Ministerio Público y no a este Tribunal de Garantía.

Por estas razones y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 80 A de la Constitución Política de la República, artículo 1 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público y artículos 3, 9, 93 letra b), 98 inciso 4°, 183, 257 y 320 del Código Procesal Penal, **se resuelve:**

Que no ha lugar a la solicitud de la defensa, *la que* ***deberá ocurrir ante la institución que corresponda.***

Siendo las 12:44 horas se pone término a la audiencia, la que queda registrada íntegramente en el sistema de audio con el mismo número de Rit.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 40 del Código Procesal Penal, se levanta la presente acta, que se agrega a la carpeta correspondiente y se remite copia de la misma al fiscal y defensor vía correo electrónico.

RUC Nro. 0300202636-7

RIT Nro. 10-2004

Dirigió la audiencia don **JUAN SANTIAGO VILLA MARTÍNEZ**, Juez Titular del Juzgado de Garantía de Coronel.

CERTIFICO: Que con esta fecha notifiqué por el estado diario las resoluciones pronunciadas en la audiencia que consta en el acta que antecede. Coronel, 20 de julio de 2004.-

- **Condena al acusado a la pena de multa de ocho U.T.M. y costas de la causa como autor del delito de conducir vehículos motorizados en estado de ebriedad.**

Tribunal: Tribunal de Garantía de Linares.

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de conducir en estado de ebriedad. La Defensa solicitó la absolución argumentando que al haber sido sorprendido estacionado, no se habría configurado la conducta típica. El Tribunal desechó el argumento de la Defensa, señalando que a la luz de la lógica y las máximas de la experiencia, sólo cabía concluir que para llegar al lugar en que estaba estacionado, el imputado tuvo que conducir su vehículo en estado de ebriedad, cumpliéndose de esta forma con el tipo contenido en el artículo 196 E de la Ley 18.290, el que no exige ser sorprendido en flagrancia.

Texto completo:

Linares, once de agosto de dos mil cuatro.-

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que la Srta. Fiscal del Ministerio Público doña Carola D'Agostini Ibáñez, presentó requerimiento en procedimiento simplificado en contra de **SADY AGUSTÍN CHACÓN ROSSÓN**, agricultor, cédula nacional de identidad N° 5.568.197-K, 56 años de edad, casado, domiciliado en Januario Espinoza N° 398, Linares, como autor del delito de conducir vehículos motorizados en estado de ebriedad, previsto y sancionado en el artículo 196 E de la Ley N° 18.290, exponiendo los siguientes hechos:

Que el 22 de enero de 2004, alrededor de las 02:15 horas, en circunstancias que carabineros recibe un comunicado indicando que en la Ruta 5 Sur, kilómetro 315 de la comuna de Longaví, sector Puente Liguay, había un vehículo estacionado sobre la pista costado oriente, contra el sentido del tránsito, con peligro inminente de provocar un accidente, por lo que se constituyeron en el lugar, constatando la efectividad de lo denunciado, encontrando el vehículo marca Toyota modelo Yaris, patente VV-2688, el que era conducido por el requerido Sady Agustín Chacón Rosson en estado de ebriedad, quien en ese momento estaba sentado al volante.

El Ministerio Público solicita se imponga al imputado la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, multa de dos unidades tributarias mensuales, suspensión de licencia, permiso o autorización para conducir vehículos motorizados por el término de seis meses y suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, más las costas del juicio.

SEGUNDO: Que conforme a lo dispuesto en el artículo 395 del Código Procesal Penal y 122 bis de la Ley N° 17.105, el imputado admitió su responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento, habiéndosele advertido previamente por el Tribunal sus derechos, las consecuencias de su decisión e informado de todas las penas copulativas y accesorias que de acuerdo a la ley pudieren imponérsele.

TERCERO: Que la admisión de responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento por parte del imputado, y los demás antecedentes acompañados por el Ministerio Público en la carpeta judicial, en particular, el informe de alcoholemia efectuada al imputado, cuyo resultado indica que éste tenía 2,13 gramos por mil de alcohol en la sangre y el parte policial de fecha 22 de enero de 2004, ponderados con libertad y de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, permiten a este juzgador adquirir la convicción, más allá de toda duda razonable, respecto de la existencia del hecho contenido en el requerimiento y la participación del acusado en el mismo, en calidad de autor, toda vez que condujo un vehículo motorizado en estado de ebriedad, tomando parte en la ejecución del hecho de manera inmediata y directa.

CUARTO: Que es fundamental para establecer los hechos anteriores, tener presente las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia. En efecto, habiéndose acreditado que el requerido Sady Agustín Chacón Rosson se encontraba en el

interior de su automóvil marca Toyota, modelo Yaris, patente VV-2688, en la Ruta 5 Sur, kilómetro 315, comuna de Longaví, sector Puente Liguay, a las 02:15 horas de la madrugada, estacionado sobre la pista costado oriente, contra el sentido del tránsito; que el imputado se encontraba sentado al volante del vehículo en manifiesto estado de ebriedad y que en el lugar no había otras personas ni existe indicio alguno que permita presumir que el móvil pudiese haber sido conducido por un tercero, debe concluirse necesariamente que fue el propio imputado quien encontrándose en estado de ebriedad condujo el vehículo y se detuvo en la Ruta 5 Sur, estacionándose en el lugar en que finalmente fue encontrado por carabineros.

QUINTO: Que los hechos reseñados en el fundamento tercero configuran el delito de conducir vehículos motorizados en estado de ebriedad, previsto y sancionado en el artículo 196 E de la Ley N° 18.290, con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de dos a diez unidades tributarias mensuales, además de las accesorias de suspensión del carné, permiso o autorización para conducir vehículos por el término de seis meses a un año.

SEXTO: Que la Fiscal del Ministerio Público doña Carola D'Agostini Ibáñez, reiterando los fundamentos expuestos en el requerimiento, solicitó se condene al requerido como autor del delito de manejo en estado de ebriedad, argumentando que se ha cometido una conducta típica y antijurídica, ya que el imputado se desempeñó en estado de ebriedad. Señala que el manejo en estado de ebriedad no implica que se deba sancionar únicamente a las personas que sean sorprendidas flagrantes, ya que de esa forma se llegaría a la conclusión que en todos aquellos manejos con resultado de muerte o colisión con otros vehículos, cuando ya ha cesado la actividad de conducir, serían impunes ante la ley. Por eso se adhiere a lo resuelto por la Ilustrísima Corte de Apelaciones en cuanto a que desempeñarse significa cumplir, es decir, hacer aquello a lo que uno está obligado y evidentemente no cumple con su obligación el conductor de un vehículo motorizado que teniendo a su cargo la máquina se embriaga, aunque en el momento de ser sorprendido no se hallare conduciendo materialmente el vehículo. En este sentido, el Código impone al sentenciador analizar las pruebas tomando en cuenta la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, que en este caso, considerando el lugar y hora en que fue encontrado el imputado, el reconocimiento del propio requerido y al examen de alcoholemia, permite concluir que debió conducir el vehículo para llegar a esa situación, en virtud de lo cual pide se dicte sentencia condenatoria.

Finalmente, sostuvo que no es procedente en este caso la suspensión de la imposición de la pena prevista en el artículo 398 del Código Procesal Penal, puesto que no concurren antecedentes favorables que hicieren aconsejable la suspensión de la condena respecto del imputado.

SÉPTIMO: La defensa del imputado, solicita se dicte sentencia absolutoria a favor de su defendido, fundado en que la pretensión de condenar a su representado vulneraría el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, en cuanto a que la conductas penadas en la ley deben estar expresamente descritas en ella, lo que se relaciona con la norma del artículo 1° del Código Penal, la cual define delito como toda acción u omisión penada por la ley, disposiciones que dicen relación con el requisito básico de la tipicidad. Señala que en este caso, los hechos contenidos en el requerimiento del ministerio público se desprende que el imputado fue sorprendido dentro de su vehículo estacionado, sentado frente al volante, y no hay ningún elemento que permita decir que estaba conduciendo, por lo que hay un problema de tipicidad, que queda de manifiesto si se analiza la antigua norma que sancionaba a quien había conducido o se aprestaba a conducir, que fue derogada expresamente, incluyendo, entonces, la actual ley N° 18.290 sólo a conducir o estar conduciendo, excluyendo haber conducido, como es este caso y aprestarse a conducir, razón por la cual esta conducta es atípica y debe dictarse sentencia absolutoria en su favor. En cuanto a lo expresado sobre el término desempeñarse, sostuvo que se trataba de un problema semántico y que dicha palabra se refiere a las funciones de guardafrenos, cambiadores o controladores, pero no a la conducción de vehículos motorizados.

En subsidio, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 395 solicita se aplique solamente pena de multa, ya que no concurren antecedentes calificados que permitan imponer pena de prisión, registrando una anotación por cuasidelito de lesiones del año 1971, que su representado no se preocupó de eliminar, no teniendo infracciones penales desde

esa época y no concurriendo circunstancias agravantes de responsabilidad penal. Para el evento de imponerse multa solicita se aplique en el mínimo.

Finalmente, para el caso en que se dicte sentencia condenatoria, solicita se suspenda la imposición de la pena por el plazo de seis meses conforme a lo dispuesto en el artículo 398 del Código Procesal Penal, por existir antecedentes que no aconsejan imponer la pena a su representado.

OCTAVO: Que en relación con los fundamentos de la petición de absolución formulada por la defensa, cabe tener presente que el artículo 115 A inciso segundo de la Ley N° 18.290, sobre Tránsito, prescribe que se "prohíbe, asimismo, la conducción de cualquier vehículo o medio de transporte, la operación de cualquier tipo de maquinaria o el desempeño de las funciones de guardafrenos, cambiadores o controladores de tránsito, ejecutados en estado de ebriedad, bajo la influencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas o bajo la influencia del alcohol".

Y por su parte, el artículo 196 E dispone que "el que infrinja la prohibición antes transcrita, cuando la conducción, operación o desempeño fueren ejecutado en estado de ebriedad, o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas será sancionado...".

NOVENO: Que los preceptos legales antes indicados, no permiten inferir que, para que se configure el delito materia del requerimiento, el conductor del vehículo motorizado debiere ser sorprendido precisamente en circunstancias de estar conduciendo personalmente el vehículo, como lo estima la defensa del imputado, ya que las normas señaladas nada dicen respecto de limitar la conducta sancionada sólo a los casos de flagrancia y además, ello implicaría despenalizar todos aquellos casos en que habiendo existido conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad con resultado de daños, lesiones o muerte, se inicia el procedimiento por carabineros luego de producido el accidente y por lo tanto, habiéndose producido con anterioridad la conducción. La modificación del inciso 4° del artículo 121 de la Ley N° 17.105, no es otra que la de haber suprimido la presunción acerca del inminente o futuro desempeño en la conducción por parte de un ebrio, pero no excluye la posibilidad de sancionar la conducta pretérita cuando ésta es suficientemente comprobada, al igual que lo que ocurre en toda acción típica.

Atendido lo antes razonado, debe rechazarse la afirmación de la defensa de infringirse el principio de tipicidad en caso de dictarse sentencia condenatoria, puesto que ha quedado suficientemente claro que la conducta sancionada por el artículo 196 E de la Ley del Tránsito, cuyo verbo rector es "conducir" vehículos en estado de ebriedad, incluye la conducción en ese estado "ya producida" como aquella en que el conductor es sorprendido en forma flagrante, consideraciones por las cuales se desestimará la petición de absolver al requerido y se dictará sentencia condenatoria en su contra.

DÉCIMO: Que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 395 del Código Procesal Penal, en los casos en que el imputado reconoce responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento debe ser condenado, únicamente, a una pena de multa, a menos que concurrieren antecedentes calificados que ameriten la aplicación de la pena de prisión.

En este caso, teniendo presente que no concurren circunstancias agravantes ni otras circunstancias que otorguen mayor gravedad a los hechos, se estimará que en la especie no hay antecedentes calificados suficientes para justificar la imposición de la pena de prisión, motivo por el cual este juez impondrá únicamente pena de multa.

UNDÉCIMO: Que, constituyendo la norma del artículo 395 ya citado, en los casos en que el imputado reconoce responsabilidad, una norma que establece la pena aplicable, reemplazando la pena prevista en el artículo 196 E de la Ley del Tránsito, no corresponde aplicar la multa que establece esta última disposición, sino que la contenida en el artículo 25 del Código Penal, que tratándose de los simples delitos, permite imponer una multa de una a veinte unidades tributarias mensuales.

DUODÉCIMO: Que no concurriendo en la especie circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal ni habiéndose aportado antecedente alguno para acreditar la situación económica del imputado, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 70 del Código Penal, el tribunal se encuentra facultado para recorrer toda la extensión de la multa al momento de determinar la cuantía de la multa que en definitiva se impondrá.

DÉCIMO TERCERO: Que juez se rechazará la petición de la defensa de suspender la imposición de la pena y sus efectos establecida en el artículo 398 del Código Procesal Penal, debido a que

no concurren respecto del imputado antecedentes favorables que hicieren aconsejable la no imposición de la pena a su respecto, por lo que no se encuentra justificado aplicar dicha norma de excepción, habiéndose acompañado por la defensa documentos que sólo acreditan que el imputado está casado, tiene hijos y cual es su domicilio, pero no demuestran de forma alguna que se trate de una persona que se hubiese destacado en servicios a la comunidad, funciones públicas o acciones solidarias, distinguiéndolo del normal de las personas, en términos tales que ameriten suspenderle la pena y sus efectos.

Por estas consideraciones y vistos además lo dispuesto en los artículos 1, 15, 25 y 70 del Código Penal; 196 E de la Ley N° 18.290 y 297, 340, 388 y siguientes del Código Procesal Penal, SE DECLARA:

I Que **SE CONDENA** a **SADY AGUSTÍN CHACÓN ROSSÓN**, cédula de identidad N° 5.568.197-K, ya individualizado, como autor del delito de conducir vehículos motorizados en estado de ebriedad, perpetrado el 22 de enero de 2004, en la ciudad de Linares, a la pena de multa, a beneficio fiscal, ascendente a **OCHO UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES** y al pago de las costas de la causa.

La multa impuesta deberá pagarse en ocho cuotas mensuales, de una unidad tributaria mensual cada una, debiendo pagarse la primera cuota dentro de tercero día desde que el presente fallo quede firme o ejecutoriado y las restantes cuotas dentro de los primeros cinco días de los meses siguientes, según el valor en pesos de la referida unidad tributaria mensual al momento de su pago, mediante un depósito que se efectuará en la Tesorería General de la República. El no pago de una de las parcialidades, hará exigible el total de la multa adeudada.

Si el sentenciado no pagare la multa impuesta en los plazos señalados precedentemente, sufrirá por vía de sustitución y apremio la pena de prisión, regulándose un día por cada centésimo de unidad tributaria mensual, sin que ella pueda exceder de sesenta días.

II Que **SE RECHAZA** la petición de la defensa de suspender la imposición de la pena y sus efectos, conforme a lo dispuesto en el artículo 398 del Código Procesal Penal.

En su momento, dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal.

Regístrese y archívese en su oportunidad.
RUC N° 0400027768-7.-
RIT N° 659-2003.

Dictada por don **RICARDO RIQUELME CARPENTER**, Juez de Garantía de Linares.-

TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL

- **Aplica medida de seguridad por el plazo máximo de 300 días de presidio menor en su grado mínimo por el delito de amenazas no condicionales.**

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

Resumen:

La Fiscalía acusó por el delito de amenazas del artículo 296 número 3 del Código Penal, reconociendo la concurrencia de la eximente por locura, por lo que solicitó la internación del acusado en un hospital siquiátrico como medida de seguridad. La Defensa alegó que, siendo demente el imputado, en su acción había faltado el dolo. El Tribunal distinguió entre el dolo y la culpabilidad, declarando que el dolo no es sino el conocimiento de la actividad que se desarrolla, así como la voluntad de realizarla, no requiriendo el conocimiento de la ilicitud, pudiendo entonces un demente realizar acciones dolosas porque el dolo no supone un juicio de culpabilidad.
El voto de minoría estimó que no debía imputarse el tiempo previo que el acusado estuvo privado de libertad al tiempo de aplicación de la medida de seguridad por la naturaleza distinta de ambas instituciones.

Texto Completo:

Copiapó, veinte de febrero de dos mil cuatro.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°) Que, ante la primera sala de este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, integrada por los Jueces Mario Muñoz Reymar, quien la presidió, Juan Carlos Espinosa Rojas y Marianne Barrios Socías, se llevó a efecto el día 16 de febrero actual, la audiencia de juicio oral de la causa RUC 0300101443-8 y RIT N° 02 – 2004, seguida en contra de **MANUEL DEL CARMEN ESCOBAR PEZO**, chileno, cédula de identidad N° 8.995.339-1, casado, maestro carpintero, domiciliado en Portal del Inca H 14, El Salvador, comuna de Diego de Almagro.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por el fiscal Luis Soriano Carreño, domiciliado en calle O'Higgins N° 830, Copiapó.

La defensa del imputado estuvo a cargo del Defensor Penal Público don Raúl Palma Olivares, domiciliado en calle Chañarcillo N°480, Copiapó.

2°) Que los hechos en que se funda la acusación son los siguientes:

"Desde el mes de diciembre del año 2002, la víctima, la menor María Paz Araya Chirino ha sido perseguida y amenazada por Manuel Del Carmen Escobar Pezo, indicándole que se la va a violar porque es virgen y que ella debe entregársele voluntariamente. Este acoso comenzó cuando la menor participó representando a la Virgen María en una actividad en navidad, desarrollada en el sector Portal del Inca, en el Salvador. Desde ese tiempo y en reiteradas ocasiones Escobar Pezo ha perseguido a la víctima, llegando incluso a golpear a dos de sus amigos, Cristián Marín y José Salazar, hecho ocurrido en junio de este año, con ocasión de un paseo a un cerro cercano a El Salvador, en que también la menor fue acompañada de su madre Marcela Angélica Chirino Astudillo. Los últimos hechos ocurrieron el día 3 de septiembre de 2003, aproximadamente a las 14:00 horas, en el paradero Portal del Inca, de El Salvador, cuando la víctima esperaba el bus escolar, acompañada de su amiga Daniela Henríquez Pasten y en circunstancias que Manuel Escobar Pezo se encontraba en ese lugar, le señaló a la menor que se la iba a llevar, procediendo además a efectuar gestos obscenos con sus manos y pelvis".

El Ministerio Público sostuvo que estos hechos configuran el delito de amenazas, previsto y sancionado en el artículo 296 N° 3 del Código Penal, en grado de consumado, atribuyéndole participación al acusado en calidad de autor ejecutor del hecho, toda vez que tomó una directa relación con los hechos acaecidos, siendo el encargado de llevar a cabo los elementos que configuran el tipo penal.

En cuanto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, sostiene que concurre la circunstancia eximente de responsabilidad penal contemplada en el artículo 10 N° 1 del Código Penal, esto es, la de ser loco o demente el acusado, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón. La medida de seguridad que solicita el Ministerio Público consiste en la internación del acusado en el Hospital psiquiátrico de Santiago ubicado en el sector El Peral, denominado "Open Door" o en el Hospital psiquiátrico de Putaendo, de conformidad con el criterio del tribunal.

Ratificó el Ministerio Público el contenido de su acusación en sus alegatos, ofreciendo probar cada uno de sus fundamentos, promesa que en su alegato de clausura y luego de analizar la prueba rendida estimó cumplida.

3°) Que la defensa del acusado Manuel Del Carmen Escobar Pezo en sus alegatos, manifestó que el Ministerio Público no acreditó los presupuestos materiales del delito de amenazas contemplado en el artículo 296 N° 3 del Código Penal, esto es, que éstas revistan características de seriedad, gravedad y verosimilitud; ni tampoco los estándares suficientes para lograr la convicción necesaria en el tribunal más allá de toda duda razonable. Razón misma por la cual se hace inaplicable una medida de seguridad al acusado Escobar Pezo, más aún cuando éste, concurre permanentemente al médico para su tratamiento.

Por otra parte, sostiene que el delito en cuestión es de peligro, de modo tal que debe existir un riesgo plausible o acción idónea contra el bien jurídico protegido cual es la seguridad, no reuniendo las amenazas proferidas por el acusado dicha calidad. Asimismo, señala que el dolo y fuerza moral exigida por el tipo, no pudo ser llevado a cabo por el acusado al carecer éste de voluntad y por encontrase imposibilitado de coaccionar a otro, circunstancias producidas por su condición de enajenado mental. Igualmente, expresa que ninguno de los antecedentes que obran en juicio son calificados, esto es, revestidos de especiales características que permitan presumir fundadamente que el acusado atentará contra sí mismo o de terceros, puesto que los testigos se remiten a situaciones confusas y pretéritas que no fueron denunciadas en su momento.

Afirma, que la víctima ha presentado al declarar en estrados un miedo excesivo, obedeciendo únicamente a una cualidad personal de ésta, a diferencia de la actitud que mostró su amiga Daniela Estela Henríquez Pastén quien, al declarar en juicio, refirió también ser objeto de una amenaza por parte del acusado Escobar Pezo, observándose en ella un comportamiento bastante más tranquilo.

Asimismo, indica que la perito Canales Gálvez que declaró en estrados señaló, que del examen practicado al acusado no se podía colegir la realización de atentados violentos contra alguien, sino amenazas; lo que también se deduce, porque el acusado no tiene antecedentes penales previos y a que a sus cuarenta y tres años no ha presentado cuadros violentos.

Por último hace presente, que el acusado estuvo sujeto a prisión preventiva e internado provisoriamente en el Hospital Regional de Copiapó, cumpliendo en exceso el tiempo posible a la pena mínima probable aplicable en la especie, debiendo en consecuencia abonarse dicho periodo, al tiempo de duración de la medida de seguridad en el caso que se aplicare por el tribunal.

4°) Que, por convenciones probatorias se tuvieron por acreditados los siguientes hechos:

a) Que Manuel Del Carmen Escobar Pezo, cédula de identidad N° 8.995.339 – 1, no registra anotaciones penales en su extracto de filiación y antecedentes.

b) Que María Paz Araya Chirino, víctima de este delito, nació el 2 de marzo de 1989 y sus padres son Arnaldo Hernán Araya Alfaro y Marcela Angélica Chirino Astudillo.

5°) Que el acusado durante el juicio hizo uso de su derecho a guardar silencio.

6°) Que el delito por el cual se dedujo acusación fiscal requiere para su configuración, una amenaza mediante el empleo de fuerza moral, capaz de crear en el sujeto pasivo un temor de causar un sufrir en su persona un mal próximo en el tiempo que constituya delito –en lo que nos interesa-, siempre que dicha amenaza revista seriedad y verosimilitud.

7°) Que el Ministerio Público con la finalidad de acreditar el delito de amenazas sustentado en su acusación, hizo declarar como testigo, en primer término a la madre de la menor, doña **Marcela Angélica Chirino Astudillo**, quien depone que vive sola con su hija y que el imputado siempre ha seguido a la menor. Agrega, que todo comenzó en el mes de diciembre del año 2002 cuando su hija representó a la Virgen María en una obra teatral en el barrio, encontrándose presente como espectador el acusado, pues "se le metió en la cabeza" y como vive al frente de la casa a unos cien metros, le gritaba desde allí que "se la iba a poner en la cola", que "la iba a violar". Refiere que el día 3 de septiembre del año 2002 no pudo ir a dejar a su hija al colegio y aquélla le contó que el acusado la siguió al paradero de bus, apuntándola con el dedo y haciendo gestos con sus brazos (con los dos brazos doblados y moviéndolos hacia atrás y delante).

También relata, que en el mes de julio encontrándose su hija con dos jóvenes y mientras uno de ellos hablaba por teléfono de nombre Cristián, Escobar Pezo, que transitaba por dicho lugar, procedió a golpearlo, produciéndose una pelea porque el otro joven lo defendió y al llegar el padre de uno de ellos, el acusado se arrancó.

Asimismo, cuenta que el día 13 de febrero del presente año, el acusado les dijo que las iba a matar porque lo habían mandado a la cárcel y que para ello quemaría la casa con ellas adentro, creyendo la testigo que él es capaz de hacerlo por su forma especial de ser.

Expresa, que normalmente el acusado sube el cerro y tira piedras a las casas y a las personas y que incluso se ha creído "Rambo", pintándose la cara, corriendo y gritando. Incluso vio hace unos años atrás que el acusado insultaba a su padre, diciéndole este último "no hijo por favor, pescó una piedra y la tiró en su hombro", concurriendo Carabineros con posterioridad.

Indica que el mismo hacía "leznas", siguiendo con ello a los niños, llevándoselo Carabineros detenido, pero después lo soltaban.

Manifiesta que a un vecino, Marcelo Cortés, lo siguió con una piedra y cuando éste entró a la casa se la tiró a la casa.

Señala, que la persecución y las expresiones de que va a violar a su hija lo hace solamente con ella, quien se ha sentido muy mal, no sale de la casa y para salir a jugar debe acompañarla e ir a buscarla y dejarla al colegio, y que incluso ha bajado las notas perdiendo con ello una beca. Refiere que su hija todavía juega con las muñecas y que es miedosa, produciéndole terror el acusado.

Por último indica que, hace tres años vive en El Salvador, habiéndole pedido el acusado en ocasiones agua caliente, comida, sin habérselo negado y que siempre le han dicho "el loco".

También citada por el Ministerio Público declaró la víctima **María Paz de Lourdes Araya Chirino**, quien sostiene que el acusado la persigue a cualquier lugar que concurre, comenzando a fines del año 2002 cuando en una representación teatral hizo de Virgen María en el barrio Portal del Inca, estando presente el acusado, quien desde su casa le empezaba a gritar que la violaría porque era virgen y una vez hecho eso, se tenía que quedar callada y no contárselo a nadie. Añade que le hacía gestos con las manos (los dos brazos doblados moviéndolos hacia arriba y hacia atrás) para luego tocarse sus genitales.

Indica que el día 3 de septiembre del año 2003 se dirigía a tomar el bus para ir al colegio, encontrándose el acusado en la esquina quien procedió apuntándola con el dedo a efectuar gestos obscenos con sus manos, lugar donde estaba su amiga Daniela Henríquez y otro hombre de nombre José, el cual le llamó la atención.

Igualmente, sostiene que en el mes de febrero del año pasado cuando venía de vuelta del cerro con unos amigos, debió ir a buscarlos el papá de un amigo porque la estaba siguiendo el acusado. Como también, en el mes de julio del año 2003 en una fiesta del barrio se encontraba Daniela, José Salazar y Cristián Marín, último que estaba hablando por teléfono, acercándose el acusado y

pegándole un puñete en la cara, procediendo el otro amigo a defenderlo, cuando al llegar el padre de Cristián, aquel se escapó. Asimismo, manifiesta que un día fue a la casa de una amiga a hacer una tarea y se encontraba el acusado pegado en la ventana mirándola. En el mismo sentido declara que el 13 de enero actual el acusado gritaba desde su casa que si no cumplía con su amenaza iba a quemar la casa con ella y su madre adentro.

Por otra parte, depone que el acusado quemaba artículos electrónicos para buscar imanes porque supuestamente le daban poder y, tiraba piedras a las personas y casas.

Relata, que el acusado ya cumplió una amenaza con relación a su amigo de nombre Cristián, puesto que le decía a su padre que le iba a pegar a éste y en una fiesta del barrio efectivamente le pegó un puñete en la cara sin causa alguna.

Sostiene que denunció el hecho por miedo a que el sujeto cumpliera su amenaza, porque es un enfermo y como ya agredió a un amigo suyo lo podría hacer con ella.

Por último, expresa que lo conoce desde pequeña como "el loco zorro", y que no siempre fue agresivo, sino después que llegó de la ciudad de Ovalle y que nadie se atreve a burlarse de él por miedo a su persona; haciendo presente que en ocasiones es nerviosa y cuando el sujeto la ha amenazado siempre ha estado acompañada con su madre o amigos.

Asimismo, declaró la menor **Daniela Estela Henríquez Pastén**, quien declara que es amiga de María Paz Araya Chirino y que cuando andaba con ella el acusado la acosaba. Relata que un día en el mes de junio del año 2003, estaban con unos amigos en un asado cuando sorpresivamente aparece el acusado y golpea a Marín sin causa. Luego, en el mismo mes llegaba del liceo a su casa y vio al acusado mirando por la ventana a su amiga, saliendo María Paz con otras personas y lo echaron.

Así también señala, que el 3 de septiembre del año 2003 en el paradero de bus el acusado le hizo señales a María Paz con su dedo apuntándola y se tomó los genitales, haciendo lo misma con ella al día siguiente, quien se encontraba sola en el paradero de bus, provocándole miedo.

Indica que esto ocurre desde la navidad del año 2002, cuando María Paz representó a la Virgen María, diciéndole Manuel Escobar que era la única mujer virgen, gritándole "te hace falta un pedazo de chula" "tú eres la única mujer virgen en Portales a si que te voy a hacer mía porque yo soy el Señor", y que María Paz tenía que ser de él por la razón o por la fuerza. Refiere que el acusado vive cerca de María Paz.

Continúa explicando, que a María Paz le ha afectado esta situación, porque no sale de su casa y cree que Manuel Escobar puede cumplir su amenaza, pues la seguía bastante y porque ya golpeó a una persona, haciendo presente que no han sido sólo gritos sino que la seguía a cualquier lugar donde ella estaba, tiraba piedras a las casas y a las personas, sintiendo incluso las piedras arriba del techo cuando estaba en casa de María Paz.

Por último explica, que la gente le tiene miedo al acusado, siendo conocido como "El loco zorro" y que al parecer es enfermo; aclarando que María Paz es bastante nerviosa, pero en cuanto a sus miedos es normal y que a ella también le daría miedo en su lugar.

Por otra parte**,** declaró **Teresa del Carmen Carrillo Carrillo**, quien depuso sobre la situación socioeconómica del acusado, señalando que la realidad social del sector donde vive el acusado es marginal, las casas son hechas de desechos y el agua potable es por acarreo, que vive solo sin tener apoyo de su familia la cual vive en Diego de Almagro, manifestándole el mismo padre que no podían tenerlo porque puede hacerles algo a él y su señora, solicitándole que lo internaran. Añade, que es un sujeto en riesgo social, puesto que vive solo y no cuenta con un ingreso suficiente, la vivienda no es adecuada y no tiene quien le administre medicamentos, encontrándose casado pero separado de hecho.

Señala, según el mismo acusado le indicara, que éste se cree Dios y que escucha voces de los ángeles y que le dijeron que debe poseer a una joven que se encuentre virgen porque de lo contrario los ángeles no lo dejarán tranquilo.

Indica que se efectuó un informe social, porque la misma comunidad le pidió ayuda ante el problema que ocasiona el acusado Escobar Pezo, el cual estuvo en el año 2000 con tratamiento médico por una psicosis paranoia, siguiendo con el tratamiento el año 2001 pero en forma más alejada, para luego el año 2002 irse de la ciudad y llegar nuevamente el año 2003, año el que ya estaba muy mal rehusándose a recibir cualquier tipo de tratamiento.

Continúa señalando, que el acusado destruyó su radio y televisor porque no podía tener imanes en su casa, encontrando Carabineros unas "leznas" en la vivienda, es decir, una especie de herramienta la que tiene en un extremo madera y en el otro un clavo, como también botellas de cervezas enrolladas con papel, las cuales según él, eran bombas. Considera que el acusado es peligroso, porque Escobar Pezo siente que es un deber cumplir con lo que las voces le ordenan para poder estar tranquilo.

Sostiene además, que la comunidad se quejaba de que Escobar Pezo estaba muy agresivo, existiendo temor que Manuel Escobar Pezo pudiere cometer un acto que el día de mañana todos se pudieren arrepentir, sugiriendo un tratamiento psiquiátrico para que pueda ser compensado.

Citado por el Ministerio Público, compareció en estrados, la perito psiquiatra **Gloria Canales Gálvez**, quien declara haber efectuado una evaluación al acusado, concluyendo que el acusado Escobar Pezo tiene una psicosis lúcida paranoide con un coeficiente intelectual limítrofe o retardo mental, haciendo presente la calidad de inimputable del acusado.

Por otra parte, y continuando con la prueba introducida por el Ministerio Público, se incorporaron mediante su exhibición y lectura como prueba material, el informe social N° 12/03 de 23 de junio de 2003 suscrito por la Asistente Social Teresa Carrillo Carrillo, copia simple de la ficha clínica del acusado Escobar Pezo del consultorio de la Municipalidad de Diego de Almagro y dos cartas suscritas por pobladores de la Población Portal del Inca, sin fechas y suscrita por un total de cuarenta y dos firmas, los que solicitan se tomen medidas con el acusado.

8°) Que con el mérito de las convenciones probatorias, la prueba incorporada a que se ha hecho referencia en el motivo anterior, apreciada libremente sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia ni los conocimientos científicamente afianzados, permiten establecer, más allá de toda duda razonable, que en la localidad de Portal del Inca en la comuna de El Salvador, desde fines del año 2002 y durante el año 2003, un sujeto enajenado mental padeciendo de psicosis lúcida paranoide, en reiteradas ocasiones intimidó de un modo serio y verosímil mediante gestos, palabras y acciones a la menor María Paz Araya Chirino, manifestándole que la iba a violar para quitarle su virginidad, desplegando con ello un evidente y fundado temor en la víctima de ser posible el mal anunciado, hecho éste constitutivo del delito de amenazas no condicional previsto y sancionado en el artículo 296 N° 3 del Código Penal.

9°) Que en efecto, las declaraciones de las testigos presenciales y de oídas Marcela Angélica Chirino Astudillo –madre de la víctima- y Daniela Estela Henríquez Pasten –amiga de la ofendida-, han sido contestes, precisas y detalladas, impresionando al tribunal como veraces, en cuanto a que refieren determinados hechos que han demostrado al tribunal la **amenaza mediante fuerza moral** ejercida sobre la menor, no sólo consistente en expresiones y gestos sino en la acción misma de perseguirla.

En efecto, declararon que un sujeto al cual conocen como "El loco zorro" que vive en la localidad de El Salvador y frente a la vivienda de la afectada desde el mes de diciembre del año 2002, la persigue a cualquier lugar en que ésta se dirija, lo que se inició después de una representación teatral de la Virgen María efectuada por la menor María Paz Araya Chirino en el barrio donde viven, encontrándose presente en dicho lugar como espectador el acusado Escobar, gritándole "que le hacía falta un pedazo de chula" y "eres la única mujer virgen de Portales y te voy a hacer mía porque yo soy el Señor". Expresiones que repitió con posterioridad y durante el año 2003, las que profería desde su casa o desde lugares donde se encontraba la menor afectada luego de seguirla.

Así también, se logró establecer que el día 3 de septiembre del año 2003 la afectada y la testigo Henríquez Pasten, se dirigieron al paradero de bus

para concurrir al colegio apareciendo el acusado para gritarle a la víctima que la violaría, haciendo señas obscenas con sus manos (con los brazos doblados moviéndolos hacia delante y atrás) y tocándose sus genitales. Asimismo, Daniela Henríquez indica que fue a pasear en el mes de febrero del año 2003 al cerro con la ofendida y unos amigos, acosando el acusado a María Paz Araya Chirino debiendo ir a buscarlas el papá de un amigo, precisando incluso la testigo que cuando la menor era perseguida por el sujeto, éste sólo seguía a María Paz, por cuanto era a ella quien el acusado sindicaba con su dedo. Igualmente, la misma testigo presenció cuando llegando a su casa del colegio vio al acusado pegado en la ventana mirando a "María Paz".

Declaraciones ambas a su vez, que se encuentran corroboradas con los dichos de la propia víctima, quien además señaló, que el día 13 de enero del año 2004, el acusado les gritó a ella y a su madre desde su casa, que si no cumplía con su amenaza les iba a quemar la casa con ellas adentro, misma que fuera declarado por la madre de la menor.

Por otra parte, y en cuanto a la necesidad de haber experimentado la víctima un **temor** ante la amenaza de un **mal próximo** constitutivo de delito, se ha establecido con las mismas declaraciones de las testigos Chirino Astudillo y Henríquez Pastén, pues ambas testigos concuerdan que con las persecuciones del acusado hacia la víctima, la vida de la menor ha cambiado por cuanto la madre de ésta debe ir a buscarla y dejarla al colegio, perdiendo incluso una beca por la baja en sus notas. Así, la madre de la niña expresa que su hija se ha sentido mal y que no quiere salir a jugar fuera de la casa sufriendo pesadillas por la situación que le afecta y, por su parte, la testigo Henríquez Pasten afirmó que le ha influenciado, porque su amiga no anda tranquila y que toda la gente le tiene miedo al acusado.

Relatos que son plenamente congruentes con el mismo testimonio de la víctima que expuso e impresionó en estrados por su temor, señalando que precisamente por "miedo" denunció el hecho ante la posibilidad de que el acusado cumpliera con su amenaza, toda vez que ya lo hizo con un amigo de nombre Cristián Marín en el mes de julio del año pasado, a quien el acusado amenazaba con pegarle, cuando sin causa alguna y apareciendo sorpresivamente el acusado durante un asado, lo golpeó en la cara.

Asimismo y, como ya se ha venido estableciendo, el mal próximo que anuncia el acusado reviste las características de delito, pues pretende la violación de la menor María Paz Araya Chirino.

Ahora bien, las amenazas de que fuera objeto la víctima se han establecido como **verosímiles** y **serias,** para ello se ha tenido presente la actitud persistente en el tiempo que ha tenido el acusado Escobar Pezo de amenazar a la menor Araya Chirino (desde el año 2000) con quitarle su virginidad, amenazas éstas que sólo las ha proferido a ella y no a otras niñas del lugar. Permitiendo llegar a dicha conclusión además, el hecho de que el acusado Escobar Pezo cumplió una de sus amenazas con un amigo de la ofendida durante un asado en el mes de julio del año 2003, dándole sin razón un golpe de puño en la cara, tal como se acreditara con la prueba testimonial producida. Como también por la conducta que el acusado ha presentado en los últimos años en la comunidad de El Salvador, que como lo manifestaran las testigos y la víctima, arroja piedras desde un cerro a las personas y a las casas, unido al hecho que agredió a su propio padre tiempo atrás con una piedra como lo indicara la testigo Chirino Astudillo. Asimismo, la Asistente Social Teresa del Carmen Carrillo Carrillo al entrevistarse con el acusado, dijo que éste le señaló que era Dios y que escuchaba voces de los ángeles y que le dijeron que debía poseer a una virgen y que si no obedecía lo seguirían molestando, concluyéndose en consecuencia que estas ideas van dirigidas a la menor Araya Chirino como ya se demostrara. Más aún si se tiene presente que el acusado Escobar Pezo es enajenado mental, adoleciendo según la médico psiquiatra Gloria Canales Gálvez de una psicosis lúcida paranoide, lo que le hace tener como certezas sus ideas delirantes con una conducta amenazante para los otros, que encontrándose bajo estados sicóticos puede realizar conductas bastante violentas, siendo según las máximas de la lógica y experiencias un peligro para la menor afectada, la que se encuentra dentro de sus ideas delirantes.

En consecuencia, si bien no se cuenta con la declaración del imputado que permita entregar una versión diferente a los hechos por cuanto hizo uso de su derecho a guardar silencio, se cuenta con las declaraciones de las testigos y la perito ya indicados, que impresionaron al tribunal como capaces de percibir los dichos de éstos idóneamente y, que en el caso de la perito además demostró dominio de su ciencia y arte, resultando pertinente concluir que impresionaron como veraces y creíbles.

10°) Que en lo relativo a la participación que se atribuye al acusado Manuel del Carmen Escobar Pezo, ésta se acreditó con el testimonio de Teresa del Carmen Carrillo Carrillo quien al entrevistarse con el acusado éste le manifestó que debía poseer a una virgen según le habían dicho ángeles, lo que concuerda con el reconocimiento que hicieran de él en estrados, las testigos Marcela Chirino Astudillo y Daniela Estela Henríquez Pastén, quienes fueron categóricas en sindicar al acusado como el sujeto que amenaza a la ofendida mediante expresiones verbales, gestos y persiguiéndola a los lugares que se dirige. Participación corroborada por el mismo reconocimiento que hiciera la ofendida de él en juicio.

Tales antecedentes forman convicción suficiente en este Tribunal y permiten dar por acreditado, más allá de toda duda razonable, que a Manuel Del Carmen Escobar Pezo, le ha cabido participación en calidad de autor en el delito establecido en el motivo octavo de esta sentencia, por cuanto tomó parte de una manera inmediata y directa en la ejecución del hecho.

11°) Que habiéndose constatado la existencia de un hecho típico y antijurídico como la participación del acusado en él, corresponde analizar la procedencia de la aplicación de una medida de seguridad. Para ello se cuenta con la declaración de la perito psiquiatra **Gloria Canales Gálvez**, quien previa cuenta de su experticia, declara haber efectuado una evaluación al acusado Escobar Pezo, al que encuentra orientado en tiempo- espacio, descuidado en su arreglo personal y con un lenguaje disgregado, con una tendencia a ponerse irritable y negando estar enfermo y a ver alucinaciones, a pesar, de referirse a una "conspiración" que hay en contra de él "de una persona y otros cuarenta" (SIC).

Expresa que es un sujeto sin capacidad de enjuiciar, pero sin presentar alteración cuantitativa de la conciencia, en sus respuestas aparece auto referencia y con tendencia a ponerse paranoide.

Indica que en el mes de agosto del año 2000 se derivó al paciente de la comuna de El Salvador a la comuna de Diego de Almagro por fenómenos auditivos de persecución, produciéndose una segunda vez en el mes de abril del año 2001, dándosele de alta con control ambulatorio lo que no ha cumplido hasta la fecha.

Concluye la perito, que el acusado Escobar Pezo, tiene una psicosis lúcida paranoide con un coeficiente intelectual limítrofe o retardo mental, sugiriendo ante la negativa del paciente de efectuar un adecuado tratamiento, un sistema de manejo hospitalario para asegurar su contención y red de apoyo en el mismo.

Precisa que, por la edad en que se ha manifestado la enfermedad, podría pensarse que no se trataría de una esquizofrenia, porque esta última aparece en la década de los veinte años, sin embargo ante la presencia de varios elementos de esta enfermedad la hace equiparable a ella, lo cual es discutido en medicina psiquiátrica.

Explica que el examinado Escobar Pezo, tiene una conducta perturbadora producto de sus ideas delirantes actuando con una conducta amenazante para los otros, atendida la falta de conciencia de su enfermedad, de tratamiento y especialmente de su falta de soporte social.

Asimismo, sostiene que las amenazas se producen por una idea delirante, lo cual no es un problema de voluntad sino de su juicio que se encuentra alterado, puesto que vive su realidad como certezas. Afirmando luego, que en general los esquizofrénicos no son tan agresivos, pero que existe un riesgo bajo estado sicótico que realicen conductas bastantes violentas.

Igualmente se cuenta con los testimonios de Marcela Chirino Astudillo, Daniela Henríquez Pasten, Teresa Carrillo Carrillo y de la ofendida María Paz Araya Chirino, todas quienes relataron diversos episodios de la conducta del acusado Escobar Peso como ya se ha hecho referencia detalladamente en este fallo, a saber, el golpe

recibido por un amigo de la víctima luego de una amenaza de aquél (julio del año 2003); la agresión de que fuera objeto el padre del acusado con una piedra; el habérsele encontrado en sus pertenencias "leznas, con las que perseguía con ello a niños; arrojar piedras a la propiedad ajena y a las personas; conductas exhibicionistas como bajarse los pantalones y exhibir sus genitales, y disfrazarse del personaje "Rambo" pintándose para ello la cara, gritando y corriendo por la calles.

12º) Que de esta forma los elementos de juicio reseñados en el motivo precedente constituyen a juicio de estos sentenciadores, antecedentes calificados que permiten establecer que el acusado Manuel Del Carmen Escobar Pezo al padecer una grave alteración en sus facultades mentales como así lo concluyera en su pericia la doctora Canales Gálvez –no contradicha por elemento probatorio alguno- y los variados comportamientos que ha sostenido el acusado según se desprende de la testimonial incorporada, hacen temer más allá de toda duda razonable, que atentará contra sí o contra otras personas. Razón misma que hace necesario a toda luces la aplicación de una medida de seguridad al acusado, con el objeto que éste logre un adecuado tratamiento para evitar que bajo un estado psicótico pudiere realizar conductas bastante violentas, tal como lo manifestara la doctora Canales Gálvez. Más aún si se tiene presente que el acusado Escobar Pezo al vivir solo no posee una red familiar de apoyo que le permita un control en el suministro de medicamentos, lo que se demuestra en el hecho que éste ha abandonado el tratamiento psiquiátrico de que fuera objeto.

13°) Que en consecuencia habiéndose establecido por el Juzgado de Garantía de Diego de Almagro, que el acusado se encuentra en la situación prevista en el artículo 10 N° 1 del Código Penal, siendo de este modo inimputable por enajenación mental y reuniéndose en la especie los requisitos del artículo 455 del Código Procesal Penal, procede aplicar al acusado Manuel Del Carmen Escobar Pezo una medida de seguridad consistente en la internación en un establecimiento psiquiátrico atendida la gravedad del caso.

14°) Que la defensa de Escobar Pezo alegó que con la prueba introducida por el Ministerio Público no se logró acreditar los elementos materiales del delito de amenaza, esto es, que aquéllas se encuentren revestidas de verosimilitud y seriedad, como asimismo, que los antecedentes del juicio no revisten la calidad de calificados para permitir presumir que el acusado atentara contra sí o terceras personas, lo cual ha sido desvirtuado por el tribunal en los fundamentos reseñados en los motivos noveno y decimosegundo de esta sentencia.

Asimismo, la defensa sostuvo que no nos encontraríamos ente un hecho típico, toda vez que al ser enajenado mental el acusado adolece de voluntad y, por ende, carece de la capacidad para actuar con dolo. En este punto se hace necesario aclarar que para que exista dolo no se requiere que el hechor comprenda la criminalidad de su acto, se exige que conozca su acción, pero no su ilicitud, por eso un inimputable puede actuar dolosamente, pero no es responsable. Así el dolo libre valorativamente no supone un juicio de culpabilidad. Para ello debemos comprender el dolo como "la finalidad dirigida a la realización del tipo objetivo. El aspecto interno, subjetivo de la acción, es una noción libre de toda valoración, el dolo se integra- como la finalidad- con el mero conocer de la actividad que se desarrolla y querer llevarla a cabo**..." (Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Parte General Tomo II, Editorial Jurídica, pág.75)**. Concepto compartido por estos sentenciadores concluyéndose en consecuencia, que el hecho ha sido típico pese a la condición de enajenado mental que adolece el acusado Escobar Pezo.

Igualmente la defensa manifestó que el miedo demostrado en estrados por la menor Araya Chirino y que pudo ser percibido por el tribunal, ha sido exagerado puesto que obedece únicamente a una cualidad personal de ésta. El Tribunal no comparte tal afirmación por cuanto si bien la madre de la niña dijo que su hija era miedosa, resulta lógico tal temor, atendido el largo tiempo que la menor ha estado expuesta a las amenazas, teniendo además presente la enfermedad que padece el acusado que lo puede hacer impredecible y la envergadura de su amenaza, miedo en todo caso que conforme se ha demostrado no sólo la afectaba a la menor sino a toda la comunidad del lugar donde vive el acusado.

Por último, la defensa refirió que la perito psiquiatra declaró, que no se podía colegir en la conducta del acusado atentados violentos contra alguien, sino conductas amenazantes lo cual se demuestra -según la defensa- con el hecho que el

acusado no tiene antecedentes penales. Declaración que efectivamente efectuó la perito citada, pero que en todo caso la misma en su relato, no descartó conductas bastante violentas al manifestar que existe la posibilidad de reactivarse su estado sicótico e ideas delirantes sin un adecuado tratamiento, razón por la cual y que unido a las demás motivaciones referida en el motivo decimosegundo de esta sentencia, llevarán a aplicar la medida de seguridad de internación señalada.

15°) Que para los efectos de precisar el tiempo que ha de durar la medida de seguridad en conformidad al artículo 481 del Código Procesal Penal, se hace necesario efectuar la determinación de la pena privativa de libertad que hubiere podido imponérsele, teniendo para ello presente que por convención probatoria se acreditó que el acusado no registra anotaciones penales en su extracto de filiación y antecedentes; de modo tal, que siendo la pena aplicable al delito de amenazas, la de presidio menor en su grado mínimo y, procediendo reconocerle, para el caso que el acusado fuere imputable, que le beneficiaría la atenuante contemplada en el artículo 11 N°6 del Código Penal, dicha pena mínima probable, estos sentenciadores la determinan en 300 días de presidio menor en su grado mínimo, tiempo éste por el cual se aplicará la medida de seguridad que se señalará.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 10 N° 1, 11 N° 6, 14 N° 1, 15 N° 1, 30, 50, 67, 296 N° 3 del Código Penal; 1, 45, 47, 295, 296, 297, 298 y siguientes, 314, 340, 341, 342, 343, 344, 346, 348, 455 a 464 y 481 siguientes del Código Procesal Penal, **se resuelve**:

I.- Que se impone al acusado **MANUEL DEL CARMEN ESCOBAR PEZO**, ya individualizado, la medida de seguridad de su internación en el Hospital Siquiátrico Dr. Phillippe Pinel de Putaendo dependiente del Servicio de Salud Aconcagua, medida que durará mientras subsistan las condiciones que la han hecho necesaria, y en ningún caso podrá extenderse más allá del tiempo que le hubiere correspondido por su eventual condena, esto es, 300 días de presidio menor en su grado mínimo. El Director del establecimiento antes señalado o del que tuviere a su cargo al enajenado mental deberá informar semestralmente sobre la evolución de su condición al Ministerio Público y a su curador o familiares, en el orden de prelación mencionado en el artículo 108 del Código Procesal Penal.

II.- Que a la medida de seguridad impuesta se le considerarán los días que el acusado estuvo sujeto a prisión preventiva e internado provisionalmente, esto es, entre el 24 de septiembre del año 2003 y 5 de enero de 2004, correspondiente a un total de 105 días, la que deberá comenzar a contarse cuando se presente a cumplirla.

III.- Ofíciese en su oportunidad al Director del Hospital Psiquiátrico Dr. Philippe Pinel de Putaendo y a la Dirección Regional de Gendarmería para comunicar lo resuelto y remítanse los antecedentes necesarios al Juzgado de Garantía de Diego de Almagro.

IV.- Devuélvase al Ministerio Público y a la Defensoría Penal Pública los antecedentes incorporados al juicio.

Se previene que el Juez Juan Carlos Espinosa Rojas, estuvo por no imputar a la extensión de la medida de seguridad precedentemente impuesta, de acuerdo a la pena mínima probable en la especie, el tiempo en que el acusado estuvo privado de libertad en prisión preventiva y además sujeto a una medida de internación provisional, en razón de la naturaleza distinta que tiene la medida de seguridad con relación a la pena, propendiendo aquélla al reestablecimiento de la salud del imputado y por lo tanto proteger su salud, a diferencia de ésta, que constituye un castigo para un sujeto imputable; circunstancias éstas que impiden aplicar en esta materia el artículo 348 del Código Procesal Penal, en su inciso segundo, el que sólo rige respecto de una sentencia condenatoria, cuyo no es el caso de esta resolución.

Redactada por la Juez señora Marianne Barrios Socías y la prevención por su autor.

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

Ruc N°0300101443-8

Rit N° 02 – 04

Pronunciada por los Jueces Titulares de la Primera Sala del Tribunal Oral en lo Penal de Copiapó, don Juan Carlos Espinosa Rojas, doña Marianne Barrios Socías y don Mario Muñoz Reymar quien no firma por encontrase haciendo uso de permiso.

- **Condena al acusado a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, multa de tres U.T.M., accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de receptación.**

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

Resumen:

El Ministerio Público acusó al imputado como autor del delito de receptación. La Defensa alegó que faltaron elementos que probaran la ilicitud de la adquisición por parte del imputado. El Tribunal estimó que el acusado no pudo sino conocer el origen ilícito de la especie, toda vez que dio versiones contradictorias respecto de su adquisición, además del hecho de haberse encontrado más bicicletas en su domicilio con evidentes señales de haber sido modificadas, así como la falta de pruebas que respaldaran un dominio lícito.

Texto completo:

Linares, a diecinueve de marzo de dos mil cuatro.

OÍDO, VISTO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: INTERVINIENTES, el día quince de marzo de 2004 ante la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Linares, constituida por los jueces señora **MARÍA ELENA BAEZA MEDINA,** quien la presidió, señora **MARÍA EUGENIA MUÑOZ CANALES** y don **HUMBERTO ANDRÉS PAIVA PASSERO,** se llevó a efecto la audiencia de juicio oral en la causa RIT N°08-2004, seguida en contra del acusado **JUAN LUIS VERDUGO TOLEDO,** chileno, obrero, domiciliado en Población Esperanza calle Tucapel N°954 en San Javier, Cédula de Identidad N°12.788.239-8.

Fue parte acusadora en este juicio, el **Ministerio Público**, representado por los fiscales don **Hernán Delgado Báez y doña Claudia Díaz Sánchez.**

La defensa del acusado estuvo a cargo del abogado de la Defensoría Penal Pública don **Ulises Gómez Núñez.**

SEGUNDO: Que, **LA ACUSACIÓN** presentada por el Ministerio Público, comprende los siguientes hechos: Que, entre fines del mes de abril y principios del mes de mayo del año 2003, en una hora indeterminada, el imputado Juan Luis Verdugo Toledo, compró a una persona desconocida, conociendo la procedencia ilícita, la bicicleta Oxford, aro 26, color gris con azul y amarillo eléctrico avaluada en la suma de $ 165.000 pesos, de propiedad de doña Marcela del Carmen Villalobos Moran, la cual había sido sustraída a la misma, con fecha 10 de abril de 2003. A juicio del Ministerio Público los hechos descritos son constitutivos del delito de receptación, descrito y sancionado en el artículo 456 bis A del Código Penal, en el cual el imputado don **Juan Luis Verdugo Toledo** tiene participación criminal en grado de autoría y el delito como consumado. Por tales consideraciones, el Ministerio Público de conformidad a lo previsto en el artículo 456 bis A del Código Penal y en los artículos 22, 30, 50, 67, 69, y 76 todos del Código Penal, requiere se imponga al imputado **Juan Luis Verdugo Toledo**, la pena de 541 día de presidio menor en su grado medio; la accesoria de inhabilitación para cargo u oficio público durante el tiempo que dure la condena y se le condene al pago de las costas según lo prescrito en el artículo 45 y siguiente del Código Procesal Penal. En los alegatos de clausura y réplica reitera los fundamentos de la acusación y agrega que en el juicio se acreditó la participación del acusado, fundamentalmente con la prueba indirecta o indiciaria basada en presunciones, tales como las declaraciones contradictorias de éste, en la cancha, en su domicilio y en la Comisaría, respecto al lugar de adquisición de la especie como al dominio de ésta; se encontró en su domicilio otras bicicletas modificadas y en similares condiciones la bicicleta

de Marcela Villalobos Morán, quien dio a Carabineros las características y detalles específicos para acreditar el dominio de su especie; y además, Waldo de la Fuente Rojas, días antes de encontrar la bicicleta, le dio al acusado las características del móvil y le ofreció dinero en recompensa. Por lo en definitiva el Ministerio Público reitera que se le condene a la pena indicada en la acusación, haciendo presente que éste no tiene irreprochable conducta porque fue condenado por el Juzgado del Crimen de San Javier como autor del delito de hurto.

TERCERO: Que la defensa del imputado en el alegato de apertura solicitó la absolución de su representado don Juan Luis Verdugo Toledo, en orden a que es el Ministerio Público quien debe acreditar, en un sistema de enjuiciamiento de tipo acusatorio formal, tanto el hecho punible de receptación, como la supuesta participación de su representado, culpable y penado por la ley, en tal hecho, si así no lo hiciere, señala que debe ser absuelto. En subsidio de lo anterior, solicitará el mínimo de la pena, con algún beneficio de la ley 18.216, especialmente el de reclusión nocturna. En los alegatos de clausura y réplica discrepa del Ministerio Público porque no hay elementos para determinar la ilicitud de la adquisición de la bicicleta, toda vez que no hay contradicciones al indicar que la compró en la calle porque el Persa del Bio-Bio funciona en la calle; las especies encontradas en el patio de la casa de Verdugo, el Ministerio Público no probó que fueran hurtadas o robadas; como tampoco se encontraron artículos propios de un taller de reparación de bicicletas; por lo tanto no se puede concluir que éste se dedicaba a la receptación; por lo que en definitiva reitera que se dicte sentencia absolutoria a su favor, en subsidio que se le aplique el mínimo de la pena y que se le conceda el beneficio de la reclusión nocturna.

CUARTO: Que el acusado no ejerció el derecho que le otorga el artículo 338 del Código Procesal Penal, al no hacer uso de la palabra.

HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS QUE SE DIERON POR PROBADOS.

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

1.- Que el 10 de abril del año 2003, a Marcela Villalobos Morán le sustrajeron, su bicicleta, marca Oxford, aro 26, de color gris con azul y amarillo, desde el pasillo de la empresa telefónica CEMET ubicada en calle Tacna en la ciudad de San Javier.

Lo que se acredita con los dichos de la propia ofendida **Marcela Villalobos Morán**, quien expuso que, el 10 de abril del 2003 dejó estacionada su bicicleta marca Oxford, aro 26, de color gris con azul y amarillo, en el pasillo de la empresa CEMET donde trabaja como vendedora, y alrededor de las 17:00 horas cuando quiso regresar en ella a su casa, no la encontró, al hacer las consultas, le dijeron que se la habían robado. Versión que ratifica el testigo de oídas, Waldo de la Fuentes Rojas, quien manifestó que su cónyuge le contó que le habían robado su bicicleta desde la empresa donde trabaja. Apoya esta proposición el testimonio del Subcomisario de Investigaciones Héctor Cifuentes Cuevas, quien expuso que el 10 de abril del 2003 doña Marcela Villalobos Morán denunció el hurto de su bicicleta marca Oxford, tipo montañesa, de mujer, de color azul rey con plomo, la que había dejado estacionada en el pasillo de la empresa CEMET ubicada en la calle Tacna en San Javier.

2.- Que en fecha no determinada entre los meses de abril y mayo del año 2003, Juan Luis Verdugo Toledo compró a un desconocido la especie individualizada en la proposición que antecede.

Lo que se acredita con los testimonios de los Carabineros José Jara Espinoza y Marcelo Sánchez Godoy, quienes coinciden en afirmar que el 4 de mayo del 2003, en horas de la tarde, en circunstancias que se encontraban de servicio, recibieron un comunicado de la Central, en el cual se les indicó que se constituyeran en la cancha del sector Santa Cecilia porque una persona había encontrado su bicicleta que anteriormente había sido sustraída; cuando llegaron a la cancha estaba un caballero y después llegó su cónyuge, quien les indicó las características y les exhibió documentación de la especie que le había sido hurtada en el mes de abril del mismo año; luego procedieron a ubicar a la persona que andaba en la bicicleta, el que resultó ser el imputado Verdugo Toledo, el cual les contó que la había adquirido a una persona en la calle y después les indicó que la había comprado en la suma de $40.000.- en el Persa del Bio-Bio en la ciudad de Santiago.

3.- Que, en horas de la tarde del 4 de mayo del 2003 en la cancha ubicada en el sector Santa Cecilia, Waldo de la Fuente Rojas encontró estacionada la señalada bicicleta modificada.

Lo que se acredita con las declaraciones de **Waldo de la Fuente Rojas,** quien expuso que el 4 de mayo del 2003, en horas de la tarde fue con su hijo hasta la cancha ubicada en el sector Santa Cecilia, en los momentos que estaba jugando se le acercó su hijo y le contó que cerca de los camarines estaba estacionada la bicicleta de su mamá, le dio $200 para que la llamara por teléfono, le contara lo sucedido y que le indicara que llevara la documentación, en tanto él constató que efectivamente estaba estacionada la bicicleta de su señora, la que la reconoció inmediatamente por unos detalles, porque tenía un "hoyito" en la parte delantera de la amortización, además, estaba raspada en la parte del medio porque su señora usa suecos. **Marcela Villalobos Román,** quien manifestó que el domingo 4 de mayo del 2003, cerca de las 16:30 17:00 horas su esposo e hijo fueron a la cancha del sector Santa Cecilia y luego recibió un llamado telefónico de su hijo, quien le contó que en ese lugar habían encontrado su bicicleta; concurrió hasta allí y cuando llegó ya estaban los carabineros, a quienes les dio las características y la documentación de la especie, la que reconoció inmediatamente, tanto por los colores como la "tapita" que tenía el amortiguador y el manubrio, además, tenía cambiado el fierro del sillín, le habían sacado la marca "Oxford" y también la "chupetera". Versiones que son corroboradas con los testimonios de los Carabineros José Jara Espinoza y Marcelo Sánchez Godoy, quienes coinciden en afirmar que se constituyeron en la cancha del sector Santa Cecilia donde un sujeto les indicó una bicicleta que estaba estacionada y que anteriormente había sido hurtada a su cónyuge Marcela Villalobos Morán, la que llegó después y les indicó las características de su bicicleta, las que correspondían o coincidían con la que revisaron. Sirve también para acreditar esta circunstancia la declaración del Carabinero Manuel Arellano Troncoso, quien expuso que el 4 de mayo del 2003, en horas de la tarde, en circunstancias que estaba participando en una actividad deportiva en la cancha del sector Santa Cecilia, se le acercó una persona, la cual le informó que en esa cancha había encontrado su bicicleta que había sido hurtada, por lo que llamó a personal de servicio.

4.- Que Juan Luis Verdugo Toledo tenía en su poder dicha especie, sabiendo su procedencia ilícita.

Proposición que se acredita con los testimonios de los Carabineros José Jara Espinoza y Marcelo Sánchez Godoy, quienes coinciden en afirmar que Juan Luis Verdugo Toledo, al ser entrevistado les dijo que había comprado la bicicleta en la calle a una persona y después les dijo que la había comprado en la ciudad de Santiago en el Persa Bio-Bio en la suma de $40.000.- Apoya esta proposición los dichos de la víctima Marcela Villalobos Morán y su cónyuge Waldo de la Fuente Rojas, quienes concuerdan al manifestar que la bicicleta la compró la primera de éstos en la tienda comercial ABC en San Javier, y la reconocieron por la marca Oxford, aro 26, de mujer, de color gris con azul y amarillo; y por tener una "tapita" en el medio del amortiguador y en el manubrio, además tenía raspada la parte del medio porque aquella usa suecos.

5.- Que, el precio de venta al contado en la casa comercial ABC al momento de adquisición, de la bicicleta sustraída a Marcela Villalobos Morán, era de $136.870.-

Lo que se justifica con los dichos de Marcela Villalobos Morán, quien expuso que compró la bicicleta en el local comercial ABC en la ciudad de San Javier, cuyo precio al contado era de $136.870.- pero ella la compró a crédito y pagó la suma de $160.000.- en cuotas.

6.- Que, a las 13:00 horas del 5 de mayo del año 2003, Carabineros encontró en el domicilio de Juan Luis Verdugo Toledo, una bicicleta de color rojo con amarillo repintada, un marco de bicicleta semiraspado de color verde y una llanta de neumático.

Proposición que se justifica con los testimonios de los Carabineros, José Palma Cancino y Juan Flores Valdebenito, quienes concuerdan en afirmar que participaron en un procedimiento de entrada y registro en el domicilio de Juan Luis Verdugo Toledo y en el sitio de la casa encontraron, una bicicleta de color rojo con amarillo repintada, un marco de bicicleta semiraspado de color verde y una llanta de neumático; consultado sobre el origen, éste les dijo que eran de su propiedad pero no tenía ninguna documentación que lo acreditara. Apoya esta proposición los dichos del Carabinero Manuel Arellano Troncoso, quien expuso que a las 13:00

horas del 5 de mayo del 2003 con una orden de entrada y registro ingresaron al domicilio de Verdugo Toledo y en el patio de la casa encontraron una bicicleta repintada de color rojo con amarillo y otra bicicleta de media pista desarmada, en ese momento Verdugo no dio respuestas satisfactorias respecto a sus orígenes, entró en contradicciones y no tenía documentación que acreditara su dominio.

7.- Que, Juan Luis Verdugo Toledo fue condenado en causa Rol N°36.530 del Juzgado del Crimen de San Javier a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio como autor del delito de hurto perpetrado el año 1994, con pena remitida.

Lo que se acredita con la prueba documental aportada por el Ministerio Público, registrada en la audiencia con los N°1 y N°2, respectivamente, consistente la primera en Extracto de Filiación y Antecedentes de don Juan Luis Verdugo Toledo, emitido con fecha 24 de junio de 2003, por el Registro Civil e Identificación oficina San Javier; y la segunda, en Certificado del Archivero Judicial de la Comuna de San Javier don Gerardo Navarro Escala, respecto de causa criminal Rol N°36.530 del Juzgado del Crimen de San Javier, seguida en contra de don Juan Luis Verdugo Toledo, por el delito de hurto.

SEXTO: VALORACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA. Que se ha dado crédito a lo afirmado por los señalados testigos por impresionar a este tribunal como veraces, creíbles y -como ya se dijo- en lo esencial, concordantes en sus declaraciones, dado que sus expresiones han sido formuladas por personas capaces de percibir con sus propios sentidos los hechos sobre los que declaran –ya sea porque los apreciaron directamente o los escucharon de terceros, caso en el cual resultaron concordantes con aquéllos- legalmente interrogados y contra examinados, sin que su relato contraríe las normas de la lógica, máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Otro tanto acontece con la prueba documental, incorporada en la audiencia, mediante su lectura y no controvertida.

SÉPTIMO: CALIFICACIÓN JURÍDICA. Que los hechos acreditados durante la audiencia del presente juicio oral tipifican el delito de **RECEPTACIÓN,** previsto y sancionado en el artículo 456 bis A del Código Penal, en grado de consumado, perpetrado en fecha no determinada entre fines del mes de abril y principio del mes de mayo del año 2003 en la ciudad de San Javier; y en él le ha cabido participación a **JUAN LUIS VERDUGO TOLEDO**, en calidad de autor, porque intervino en su ejecución de una manera inmediata y directa, toda vez, que compró a una persona desconocida, la bicicleta marca Oxford, aro 26, de color gris con azul y amarillo, la que fue encontrada en su poder, conociendo o no pudiendo menos que conocer su procedencia ilícita.

OCTAVO: Que, el Tribunal llega a esta conclusión toda vez, que estima que el acusado no pudo menos que conocer el origen de la especie porque consultado por el origen de la referida especie por los funcionarios policiales, dio dos versiones respecto al lugar donde la había adquirido, primero dijo en la calle y después en Santiago en el Persa Bío-Bío; en su domicilio fueron encontradas otras bicicletas, respecto de las cuales no acreditó su dominio; y además, porque la bicicleta de propiedad de Marcela Villalobos Morán, como las encontradas en su domicilio, no tenían demostraciones de haber sido reparadas pero sí modificadas.

NOVENO: **PRUEBA DESESTIMADA**. Que, se desestima la prueba documental aportada por el Ministerio Público, registrada en la audiencia con el N°3 consistente en formulario ininterrumpido de cadena de custodia, respecto de una bicicleta marca Oxford, color plomo, azul eléctrico y amarillo, por violar lo dispuesto en el artículo 334 del Código Procesal Penal, toda vez que la referida acta, consiste en un registro que da cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía y el Ministerio Público; asimismo se desestima la prueba documental N°4 aportada por la Fiscalía consistente en un set fotográfico con dos fotografías digitales, porque en su incorporación se ha violado el artículo 333 del Código Procesal Penal, toda vez que no se reprodujeron en la audiencia, de un modo tal que pudiera ser percibido por el tribunal y el público asistente a la audiencia.

DÉCIMO: Que el delito de receptación, ilícito que se ha tenido por acreditado en este juicio, está sancionado en el artículo 456 bis A del Código Penal, con la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados.

UNDÉCIMO: Que, al no concurrir circunstancias modificatorias de responsabilidad que beneficien o perjudiquen al acusado, procede

aplicar lo dispuesto en el inciso primero del artículo 68 del Código Penal, en consecuencia el tribunal está facultado para recorrer la pena en toda su extensión, la que impondrá en el grado mínimo de los señalados por la ley, de manera que se impondrá la pena de presidio menor en su grado mínimo.

DUODÉCIMO: Que conforme a lo dispuesto en el artículo 70 del Código Penal, atendido principalmente el caudal o facultades del culpable y no concurriendo agravantes el Tribunal impondrá una multa inferior al monto señalado en la ley, porque a juicio de estos sentenciadores las facultades socio-económicas del imputado son exiguas, en atención a su condición de obrero. Multa que se le faculta para pagar en parcialidades conforme se señalará en la parte resolutiva del fallo.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 1, 14 N°1, 15 N°1, 18, 21, 24, 30, 47, 68, 69, 456 bis A del Código Penal y artículos 1, 45, 46, 47, 295, 297, 326, 340, 341 a 344, 348 y 468 del Código Procesal Penal; e instrucciones impartidas por la Excma. Corte Suprema en Acta de Acuerdo de Pleno N°79 del 10 de enero de 2001;

SE DECLARA

I. Que se **CONDENA** al acusado **JUAN LUIS VERDUGO TOLEDO,** ya individualizado, a sufrir la pena de **SESENTA Y UN DÍAS,** de presidio menor en su grado mínimo, a la accesoria de suspensión de cargo y oficio público durante el tiempo de la condena, al pago de una multa a beneficio fiscal de **Tres Unidades Tributarias Mensuales**, y al pago de las costas de este juicio, como autor del delito de receptación, previsto y sancionado en el artículo 456 bis A del Código Penal, cometido entre fines del mes de abril y principios del mes de mayo del año 2003, en la ciudad de San Javier.

II. Reuniéndose en la especie los requisitos del artículo 8° de la Ley N°18.216, se le concede al sentenciado el beneficio de la reclusión nocturna por el tiempo de la pena impuesta, computándose una noche por cada día de privación o restricción de libertad.

Si el beneficio le fuere revocado o dejado sin efecto, cumplirá la pena íntegra y efectivamente, y se le contará desde que se presente o sea habido, teniendo presente que no tiene días de abono porque no estuvo privado de libertad por esta causa

III. Que se faculta al condenado para pagar la multa impuesta en 12 cuotas iguales y sucesivas cada una de 0,25 unidades tributarias mensuales, al equivalente que tenga la unidad tributaria mensual al momento del pago. El no pago de una sola de las parcialidades, hará exigible el total de la multa adeudada. Si el imputado no pagare la multa impuesta sufrirá por vía de sustitución y apremio un día de privación de libertad por cada quinto de unidad tributaria mensual que deje de pagar, conforme a lo dispuesto en el artículo 49 del Código Penal.

En su oportunidad, devuélvase al Ministerio Público los documentos acompañados en la audiencia, previa constancia.

REGÍSTRESE y COMUNÍQUESE, en su oportunidad al Juzgado de Garantía de San Javier, para los fines a que haya lugar, hecho **ARCHÍVESE.** Redactó doña **María Eugenia Muñoz Canales.**

Pronunciada por la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Linares, integrada por los jueces señora María Elena Baeza Medina, quien la presidió, señora María Eugenia Muñoz Canales y don Humberto Andrés Paiva Passero, quien no firma por estar haciendo uso de día administrativo, debidamente autorizado por la Iltma. Corte de Apelaciones de Talca.

- **Condena al acusado a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, multa de 10 U.T.M., accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes.**

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

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes. La Defensa sostuvo que se trataba de un consumidor adicto que poseía droga para su consumo. El Tribunal dio por acreditado el delito, declarando que ser consumidor adicto, como quedó probado en el juicio, no excluye la posibilidad de cometer el delito. Afianzaron esta convicción condenatoria la declaración de testigos que adquirieron la droga de parte del acusado, así como la forma en que ésta se encontraba envasada y al comportamiento que tuvieron el acusado y su cónyuge ante la llegada de los funcionarios policiales.

El fallo hizo especial referencia a la prueba anticipada consistente en la declaración de un testigo de identidad reservada, prueba que cumplió con las normas de validez legales, no quedando facultado el Tribunal para no incorporarla.

Texto completo:

Talca, seis de abril de dos mil cuatro.-

VISTO:

Los días treinta y uno de marzo y uno de abril del año en curso, ante esta Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca, se llevó a efecto, en audiencias sucesivas, el juicio oral para conocer de la acusación dirigida en contra de **JOSÉ ENRIQUE ROJAS MORALES,** chileno, RUN N° 8.280.974-0, 47 años de edad, natural de Talca, casado, comerciante y transportista, domiciliado en calle 5 Oriente N° 2034 de Talca.

Fue parte acusadora en el presente juicio el Ministerio Público, con domicilio en calle 2 Norte N° 781 de Talca, representado por la fiscal doña Grace Salazar Barra.

La defensa del acusado estuvo a cargo del Defensor Penal Público, don Joaquín García Reveco, domiciliado en calle 1 Norte N° 931, oficina 606 de Talca.

CONSIDERANDO:

ACUSACIÓN.

PRIMERO: Que, de acuerdo al auto de apertura la acusación es del siguiente tenor:

Que desde fecha indeterminada y hasta el 6 de octubre de 2002, el imputado José Enrique Rojas Morales, traficaba sustancias estupefacientes o psicotrópicas productoras de dependencia psíquica y física capaces de provocar graves efectos tóxicos y daños a la salud pública y que con fecha 6 de octubre de 2002 poseía, guardaba y ocultaba droga, específicamente clorhidrato de cocaína, en el inmueble de calle 5 Oriente N° 2034 de Talca.

Calificación jurídica y participación: Señala que los hechos anteriormente descritos constituyen el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 5 en relación al artículo 1 de la ley 19.366 y en él le cabe al acusado Rojas Morales participación en calidad de autor.

Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal: Sostiene que concurre en su favor la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior.

Penalidad: El Ministerio Público solicita se le imponga la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, multa de 40 Unidades Tributarias Mensuales, accesorias y costas.

En su **alegato de apertura** la señora Fiscal se refiere al tipo penal y sus verbos rectores y señala que el comportamiento del acusado se encuadra dentro del delito atribuido, esto es, tráfico de cocaína. Describe el modo de operar del imputado y ofrece las pruebas que va a rendir. Insiste en su pretensión punitiva.

En su **discurso final** analiza la prueba que se rindió y a la luz de ella estima probados el hecho punible y la participación del acusado. Añade que el consumo y la adicción no excluyen el tráfico y, además, debe tratarse de un uso personal y exclusivo, próximo en el tiempo, lo que estima debe ser probado por la defensa, por tratarse de un hecho negativo.

En **la réplica** afirma que la cocaína es una sustancia peligrosa para la salud, circunstancia que fue acreditada en el juicio con los dichos de la perito químico, por las máximas de la experiencia y por los efectos que esa droga produjo en el imputado, en su señora y en su familia. Por lo demás, indica, que el propio Reglamento de la Ley N° 19.366 señala la peligrosidad de la aludida sustancia.

DEFENSA.

SEGUNDO: Que la defensa, **en su alegato de apertura,** indicó que para condenar se requiere de certeza jurídica y que el peso de la prueba recae en el Ministerio Público, quien, en este caso, deberá acreditar: la existencia de la sustancia, la naturaleza de la misma, el propósito de tráfico, el riesgo para la salud pública y que esa sustancia no estaba destinada al consumo personal y próximo en el tiempo. Afirma que la cantidad de droga incautada es mínima y solicita se analice con detención la credibilidad de los elementos de convicción, en especial la prueba anticipada del testigo protegido. Concluye señalando que la conducta de su defendido no puede ser calificada de tráfico, se trata sólo de un consumidor adicto que poseía droga para su consumo.

En su **alegato de clausura** agregó que las promesas que hizo el Ministerio Público al inicio del juicio no se cumplieron, toda vez que imputó el delito de tráfico en el sentido estricto de comercializar y al final realiza un eufemismo de su acusación. Analiza la prueba rendida y expone que el procedimiento investigativo a que aludieron los policías tuvo como único resultado la ubicación de un consumidor y eventualmente un segundo comprador, poco creíble; agrega que las reproducciones de las escuchas telefónicas son irrelevantes ya que las expresiones "picadillo, yugo y ensaladas" nada prueban, tampoco se ha establecido que el dinero sea producto de la comercialización de droga; la casa del acusado no era una fortaleza; y no se probó la peligrosidad de la sustancia en cuestión. Por el contrario, estima que con la prueba que produjo se encuentra probada la adicción de su mandante.

En la **réplica** sostuvo que no hubo un aumento de la droga con otras sustancias y que la pureza de la misma corresponde con la que normalmente se vende en la calle. Termina señalando que no se da en la especie la figura penal de tráfico en ninguna de las hipótesis legales.

El acusado por su parte, declarando como mecanismo de defensa, expuso que el día 6 de octubre de 2002, como a las 23,00 horas, se encontraba en su domicilio sólo con su señora, se aprestaba a salir a comprar cuando es tomado por un policía en la puerta, lo esposa y lo detiene, enseguida llegaron dos camionetas con funcionarios del Gope y le allanaron su inmueble, en el interior encontraron una bombilla de lápiz Bic que había utilizado para consumir. Agrega que en el momento que sucedía esto le gritó a su señora "Luti…Luti", ella se asustó y lanzó la droga al baño. Luego aparecieron con las bolsitas de droga, que mantenía sólo para consumir junto a su cónyuge, indica que estaban muy metidos en el vicio y por ello estaban mal de salud y económicamente, lo que motivó que su suegra se llevara a sus hijos a Santiago. Fueron conducidos en vehículos separados a la Tercera Comisaría y allí les tomaron declaración, dice que su cónyuge lloró durante todo el interrogatorio, después fueron trasladados al Hospital para constatar lesiones, regresando más tarde a la Comisaría, donde los encerraron en calabozos separados. Señala que la droga la adquiría en Santiago, iba como una vez al mes, como la adicción era muy fuerte separaba la droga en bolsitas para auto controlar el consumo. En cuanto a sus actividades económicas expresa que trabajó manejando su taxi colectivo en la línea 21, también tenía una botillería pero quebró, ya que se les acabó el dinero para el arriendo, cerró en el verano del año 2002 y debieron llevar las máquinas a la casa. La parte frontal de su domicilio fue estucada por él mismo con ayuda de unos vecinos y la puerta la trajo de la casa de sus suegros, el citófono se lo regaló su suegra como mecanismo de seguridad para los niños, en ese lugar pensaba instalar un negocio de comida rápida. Manifiesta que en el recinto penal no le dieron atención hasta tres meses, perdió el tabique nasal y sufrió por la abstinencia. Consultado por la señora Fiscal expuso que concurrió a Santiago el día sábado 5 de octubre de 2002 en bus, allí adquirió 20 gramos de cocaína en la suma de $80.000 de una señora llamada Ester, con quien se contactó por teléfono y se juntaron en

Gran Avenida. Asimismo reconoció haber proporcionado cocaína en dos oportunidades a Lenín Vergara. Preguntado por la defensa expone que el día de la detención no había sido visitado por ninguna persona, que la casa pertenece a una sucesión, que nunca ha vendido droga y que la adquiría en Santiago porque no conocía proveedores en Talca. Concluye señalando que el consumo promedio entre él y su cónyuge era de 2 a 3 gramos y a veces se descontrolaban, por ello adoptó el procedimiento de separar las dosis en bolsitas, que llenaba con la tapa de un lápiz, lo que comenzó a hacer en las vacaciones de invierno de 2002.

HECHOS DE LA CAUSA.

TERCERO: Que son hechos de la causa por corresponder a convenciones probatorias, conforme lo dispone el artículo 275 del Código Procesal Penal, los siguientes:

1.- Que el acusado José Enrique Rojas Morales no presenta anotaciones en su extracto de filiación y antecedentes.

2.- Que el acusado fue detenido el 6 de Octubre del año 2002.

CUARTO: Que, teniendo en consideración la teoría del caso planteada por ambos litigantes y ponderando en forma libre los elementos de prueba producidos en juicio por ellos, este tribunal ha adquirido la convicción, más allá de toda duda razonable, que se encuentran justificados los siguientes hechos:

1.- Que desde fecha indeterminada, pero posterior al 16 de octubre de 2001 y hasta el 6 de octubre de 2002 el acusado José Enrique Rojas Morales traficaba sustancias estupefacientes o psicotrópicas productoras de dependencia psíquica y física capaces de provocar graves efectos tóxicos y daños a la salud pública, suministrando esta sustancia a terceros.

Para dar por justificado este hecho se ha tenido en consideración la declaración de Lenín Ricardo Vergara Fuentes, quien manifestó que en dos oportunidades, una a principios y otra a mediados del año 2002, el acusado José Rojas Morales le proporcionó y consumieron cocaína, en la casa de éste, ubicada en calle 5 Oriente, misma que reconoce en la fotografía número 1. Agrega que en esas dos oportunidades la cocaína estaba contenida en papel de hoja de cuaderno, que la aspiró desde una punta de lápiz, consumiendo menos de medio gramo cada vez.

También sirve en este sentido lo declarado por el testigo de identidad reservada bajo la modalidad de prueba anticipada, en cuanto afirma que conoció a José Rojas Morales a través de Lenín, pues iban a comprarle droga a su casa de calle 5 Oriente, señala el deponente que le compraba marihuana y Lenín cocaína. Añade que siempre adquirió la droga a través de Lenín, nunca directamente, esperaba en la esquina pero veía cuando se hacía la entrega. Se dejó constancia en esa audiencia que el deponente reconoció al imputado a través del circuito cerrado de televisión.

Refuerzan los dichos precedentes: el posterior hallazgo de 22,2 gramos de cocaína clorhidrato efectuado el día 6 de octubre de 2002 en el domicilio del acusado, de calle 5 Oriente N° 2034 de Talca, del cual dan cuenta en juicio los funcionarios policiales Dante Fabián Díaz Pacheco, Raimundo Enrique Pérez Meza y Enrique Antonio Muñoz Veloso; también la manera como se encontraba envasada la droga, esto es, dividida en treinta y un pequeñas bolsas de nylon; y el comportamiento que los funcionarios describen de parte del imputado y su cónyuge al momento de ingresar la policía a su domicilio, facultada para entrar y registrar.

Afianza la convicción del tribunal el reconocimiento que hace el imputado en su declaración respecto del hecho de haber proporcionado cocaína a Lenín Vergara en dos oportunidades y en forma permanente a su cónyuge, y que la droga encontrada en su domicilio el día 6 de Octubre de 2002 le pertenecía. Este consumo conjunto del acusado y su señora, además, se ve reafirmado por los dichos de la hija de ambos, Paulina Rojas Bastías, quien señaló haber sorprendido en más de una oportunidad a sus padres en dicha actividad.

Finalmente, en cuanto a la aseveración de que la cocaína es una sustancia estupefaciente que produce daños a la salud pública se encuentra establecida con la declaración de la perito químico Adriana Teresa Salas Carrasco, al manifestar que en la actualidad la cocaína no se usa en Chile para fines médicos en atención a los daños y reacciones adversas que genera. Este efecto nocivo del uso de la sustancia estupefaciente de marras fluye también de los dichos de las peritos Teresa Parrao Díaz y Vilma Ortiz Carrasco, especificada a la situación del propio acusado, en razón de los efectos que produjo en su organismo y en sus relaciones familiares y sociales. Lo anterior es concordante con lo

señalado por Paulina Rojas Bastías y por el propio imputado en cuanto al deterioro económico y familiar que generó el consumo excesivo de la droga. Por último, en el aspecto médico el doctor Luis Alejandro Peña Martínez explicó en la audiencia que la perforación del tabique nasal, como la que presentaba el acusado, puede tener como causa probable el uso de cocaína.

2.- Que con fecha 6 de octubre de 2002 el mismo acusado poseía, guardaba y ocultaba droga, específicamente clorhidrato de cocaína, en el inmueble de calle 5 Oriente N° 2034 de Talca.

Proposición fáctica que se da por probada con los testimonios de los funcionarios del OS 7 de Carabineros Dante Fabián Díaz Pacheco, Raimundo Enrique Pérez Meza y Enrique Antonio Muñoz Veloso, quienes expusieron que el día 6 de octubre de 2002, alrededor de las 23,00 horas, participaron en el procedimiento de entrada y registro en el domicilio del acusado, ubicado en calle 5 Oriente N° 2034, entre 9 y 10 Norte de Talca. Relatan que ingresaron al inmueble desde una propiedad vecina, por lo difícil que resultaba acceder por el frente. Pérez Meza precisa que escuchó un grito que decía "Luti", al asomarse por la pandereta desde el predio colindante observa a la cónyuge del acusado quien de inmediato se movilizó desde el dormitorio al baño y lanzó un objeto al inodoro. Agrega que ingresó en ese mismo instante al inmueble y sacó el recipiente desde el inodoro, se trataba de una bolsa tipo bota de pascua –misma que reconoce en la audiencia- en cuyo interior había treinta y un bolsitas de nylon transparente con una sustancia blanca que, a la prueba de campo, dio positivo para cocaína y pesó en conjunto 22,2 gramos. Confirman lo anterior los otros dos funcionarios y el propio acusado, en tanto reconoció que ese día, alrededor de las 23,00 horas llegó a su domicilio personal de Carabineros, lo detuvieron cuando él salía de la casa y comenzaron a allanar, en ese momento dice que gritó a su cónyuge "Luti...Luti", ella se asustó y lanzó la droga al baño. También indicó que el día anterior había adquirido 20 gramos de cocaína en Santiago en la suma de $80.000. Explicó, asimismo, que había dividido la droga en pequeñas bolsitas de nylon para autocontrolar su consumo.

Los tres policías reconocen las fotografías exhibidas por la señora fiscal en la audiencia y manifiestan que corresponden al frontis de la casa del acusado (fotos 1 y 2), al baño de la misma casa (fotos 4 a 9), al pesaje de la droga incautada (fotos 10 y 11) y en conjunto a las evidencias encontradas (fotos 12 a 15). En las últimas cuatro fotografías indicadas se puede apreciar la cantidad de treinta y un bolsas de nylon con sustancia blanca en su interior, seis bolsas del mismo tipo pero vacías, un rollo de las mismas bolsas sin cortar, un teléfono celular, dinero en billetes y el papel filtro con el resultado de la prueba de campo. Reconocen en la audiencia el teléfono celular y las bolsitas nylon sin utilizar.

De otro lado, la secretaria del Servicio de Salud del Maule, doña María Rosa Villega Arévalo, sostuvo que el día 7 de octubre de 2002 recibió de parte del Cabo Enrique Muñoz Veloso polvo blanco decomisado que remitió al Departamento de Control del Instituto de Salud Pública. Por su parte, la perito químico Adriana Teresa Salas Carrasco, analista de sustancias ilícitas del Instituto de Salud Pública, expuso que en el mes de octubre de 2002 recibió la muestra N° 6.500 con polvo blanco amarillento en su interior, que al análisis se detectó la presencia de cocaína y cloruros, concluyendo que se trata de cocaína clorhidrato al 23 % de pureza.

c.- Que José Enrique Rojas Morales presenta síndrome de dependencia a la cocaína.

Este enunciado ha resultado probado con lo expuesto en la audiencia por la perito psicóloga Teresa Parrao Díaz y la perito psiquiatra Vilma Ortiz Torres, quienes a través de un trabajo multidisciplinario, basado en dos entrevistas clínicas, realizadas en fechas diversas, y con el apoyo de un examen de orina, concluyeron que el acusado presenta un síndrome de dependencia a la cocaína y a la cannabis sativa, pues concurren en él los seis parámetros validados científicamente y, además, por ser ello coherente con la historia que relata.

Concordante con lo anterior el perito médico Luis Alejandro Peña Martínez constató que el imputado presentaba una perforación amplia del tabique nasal, señalando que ello se puede deber, entre otras causas, al uso de cocaína, toda vez que esta sustancia produce vaso constricción, llega menos sangre y falta de oxígeno en la mucosa, lo que produce la muerte del cartílago y la pérdida de éste.

El consumo excesivo de la droga señalada ha sido relatado por el propio acusado y por su hija. Además, ha sido mencionado, en cuanto testigos de oídas por los peritos arriba indicados, por doña María Cristina Andrades Véliz y por la perito asis-

tente social Roxana Gutiérrez Chat, coincidiendo que ello llevó al deterioro del ambiente familiar y de sus condiciones socioeconómicas.

Finalmente, se ha considerado también el certificado extendido por doña Náyade Pinochet Tejos, encargada técnica del programa de tratamiento por consumo de alcohol y drogas del Centro de Salud Familiar Carlos Trupp, que da cuenta de un peritaje médico realizado al acusado el día 14 de febrero de 2003 y de la posibilidad de otorgarle atención profesional ambulatoria, por consumo de drogas.

De este modo, el tribunal ha estimado justificada la teoría del caso del Ministerio Público, así como también, en parte, la versión de la defensa, en cuanto afirma que el acusado es un consumidor adicto.

No existen razones científicas ni máximas de la experiencia que nos indiquen que un consumidor dependiente no sea capaz de suministrar sustancias estupefacientes a otras personas.

De otro lado, la tenencia de 31 pequeñas bolsas contenedoras de cocaína, cuidadosamente dosificadas, y la actitud pronta de la cónyuge del acusado de intentar eliminar la sustancia al ser sorprendidos, induce a pensar en una distribución eventual de la misma a terceros, concientes de la ilicitud de su comportamiento, y no precisamente en que ello obedece a un mecanismo de autocontrol. En efecto, no nos parece creíble, en este punto, la declaración del imputado y el antecedente objetivo de la posesión de la droga envasada de esa manera corrobora la tesis de la acusación.

CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS Y PARTICIPACIÓN

QUINTO: Que en opinión de estos jueces, los hechos asentados en el fundamento cuarto configuran el delito de tráfico de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 5°, en relación al artículo 1° de la Ley 19.366, en grado de consumado, por cuanto el acusado suministró drogas a terceros y, además, guardaba, poseía y ocultaba una sustancia o droga estupefaciente, consistente en treinta y un bolsitas de clorhidrato de cocaína, que en total pesaron 22,2 gramos, sin contar con la competente autorización, ni justificar que ella estuviera destinada a la atención de un tratamiento médico o para su uso personal, exclusivo y próximo en el tiempo. Lo anterior es concordante con lo dispuesto en el artículo 1° del Reglamento de la referida Ley, que califica como sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, entre otras, a la cocaína, productora de dependencia física o psíquica, capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública.

Al respecto caber tener presente que el tráfico de estupefacientes es un delito de peligro, siendo el bien jurídico protegido la salud pública, por lo que basta el porte o la tenencia de las sustancias prohibidas y que se estiman dañinas para su configuración.

El hecho de que el acusado sea un consumidor dependiente de esta nociva sustancia, como ya se dijo, no excluye la realización del tipo penal atribuido, consistente en traficar, concepto referido en la acusación fiscal a aquellas conductas que forman parte del tipo y que abarcan los verbos rectores de suministrar, guardar y portar droga.

Si bien no se trata de un caso de tráfico, entendido de un modo estricto, esto es, referido a aquella parte del amplio tipo penal del artículo 5° de la Ley N° 19.366, consistente en la comercialización de drogas, estamos sí en presencia de otras de las formas comisivas del delito en cuestión, tal vez no tan reprochable ni peligrosa como la venta a gran escala de sustancias de este tipo, pero igualmente sancionable en el ámbito penal.

SEXTO: Que el Tribunal estima que la participación del acusado Rojas Morales en los hechos, descrita en el motivo cuarto, ha sido en calidad de autor del delito referido, toda vez que intervino en él, de una manera inmediata y directa, en los términos señalados en la primera parte del artículo 15 N° 1 del Código Penal.

CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD PENAL.

SÉPTIMO: Que en opinión de estos sentenciadores favorece al acusado la circunstancia atenuante de responsabilidad penal consistente en su irreprochable conducta anterior, prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, acreditada con la convención probatoria respectiva y, además, con los dichos de la hija del acusado Paulina Rojas Bastías y la testigo María Cristina Andrades Veliz, en cuanto la primera afirma que su padre antes de entrar en la droga era bueno y trabajador, se preocupaba de sus hijos; y la segunda, al señalar que conoce al acusado desde los seis años, por lo que le consta que era una muy buena persona, trabajador, luchador, excelente esposo y padre, después se metió en la droga y su relación con la esposa e hijos se deterioró.

PENALIDAD.

OCTAVO: Que por concurrir en la especie una circunstancia atenuante y en ausencia de agravantes, no se aplicará el grado máximo de la pena, de conformidad a lo establecido en el artículo 68 inciso segundo del Código Penal. Luego, en razón de lo dispuesto en el artículo 69 del mismo cuerpo legal, se impondrá al acusado la pena más baja dentro de la resultante, teniendo en consideración para ello la extensión del mal producido por el delito.

NOVENO: Que este tribunal rebajará el monto de la multa que conlleva la pena del delito que se le atribuye al acusado, conforme lo autoriza el artículo 39 inciso 2° de la Ley N° 19.366, en atención a la precaria situación económica familiar que se desprende de lo expuesto por la perito asistente social, doña Roxana Gutiérrez Chat, al concluir que la drogadicción del acusado generó un serio deterioro en su calidad de vida, especialmente en sus aspectos familiares y económicos. También sirven en este sentido las declaraciones de la psicóloga Teresa Parrao Díaz y la Psiquiatra Vilma Ortiz Torres, en cuanto consideran que su historial de vida es acorde con el síndrome de dependencia a la droga que padece. Por último, de especial relevancia es la declaración de la hija del imputado quien expuso en juicio los crueles efectos del consumo de las drogas por parte de sus padres y del deterioro económico que ello generó en el seno familiar.

ACERCA DE LA PRUEBA ANTICIPADA.

DÉCIMO: Que, en cuanto a la credibilidad del testigo de identidad reservada que declaró bajo la modalidad de prueba anticipada, de acuerdo a lo establecido en el artículo 33 letra D de la Ley N° 19.366, este tribunal estima que, en lo sustancial, sus dichos resultan concordantes con los demás elementos de convicción, en los términos que se han explicitado precedentemente, y no observa que existan motivos que lo lleven a querer perjudicar al acusado.

En cuanto a la procedencia de la lectura de la prueba anticipada en la audiencia, no debemos olvidar que nos encontramos ante una regla especial ubicada en la Ley N° 19.366, que faculta expresamente la utilización de esta forma de introducir información a juicio, como un mecanismo de protección, en este caso de un testigo, constatando en el acta respectiva que se dieron todas y cada una de las condiciones de validez que la norma precitada describe. No existían por lo tanto razones legales que facultaran al tribunal para no incorporar esa prueba que, por lo demás, figuraba como aceptada en el auto de apertura de juicio oral, sentencia interlocutoria firme que, en ese aspecto, resulta inmodificable para estos jueces.

Las reglas generales contenidas en el Código Procesal Penal, en los artículos 191 y 331 letra a) sólo resultan aplicables a la especie en cuanto a la modalidad de incorporación de la prueba a juicio, esto es mediante su lectura y no resulta procedente exigir que el testigo así protegido deba comparecer a declarar al juicio.

ELEMENTOS DE PRUEBA NO CONSIDERADOS.

UNDÉCIMO: Que, para acreditar los hechos de la causa nos han parecido irrelevantes los siguientes elementos de prueba:

1.- Las transcripciones de las escuchas telefónicas, pues el uso en varias de las conversaciones de las expresiones “los lili”, “yugo”, “ensalada”, “picadillo” o “la ropa está lavadita, todo, todo impecable”, no nos parecen unívocas en el sentido que denoten claramente una referencia encubierta a tráfico de drogas.

2.- En razón de lo anterior y por estimar que no se ha acreditado, más allá de toda duda razonable, que el teléfono celular incautado haya sido empleado para contactar a eventuales consumidores o que haya servido para el tráfico, no se decretará a su respecto el comiso.

3.- Por último, en cuanto al dinero incautado, creemos que tampoco se ha probado que sea producto de la comercialización de droga, de modo que no corresponde disponer el comiso del mismo.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 1°, 11 N° 6, 14 N°1, 15 N°1, 18, 21, 24, 26, 28, 50 , 68 y 69 del Código Penal; 1°, 5°, 27, 28, 33 letra d) y 39 de la Ley 19.366; 1° del Decreto N° 565 del Ministerio de Justicia de 1996, Reglamento de la Ley N° 19.366 y 1°, 45, 46, 47, 295, 296, 297, 331, 333, 340, 341, 342, 344 y 348 del Código Procesal Penal, se declara:

I. Que se condena al acusado **JOSÉ ENRIQUE ROJAS MORALES**, ya individualizado, en calidad de autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes relativo a clorhidrato de cocaína, descubierto en su domicilio de calle 5 Oriente N° 2034 de Talca, el día 6 de octubre de 2002, a la pena de **CINCO AÑOS Y UN DÍA** de presidio mayor en su grado mínimo, a la accesoria de inhabilitación ab-

soluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena; a una multa de **DIEZ UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES** a beneficio del Fondo Nacional de Desarrollo Regional pagaderas en pesos en su equivalente al día efectivo de su cancelación y al pago de las costas de la causa.

Por haber servido a la perpetración del delito, se decreta el comiso de la bolsa verde con rojo, tipo bota de pascua, y de las bolsas nylon transparentes incautadas por la policía e incorporadas a juicio como evidencia material.

Que, en razón de la pena impuesta no se concede al sentenciado ninguno de los beneficios alternativos contemplados en la ley N° 18.216.

Para el caso que el sentenciado no pagare la multa impuesta sufrirá por vía de sustitución, la pena de reclusión, regulándose un día por cada media unidad tributaria mensual. En todo caso, la reclusión no podrá exceder de seis meses.

La pena corporal impuesta se contará desde el día 6 de octubre de 2002, fecha desde la cual se encuentra ininterrumpidamente privado de libertad con motivo de esta causa.

Una vez ejecutoriado el presente fallo, dése cumplimiento al artículo 468 del Código Procesal Penal, oficiándose a la Contraloría General de la República y al Servicio de Registro Civil e Identificación.

En su oportunidad, póngase al sentenciado a disposición del Juzgado de Garantía de Talca para los efectos del cumplimiento de la pena, oficiándose al efecto al Centro de Cumplimiento Penitenciario de Talca, a quien deberá adjuntársele copia de esta sentencia con el atestado de encontrarse ejecutoriada.

Devuélvase a los intervinientes, en su oportunidad, los elementos de prueba incorporados en la audiencia.

Redactó el Juez don Rodrigo Cerda San Martín.

Regístrese y, en su oportunidad, archívese.

RUC N° 0200116075-6.

RIT N° 12-2004.

DICTADA POR LA SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE TALCA INTEGRADA POR LOS JUECES, DON VICENTE FODICH CASTILLO, DON RODRIGO CERDA SAN MARTÍN Y DON IVÁN VILLARROEL CASTRILLON.

- **Condena al acusado a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes.**

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

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, alegando la concurrencia de la agravante del artículo 23 N° 4 de la Ley 19.366. La Defensa solicitó su absolución en virtud de la cantidad y calidad de la sustancia incautada. El Tribunal condenó por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, haciendo uso de la facultad del inciso 2° del artículo 1° de la Ley 19.366, desestimando la agravante invocada por no haberse probado sus supuestos. En cambio, absolvió por la incautación de semillas y una planta de marihuana por no ser sustancias que produzcan dependencia síquica o física. Finalmente, y atendida la precaria situación económica del acusado, lo eximió del pago de la multa.

Texto completo:

Linares, a diez de mayo de dos mil cuatro.

OÍDO, VISTO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Tribunal e intervinientes. Que durante el día 05 del mes en curso, ante la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Linares, integrada por los Jueces señora **MARÍA EUGENIA MUÑOZ CANALES,** quien la presidió, señora **LAURA CECILIA TORREALBA SERRANO** y don **CARLOS GABRIEL ROJAS STAUB,** se desarrolló audiencia de juicio oral en contra de **ELIZ DAVID ALARCÓN CANCINO**, 37 años de edad, casado, vendedor ambulante, domiciliado en Población Linares, calle Dolores Ferrada N ° 87 de la ciudad de Linares, RUT N° 7.789.465-9, actualmente con medida cautelar de prisión preventiva en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Linares.

El Ministerio Público, fue representado por los fiscales don **RODRIGO CHINCHÓN SOTO** y doña **CAROLA D´AGOSTINI IBÁÑEZ.**

La Defensa del acusado estuvo a cargo del abogado de la Defensoría Penal Pública Licitada, don **VÍCTOR HUGO AEDO LARA.**

SEGUNDO: *Acusación*. El Ministerio Público formuló acusación en contra de Eliz David Alarcón Cancino, fundado en que el día 31 de julio de 2003 aproximadamente a las 12:00 horas, en circunstancias que funcionarios de la Policía de Investigaciones efectuaba diligencias de investigación en el sector de las calles Chacabuco con Intendente Fontana de esta ciudad, sorprendieron a tres individuos intercambiando contenedores de papel, procediendo a efectuar un control de identidad, pudiendo establecer que el imputado Eliz David Alarcón Cancino estaba traficando droga, toda vez que entregó a dos personas identificadas como Hugo Leonardo Tapia Martínez, de 15 años de edad y a Francisco Javier Artus Salazar, de 21 años de edad, este último pagando la suma de $ 500, contenedores de papel blanco con una sustancia verde con características de cannabis sativa, tipo chilombiana que a la prueba de campo arrojó resultados positivos a la presencia de THC, portando además consigo 16 contenedores de las mismas características, es decir, de papel blanco, con un peso aproximado de 17,4 gramos en una bolsa plástica, color negro y un contenedor de papel de revista con la misma sustancia de color verde en su interior, es decir, cannabis sativa tipo chilombiana, con un peso aproximado de 5,3 gramos y además dentro de este mismo contenedor de papel de revista, otro contenedor de papel blanco de las mismas características, además de $ 6.000 en dinero efectivo, consistente en un billete de $ 1.000, ocho monedas de $ 500 y diez monedas de $ 100, sin justificar que dicha droga estuviera destinada a

la atención de tratamiento médico o a su uso personal exclusivo próximo en el tiempo. A juicio de la Fiscalía, los hechos descritos son constitutivos del delito de tráfico ilícito de droga, descrito y sancionado en el artículo 1° con relación al artículo 5° de la Ley N° 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y en él le cabe a Eliz David Alarcón Cancino, una participación como autor en el mismo, de acuerdo al artículo 15 N° 1 del Código Penal, por cuanto ha ejecutado los hechos que configuran el delito de una manera inmediata y directa encontrándose el delito en grado de consumado. Señala el Ministerio Público que concurre respecto del acusado la circunstancia agravante contemplada en el artículo 23 N° 4 de la Ley 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, toda vez que el imputado suministró droga a un menor de edad, específicamente a Hugo Leonardo Tapia Martínez. Por todo lo anterior el Ministerio Público solicita se imponga al acusado Eliz David Alarcón Cancino en su calidad de autor del delito de tráfico ilícito de drogas en grado de consumado la pena de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, multa de 400 UTM, conforme lo dispone el artículo 5° con relación al artículo 1° y 23 de la Ley 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y el comiso de los instrumentos utilizados en la comisión del delito con expresa condena en costas.

En los alegatos de apertura, clausura y réplica reiteraron y ratificaron los hechos contenidos en la acusación.

TERCERO: Que el defensor licitado, en el alegato de apertura expresó que el Ministerio Público atribuyó a su representado la comisión del delito del artículo 1° en relación con el artículo 5° de la Ley 19.366. El artículo 1° describe la elaboración, preparación de sustancias psicotrópicas, en realidad se acusa a su representado por la figura del artículo 5° de dicha Ley, pero no se podrá probar el tráfico ya que la cantidad que portaba su representado son inferiores a las que sostiene el Ministerio Público y su calidad también, habiéndosele registrado, no se le encontró dinero ni ningún elemento destinado a la elaboración o preparación como pipas, papel, etc. Quedará en evidencia que la cantidad y calidad de la substancia no son capaces de dañar gravemente la salud pública, ya que las substancias encontradas corresponden a las del artículo 2° de la Ley 19.366, en definitiva quedará demostrado en esta audiencia que la substancia iba destinada al consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo de su representado; es el Ministerio Público quien debe demostrar más allá de toda duda razonable los cargos que imputa a su defendido. En cuanto a la agravante del artículo 23 N° 4, tal agravante no existió, no existió suministro de droga, ni puntual ni personal a un menor.

La Defensa resalta lo excesivo de la pena que está solicitando el Ministerio Público de 15 años y un día, y es un exceso que se solicite la pena accesoria de 400 U.T.M. de multa a un individuo que portaba $6.000, después de registrarlo y entrar a su casa dos veces. Señala que los hechos corresponden a una falta del artículo 41 de la Ley 19.366; y tiene la seguridad que don Eliz David Alarcón Cancino es inocente, por lo que pide que se dicte sentencia absolutoria a su respecto.

En su alegato de clausura estima que el Ministerio Público no ha demostrado fuera de toda duda razonable el ilícito, ya que las declaraciones de los tres policías contienen contradicciones, el Detective Mauricio López Maturana declaró que hubo una aproximación y contacto visual a media cuadra, el Asistente Judicial Cristian Tapia afirma algo totalmente distinto, que ya estaban reunidos en un grupo, juntos, pero lo más contradictorio es una tercera declaración del guía canino Jorge Sandoval Muñoz, que estaban a 4 o 5 metros pero en la otra vereda. Estas declaraciones abiertamente contradictorias de los funcionarios entrenados para apreciar los hechos, sus inexactitudes dan para introducir dudas razonables.

En segundo lugar hay contradicciones y graves inexactitudes en cuanto a la transacción, López Maturana dice que lo vio entregar algo al señor Artus y que del señor Artus recibir algo pero no indica qué entregó, que vio entregar dinero pero no sabe si era billete o moneda. Jorge Sandoval sólo vio unos movimientos rápidos y no vio qué tipo de especies se estaban intercambiando, esa es una evidente inexactitud, no hay un testimonio directo y preciso.

El mínimo estándar de prueba exige que en las declaraciones de personas entrenadas haya un mínimo de coherencia.

En cuanto a los enseres encontrados en el domicilio de su defendido, tarro, frasco, bolsa y la suma de $6.000, como producto de ese registro no se encontró más substancia, más dinero que revelara que su defendido se dedicara al tráfico ilícito, es sabido que se encuentran jugueras para moler, pipas, papeles y no se encontró nada, por el contrario se encontró una plantita que está excluida ya que no contiene principios activos de THC. Estas substancias demuestran que su representado es consumidor habitual de cannabis sativa. En la convención probatoria de la letra b) del considerando cuarto del auto de apertura de este juicio oral quedó establecido "que el acusado Eliz David Alarcón Cancino arrojó resultado positivo a la presencia para marihuana en la muestra de orina del examen que se practicó el 11 de agosto de 2003". La defensa se pregunta ¿si alguien es traficante de marihuana va a estar preocupado de producir sus propias plantitas? En relación al dinero incautado, $6.000, la fiscal está de acuerdo en el paupérrimo estado económico de su representado, pero se le pretende aplicar una multa de 400 U.T.M., su defendido es pobre y eso ha quedado demostrado, que es temporero con los documentos incorporados.

En cuanto a la supuesta agravante, no hubo tal suministro de droga a un menor, los policías declararon que no vieron suministrar droga a un menor y el propio menor tampoco hizo alusión alguna al respecto.

En subsidio de todo lo expuesto, solicita tener presente que en cuanto a la naturaleza de la sustancia se trataría de la que corresponde al artículo 2° del Reglamento de la Ley 19.366 y artículo 2° de la Ley 19.366 y el Tribunal puede rebajar la pena en uno o dos grados, que su representado se encuentra privado de libertad desde el 31 de julio de 2003 y que no tiene beneficios de la Ley 18.216.

En la réplica, la defensa ratificó los argumentos ya expuestos más arriba.

CUARTO: Que el acusado no ejerció el derecho que le otorga el artículo 338 del Código Procesal Penal, al no hacer uso de la palabra.

HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS QUE SE DIERON POR PROBADOS.

QUINTO: Que este tribunal apreciando la prueba libremente pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia ni los conocimientos científicamente afianzados, tiene por acreditado, más allá de toda duda razonable, los siguientes hechos y circunstancias:

1.- El día 31 de Julio de 2003, aproximadamente a las 12:00 horas, funcionarios de la Policía de Investigaciones, en la intersección de las calles Chacabuco con Intendente Fontana de esta ciudad, sorprendieron a tres individuos, entre los cuales estaba, Eliz David Alarcón Cancino, quien entregó a Francisco Javier Artus Salazar un contenedor con un gramo de cannabis sativa, y este último le canceló en dinero efectivo la suma de $500.-

Lo que se acredita con la declaración del detective **Mauricio López Maturana,** quien declaró que el 31 de julio de 2003, a petición de la Fiscalía de Linares para el auscultamiento y filmación en la Población Arturo Prat y mientras se dirigían hacia allá, en calle Chacabuco e Intendente Fontana observaron a un sujeto y dos sujetos más, el primero sacó del bolsillo de su casaca una bolsa negra y de allí sacó un contenedor blanco el que se lo entregó a Javier Artus Salazar, los dos sujetos se quedaron viendo lo que le entregó y después Artus le entregó lo que supone era plata, por lo que se acercaron les mostraron las placas, uno de los sujetos procede a correr por lo que el testigo redujo a Alarcón Cancino y también fue reducido Artus Salazar y el tercer sujeto, Hugo Tapia Martínez, quien le dio un puntapié en las costillas a Jorge Sandoval Muñoz, fue interceptado y entregado al testigo quien era el Jefe de los Policías. Se fijó fotográficamente el contenedor que tenía Cancino y un contenedor blanco que presentaban principios de THC de marihuana chilombiana y también otro contenedor que había arrojado Hugo Tapia. Francisco Javier Artus Salazar al que lo tenía retenido arrojó a una casa un contenedor de color blanco, solicitándose la entrada y registro a su dueño Ernesto Carter Martínez para recogerlo lo que también resultó ser cannabis sativa.

Cristian Tapia Fuentealba asistente policial de la Policía de Investigaciones de Chile, quien expresa que el 31 de julio de 2003, iban por la calle Chacabuco con Intendente Fontana de la ciudad de Linares, vieron desde la mitad de la cuadra a un grupo de tres personas que estaban allí ya reunidas y de repente Eliz Alarcón se dirige a Francisco Artus y saca de una bolsa un envoltorio, un papelillo y se lo pasa a Francisco Artus y Artus le pasa algo, una moneda o billete. Se identificaron como funcionarios de Investigaciones y se hizo un control de identidad, se redujo a Eliz Alarcón y el menor Hugo Tapia huyó en una bicicleta propinándole un puntapié a Jorge Sandoval Muñoz, por lo que también

fue detenido. Agrega que estando Francisco Artus detenido, se descargó de un papelillo en Chacabuco N° 499 de esta ciudad. El inspector López Maturana le hizo la prueba de campo a las substancias contenidas en los papelillos encontrados a Tapia y Artus, de un peso aproximado de 1 gramo cada uno, arrojando positivo a coloración violeta para THC. La sustancia tenía características físicas de cannabis sativa tipo chilombiana.

Jorge Sandoval Muñoz, guía de perro detector de droga de la Policía de Investigaciones, quien expuso que el 31 de julio de 2003, más o menos al medio día iban los tres, funcionarios por Chacabuco hacia el Sur, antes de llegar a Intendente Fontana observaron desde la vereda del frente, aproximadamente 4 a 5 metros al frente, a unos individuos en actitud sospechosa y uno de los sujetos saca del bolsillo derecho una bolsa y otro sujeto hace un intercambio, haciendo una transacción como que alguien entrega algo y el otro recibe, movimientos rápidos, por lo que se acercaron y se identificaron y el que llevaba la bolsa huyó y con el policía Tapia lo redujeron, teniéndolo en el piso y el inspector López se quedó con los otros dos, Francisco Artus y el menor de edad Hugo Tapia, Eliz Alarcón arrojó un papel al suelo y Artus arrojó otro a una casa de Chacabuco. En la bolsa negra habían 18 contenedores o empanadas con un peso aproximado de 17,4 gramos, con substancia vegetal propia de cannabis sativa Chilombiana de color verde, que se cosecha y planta en Chile y la misma sustancia en los envoltorios arrojados, según la prueba de campo con resultado positivo de THC que es el componente activo de la cannabis sativa que está en el cogollo y en las hojas y no en las semillas.

Apoya esta proposición los dichos del perito químico farmacéutico **Héctor Díaz Silva**, quien expone que hizo análisis de laboratorio de estupefacientes, a una muestra compuesta de varias sub muestras a), b), c), d), e) y f) de las cuales se hicieron todos los procedimientos para cannabinoles dando positivo para cáñamo indiano o marihuana. La mayoría eran hierbas y la última eran hierbas y semillas. Estas muestras llegaron en sobre cerrado a través de la Asesoría de Farmacia y son muestras aleatorias del decomiso total. Aclara que los cannabinoles están calificados como estupefacientes. Aclara que eran seis muestras signadas con letras a) a la d) de 0,5 gramos cada uno, la e) era una muestra sumamente pequeñita y no era posible hacerle examen, de todas maneras se lo hizo y correspondía a tallo de marihuana, la muestra f) era una muestra grande compuesta de hierbas y semillas. Respecto a las pruebas de campo de Investigaciones, son más falibles que las pruebas de Laboratorio. La semilla se exceptúa de los principios activos de la cannabis sativa. Los cannabinoles no producen dependencia física, en algunos casos producen dependencia síquica, pero las califica como substancia proscrita porque es estupefaciente y es droga. Reconoce que el documento que se le exhibe –Informe sobre tráfico y acción del cannabis en el organismo- emitido por la Asesoría de Farmacia del Servicio de Salud del Maule, incorporado mediante su lectura por el Ministerio Público como prueba documental N° 2, iba adjunto a las muestras para análisis y en resumen concluye: I.- La planta de la Cannabis y su resina, no tienen indicación terapéutica y II.- El uso de las partes indicadas en el N°1 (excepto las semillas), del presente documento, generan todas las características de los estupefacientes, a excepción de la dependencia física, pero ello no exime a esta droga (Cannabis) de acarrear indebidamente graves perjuicios a jóvenes en pleno desarrollo físico o intelectual y por ende a la sociedad, como asimismo a la Salud Pública de la Nación.

Y el **"otro medio de prueba"** registrado en la audiencia con el **N°1,** consistente en un set fotográfico compuesto de 10 fotografías del sitio del suceso y de los contenedores (papelillos de color blanco de un gramo aproximado cada uno) de la droga, fotos signadas del 1 al 10, que fueron vistas por los intervinientes, público y jueces mediante el sistema de data show y reconocidas por el testigo Mauricio López Maturana.

2.- Que el acusado Eliz David Alarcón Cancino, al ser revisado por sus aprehensores, se le encontró dos contenedores, uno con 5,3 gramos de cannabis sativa tipo chilombiana y otro en una bolsa de plástico de color negro, en su interior 18 papelillos o contenedores, los que pesaron aproximadamente 17,4 gramos de Cannabis Sativa, tipo Chilombiana, y además de $6.000 en dinero efectivo, consistente en un billete de $1.000, ocho monedas de $500 y diez monedas de $100.

Lo que se acredita con la declaración de los policías **Mauricio López Maturana**, **Cristian Tapia Fuentealba** y **Jorge Sandoval Muñoz** quienes es-

tuvieron contestes que al ser revisado el acusado Eliz David Alarcón Cancino en el Cuartel Policial, en su casaca se le encontró un contenedor de 5,3 gramos de cannabis sativa y en el momento que fue detenido tenía 18 contenedores o empanaditas de la misma sustancia, en una bolsa de plástico de color negro, que pesaron aproximadamente 17,4 gramos, sustancias que fueron calificadas por el perito químico farmacéutico del Servicio de Salud del Maule don Héctor Díaz Silva como positivas para cáñamo indiano o marihuana y la suma de $6.000 en dinero efectivo, consistente en un billete de $1.000, ocho monedas de $500, y diez monedas de $100, lo que además se **prueba con la documental** registrada con **el N°1** consistente en el comprobante de **depósito a plazo** renovable reajustable, de fecha 05 de agosto de 2003, del Bancoestado, oficina de Linares, por la suma de $ 6.000, documento reconocido por el testigo Jaime Aguilera Ávalos, que a la fecha de su emisión era Administrador de la Fiscalía de Linares, quien hizo dicho depósito.

3.- Que, en el domicilio del acusado Alarcón Cancino ubicado en la Población Linares, calle Dolores Ferrada N° 87 de esta ciudad, funcionarios de la Policía de Investigaciones, encontraron en dos dependencias destinadas a dormitorios de éste, en una cama una bolsa de nylon trasparente con 2,3 gramos de semilla de cannabis sativa, en una repisa, un tarro de la lata con 6,5 gramos de semilla de cannabis sativa, y un frasco blanco con un logotipo con 7,2 gramos de semilla cannabis sativa; y en el patio una planta de marihuana de diez centímetros de altura.

Proposición que se justifica con los testimonios de los funcionarios de la Policía de Investigaciones: **Mauricio López Maturana, Cristian Tapia Fuentealba** y **Jorge Sandoval Muñoz,** quienes previa autorización del detenido Eliz David Alarcón Cancino y de la propietaria de la casa, procedieron a efectuar un registro del inmueble ubicado en calle Dolores Ferrada N°87 de la Población Linares de esta ciudad, ingresando alrededor de las 13:00 horas del día 31 de julio de 2003 y encontraron en una pieza, en una cama, una bolsa plástica transparente de 2,3 gramos de semilla de cannabis sativa y en la parte posterior en una pieza separada se encontró en un tarro de lata con una cantidad de semilla de 6,5 gramos, y un frasco plástico blanco con la marca Videx con 7,2 gramos de semilla de cannabis sativa. Afuera de esa pieza se encontraba una planta de cannabis sativa de 10 centímetros de altura, plantada en la tierra, la que procedieron a incautar. También sirve para acreditar esta circunstancia las **evidencias materiales** aportadas por el Ministerio Público y registradas con los números uno a cuatro: **N°1,** un tarro de lata para leche, que contenía 6,5 gramos de semilla de cannabis sativa, **N°2**, frasco de plástico blanco con la marca Videx que contenía 7,2 gramos de semilla de cannabis sativa, **N°3,** bolsa negra que contenía los 18 papelillos de marihuana y **N°4,** envase de plástico transparente que contenía 2,3 gramos de semilla de cannabis sativa. Dichas evidencias materiales fueron reconocidas en la audiencia por los Policías Mauricio López Maturana y Cristian Tapia Fuentealba.

SEXTO: ***Calificación jurídica de los hechos acreditados.*** Que los hechos acreditados en las proposiciones N°1 y N°2, del considerando anterior tipifican el delito de tráfico ilícito de estupefacientes y substancias psicotrópicas (marihuana), previsto en el artículo 5° de la Ley 19.366, y sancionado en su artículo 1° inciso segundo, de la ley antes citada, porque no produce graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública, según el artículo 2° del Reglamento de la Ley; en grado de consumado, perpetrado el día 31 de Julio de 2003, aproximadamente a las 12:00 horas, en la intersección de las calles Chacabuco e Intendente Fontana de la ciudad de Linares; y en él le ha correspondido a ELIZ DAVID ALARCÓN CANCINO, participación en calidad de autor, porque intervino en su ejecución de una manera inmediata y directa.

SÉPTIMO: Que, los hechos establecidos en la proposición fáctica signada con el N°3, no configuran el ilícito de trafico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, porque lo incautado, a excepción de la bolsa negra con 18 contenedores de cannabis sativa incorporada como prueba material N° 3 por el Ministerio Público, consistió en semillas de cannabis sativa y una "plantita" de marihuana de diez centímetros de altura, por no estar consideradas como sustancias que produzcan dependencia física o síquica, en términos señalados en el artículo 2° del Reglamento de la Ley N° 19.366.

OCTAVO: Valoración de los medios de prueba. Que se ha dado crédito a lo afirmado por los señalados testigos por impresionar a este Tribunal como veraces y creíbles, dado que sus expresiones han sido formuladas por personas capa-

ces de percibir con sus propios sentidos los hechos sobre los que declaran, legalmente interrogados y contra examinados, sin que sus relatos contraríen las normas de la lógica, máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. A su vez, lo expresado por el perito químico Héctor Díaz Silva, resulta creíble, por haber sido formulado por persona experta en la ciencia o arte que profesa. Otro tanto acontece con la evidencia material y con el "otro medio de prueba" exhibidos y acreditados por testigos; y las pruebas documentales, incorporadas mediante su lectura y no controvertidas.

NOVENO: Que, las contradicciones e inexactitudes hechas notar por la defensa respecto de las declaraciones de los tres policías aprehensores, respecto a la aproximación del lugar de la detención, a la supuesta transacción entre Alarcón Cancino y el menor Hugo Tapia Martínez; y el contacto visual que tuvo cada uno de ellos respecto al lugar de los hechos; no es menos cierto que concuerdan en lo principal y esencial para determinar como se gestó el hecho delictual y la participación del acusado en éste. Para estos jueces, aquella parte de las declaraciones que no coincidieron de una manera absoluta y exacta, estuvieron conformadas por circunstancias, que a la luz de la lógica, y de las máximas de la experiencia, se trataron de detalles que en nada hacen variar la veracidad de los presupuestos fácticos que se han dado por acreditados.

DÉCIMO: Por otra parte, la defensa no probó que la droga incautada estuviera destinada a la atención de un tratamiento médico o a su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, por la cantidad encontrada (17,4 y 5,3 gramos) y porque ninguno de los testigos de la defensa se refirió a que el acusado fuera consumidor habitual de marihuana y la convención probatoria que indica que "el acusado Eliz David Alarcón Cancino arrojó resultado positivo a la presencia para marihuana en la muestra de orina del examen que se practicó el 11 de Agosto de 2003", tampoco revela habitualidad. Para haber acreditado la habitualidad en el consumo de marihuana y la dependencia psíquica, debió haberse rendido una prueba más completa, con informes médicos y psicológicos.

UNDÉCIMO: **PRUEBA DESESTIMADA.** Que se desestiman las siguientes pruebas incorporadas durante el presente Juicio Oral:

a) Declaración del testigo de la Defensa, el menor de edad **Hugo Leonardo Tapia Martínez**, ya que su declaración no aporta en nada al esclarecimiento de los hechos y debido a que por sus antecedentes personales y de conducta su testimonio es poco creíble para estos jueces. En efecto, expresa que lo único que sabe que se acusa a Eliz David Alarcón Cancino de tráfico, que estaba con él conversando en una esquina quien le estaba llamando la atención y de repente llegan unas personas lo pescan y lo tiran al suelo y él tomó su bicicleta y se fue no sabe por qué lo estaban golpeando, por eso golpeó a uno de ellos. Las personas no se identificaron como Policías y un amigo venía a conversar con ellos no lo conoce muy bien y a esa persona la detuvieron los policías y se lo llevaron al Cuartel. Agrega que ha tenido problemas con la justicia una vez por una medida de protección al menor y la otra vez cuando llegaron esas personas a pegarle al acusado y ahora se encuentra en el Cereco.

b) El testimonio de la testigo de la defensa **IRIS DEL CARMEN PÉREZ TEJOS,** quien expresa que estuvo "ahí al frente, porque iba bajando a la calle", que estaba a diez metros de distancia, y vio cuando tres personas se acercaron a Alarcón Cancino, e inmediatamente lo agredieron, sin revisarle nada, éste cayó al suelo y lo esposaron; señala que de un almacén que existe en ese lugar salió "El Pituto" (Francisco Javier Artus Salazar), quien llevaba sus manos en las carteras y al ver la presencia de los sujetos, que después supo que eran de Investigaciones, cruzó la calle y botó una bolsa en el antejardín de una casa, y acto seguido fue detenido. Agrega que las tres personas que agredieron a Alarcón Cancino no se identificaron como Policías. Contrainterrogada expresa que no recuerda la fecha en que ocurrieron los hechos relatados y que no sabe desde cuándo está detenido Eliz Alarcón Cancino.

Para estos jueces la declaración de la testigo antes descrita, no resulta creíble ni veraz, pero sí parcial, toda vez que indica y precisa circunstanciadamente algunos hechos como que los Policías no se identificaron antes de detener a Alarcón Cancino; que Francisco Javier Artus, apodado "el Pituto" no se sacó las manos de la casaca y sin embargo pudo botar una bolsa en un antejardín. Pero, sin embargo no recuerda cuándo ocurrieron los hechos, como tampoco la fecha desde la cual está detenido el acusado.

c) La prueba documental N° 2 de la Defensa por cuanto además de ser ilegible, el contrato de trabajo no ha sido ratificado o reconocido por el empleador;

d) La prueba documental N° 3, Certificado del Club Deportivo Linares, de la Defensa por no aportar nada al esclarecimiento de los hechos ni a la situación socioeconómica del acusado.

e) Las evidencias materiales 1, 2 y 4 incorporadas por el Ministerio Público, por cuanto las sustancias encontradas son semillas de cannabis sativa, las que no son substancias o drogas estupefacientes, como expresamente lo exceptúa el artículo 2° del Reglamento de la Ley 19.366.

DUODÉCIMO: Que, a juicio de estos jueces no opera en perjuicio del acusado, la circunstancia agravante prevista en el artículo 23 N°4 de la Ley N° 19.366, porque no se acreditó, más allá de toda duda razonable que el acusado Alarcón Cancino le vendiera o suministrare al menor Hugo Leonardo Tapia Martínez, un contenedor con droga y expresamente los policías no vieron efectuar venta o suministro de droga al menor Hugo Leonardo Tapia Martínez.

DÉCIMO TERCERO: Que, llamados los intervinientes a debatir sobre factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena, de conformidad al artículo 345 del Código Procesal Penal, se reconoció expresamente por la defensa que su representado no tenía irreprochable conducta anterior y no le favorecían ninguno de los beneficios de la ley 18.216, lo que fue ratificado por el Ministerio Público, ya que en su extracto de filiación y antecedentes registra cinco condenas por delitos contra la propiedad, pidiendo el fiscal, una pena ejemplarizadora dada la cantidad de papelillos encontrados por lo que la extensión del mal causado habría afectado a varias personas, no aplicándose la rebaja en dos grados, facultad prevista en el art 1°, inciso 2° de la Ley 19.366.

DÉCIMO CUARTO*:* Circunstancias modificatorias de la responsabilidad: Que, no existen circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal que considerar en este caso.

DÉCIMO QUINTO: Aplicación de la pena: Que siendo la pena aplicable al delito, la establecida en el artículo 1° de la Ley N°19.366, presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales, se hará uso de la facultad concedida en el inciso segundo de esta disposición, por tratarse la marihuana de sustancia que no provoca graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública; y por ello se impondrá rebajada en dos grados, esto es, presidio menor en su grado medio, en su mínimo, ya que el Tribunal al aplicar la pena puede recorrer toda su extensión, si no concurren en el hecho circunstancias atenuantes ni agravantes, en conformidad a lo prescrito en el inciso primero del artículo 68 del Código Penal. En relación a la multa, y conforme a la precaria situación socioeconómica acreditada por la defensa del acusado, esto es, con la declaración de los testigos Doraliza del Carmen Montero Gajardo, Dante Bustamante Montero y Olga del Carmen Fernández Arteaga, quienes estuvieron contestes en que el acusado trabaja como temporero en labores agrícolas y que su familia es humilde y de escasos recursos lo que se complementa con el certificado de residencia en el que consta que Eliz David Alarcón Cancino, tiene su residencia en Dolores Ferrada N° 87 de esta ciudad, registrado en la audiencia con el N° 1 y con el certificado de capitalización individual de la A.F.P. ING. Santa María, que registra un total de ahorro previsional al 31 de agosto de 2003 de $83.795, suma que es muy exigua y demuestra las escasas remuneraciones que en su vida laboral ha percibido el acusado, registrado en la audiencia con el N°4, se le exime de su pago.

Por lo que, atendido el mérito de las consideraciones precedentes y visto, además, lo dispuestos en los artículos 1, 5, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 21, 24,25, 30, 50, 68 y 69 del Código Penal; 1, 3, 4, 8, 41, 45, 46, 47, 93, 259, 275, 281, 282, 284, 285, 286, 289, 291, 295, 296, 297, 306, 307, 309, 310, 314, 315, 319, 323, 325, 327, 328, 329, 330, 333, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 346, 348 y 468 del Código Procesal Penal; 1 inciso 2°, 2, 5 y 39 de la Ley N°19.366, artículo 2° del Decreto Supremo de Justicia N°565 de 1995 e Instrucciones contenidas en Acta de Pleno N° 79-2001 de la Excma. Corte Suprema;

SE DECLARA:

I.- Que se **CONDENA** a **ELIZ DAVID ALARCÓN CANCINO**, ya individualizado a la pena de **QUINIENTOS CUARENTA Y UN DÍAS,** de presidio menor en su grado medio, y al pago de las costas de este juicio, en calidad de autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes y substancias sicotrópicas (marihuana) previsto en el artículo 5° de la Ley 19.366, en grado de consumado, perpe-

trado el 31 de Julio de 2003, aproximadamente a las 12:00 horas en la intersección de las calles Chacabuco e Intendente Fontana de la ciudad de Linares.

II.- Que, se le condena a la pena accesoria se suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena**.**

III.- Que, se exime al encausado del pago de la multa, atendida su precaria situación socio-económica, como se fundamentó en el considerando Décimo Quinto de esta sentencia.

IV.- Se ordena el comiso de la suma de $ 6.000 (seis mil pesos), encontrada en poder del encausado, como consta del comprobante de depósito del Bancoestado e incorporado como prueba documental N° 1 del Ministerio Público.-

V.- Que, tratándose de un condenado por delito previsto en la Ley 19.366, **no se le concede a ELIZ DAVID ALARCÓN CANCINO,** ninguno de los beneficios de la Ley 18.216, debiendo cumplir materialmente la pena impuesta; abonándosele el tiempo en que ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad desde el 31 de Julio de 2003, con ocasión de esta causa, como consta en el considerando sexto del auto de apertura de este juicio oral.

Devuélvase la prueba documental, material y "otros medios de pruebas" aportados por el Ministerio Público; y la documental aportada por la Defensoría Penal Licitada.

Redactó el Juez don Carlos Gabriel Rojas Staub.

REGÍSTRESE y **COMUNÍQUESE**, en su oportunidad al Juzgado de Garantía de Linares, hecho **ARCHÍVESE.**

Pronunciada por la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Linares, integrada por los jueces señora MARÍA EUGENIA MUÑOZ CANALES quien la presidió, señora LAURA CECILIA TORREALBA SERRANO y don CARLOS GABRIEL ROJAS STAUB.-

- **Condena al acusado a la pena de siete años seis meses y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación.**

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

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, alegando la concurrencia de la agravante del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal. La Defensa solicitó la absolución de su representado alegando falta de prueba respecto de su participación. En subsidio, solicitó se rechazara la agravante. El Tribunal rechazó las alegaciones de la Defensa, estimando acreditada la participación en base a las máximas de la experiencia que la hacían presumir a partir de los hechos probados. Asimismo, tuvo por concurrente la agravante alegada por el Ministerio Público.
Finalmente, el Tribunal hizo mención a una posible falta de congruencia debido al error presente en la acusación, que estableció como lugar de entrada la cocina en lugar del living, desestimándola por ser irrelevante y no haber afectado el derecho a defensa del imputado.

Texto Completo:

Talca, catorce de mayo de dos mil cuatro.

Vistos:

El día diez de mayo de dos mil cuatro ante esta Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca se llevó a efecto la audiencia de juicio oral para conocer de la acusación dirigida en contra de Mario Antonio Espinosa Moya, obrero, de 29 años de edad, cédula de identidad N° 12.591.167-6, soltero, domiciliado en Población San Miguel del Piduco, calle 27 1/2 Oriente, 12 1/2 Sur N° 28, Talca.-

Fue parte acusadora en el presente juicio el Ministerio Público, con domicilio en calle 2 Norte N° 781 de Talca, representado por el Fiscal adjunto don Osvaldo Montero Rodríguez.-

La defensa del acusado estuvo a cargo de la Defensora Penal Público, doña Mónica Cerda San Martín, domiciliada en calle 1 Norte N° 931, Oficina 606, de esta ciudad.

CONSIDERANDO:

ACUSACIÓN

PRIMERO: Que la imputación efectuada por el Ministerio Público en contra del acusado, según auto de apertura, es del siguiente tenor: "Que, el día 13 de julio de 2002, alrededor de las doce de la noche, el acusado Mario Antonio Espinosa Moya, en compañía de otros dos sujetos, procedieron a ingresar al domicilio ubicado en calle 1 Oriente, 20 y 21 Sur, N° 0221, Población Santa Elvira, forzando una ventana de la cocina, por la que se ingresó al inmueble y comenzaron a recoger diversas especies, como un video grabador y unos parlantes, entre otras, con el propósito de apropiárselos y sustraerlos de dicho inmueble, momentos en los cuales fueron sorprendidos por la llegada de los dueños de la casa, procediendo el acusado en compañía de sus acompañantes a huir del lugar saltando una pandereta hacia un sitio eriazo, siendo detenido instantes después por el dueño de casa y entregado posteriormente a carabineros".- Refiere que estos hechos constituyen el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, destinado a la habitación o sus dependencias, en grado de frustrado, previsto y sancionado en los artículos 440 N° 1 en relación con el 450, ambos del Código Penal, teniendo el acusado participación en él en calidad de autor, conforme lo previsto en el artículo 15 N° 1 del mismo cuerpo legal, perjudicándole la circunstancia agravante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 456 bis N° 3 del Código Punitivo, esto es, ser dos o más los malhechores, por lo que pide se le aplique, la pena de SIETE AÑOS de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias correspondientes y las costas del juicio.- En

su alegación de **apertura** ratifica los hechos agregando que éstos ocurrieron en la casa habitación de la Familia Chamorro Moya cuando estos salieron de su hogar entre las 19:00 horas y las 23:00 horas del día señalado.- Al regresar, el primero en ingresar fue el hijo Pablo, encontrando que en el interior había desorden y algunas cosas en lugares distintos al que normalmente estaban; luego, desde una ventana del segundo piso, se percató que había varios sujetos en el patio posterior de su vivienda, entre ellos, el acusado, quienes huyeron hacia un sitio eriazo colindante con su propiedad, saltando el cerco que separa los inmuebles y que después de perseguirlos logró, ayudado por el padre, detener al imputado.- Que probará el hecho punible por el que acusa, la participación que Espinosa Moya tuvo en él y la agravante que lo perjudica, esto es, la pluralidad de malhechores; se establecerá como el acusado ingresó al domicilio por una vía no destinada al efecto, forzando una ventana, por donde presumiblemente accedieron al hogar, venció los resguardos y realizó, junto a sus acompañantes, actos encaminados a la sustracción de especies de propiedad de la familia Chamorro.- Acción que se vio interrumpida por la llegada de los miembros del grupo familiar, siendo finalmente retenido por ellos y entregado a Carabineros, en consecuencia debe condenarse a la pena solicitada.- En la **clausura** sostiene que con la prueba rendida se acreditaron los elementos del delito por el cual acusó, esto es, robo con fuerza en lugar habitado, contemplado en el artículo 440 N° 1 del Código Penal; probó el ingreso a la morada por vía no destinada al efecto, para lo cual forzó una ventana, a fin de sustraer desde el interior especies ajenas; que el delito lo fue en grado de frustrado, el que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 450 del mismo cuerpo legal se castiga como consumado.- Que además, se estableció la concurrencia de la agravante invocada, fueron tres los sujetos que se concertaron para cometer el ilícito lo que aumenta el injusto del actuar, poniendo en mayor riesgo el bien jurídico protegido, la vida de los moradores por lo que pide se condene a siete años o a la pena que el tribunal estime de justicia.- En **el discurso final** insiste en sus argumentos y en la pena pedida, aduce que el acusado tuvo participación real, estaba, junto a sus acompañantes, en el patio de la casa; la lógica permite inferir su intervención, pues deben concatenarse todas la acciones y situaciones, hubo colaboración real y efectiva entre los sujetos que fueron sorprendidos en el exterior del inmueble y la ley exige sólo la realización en parte, del tipo penal.-

DEFENSA.-

SEGUNDO: En **el alegato de apertura** la Defensa del acusado manifestó que el Ministerio Público debe probar el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación y la intervención que su representado tuvo en él. Rendida la prueba del órgano acusador, el tribunal deberá analizar si se probaron los elementos del delito, la participación y la agravante que perjudicaría a Espinosa Moya; que efectivamente puede estarse frente a un delito, pero no tener certeza para condenar a su representado como autor, ya que para ello debe acreditarse, sin lugar a dudas, cual fue la conducta desplegada por éste, y de no hacerlo, debe absolverse.- En **la clausura** insiste en sus planteamientos en cuanto a que la sentencia debe ser acorde con la conducta desplegada por su representado, en consecuencia, al no haberse establecido la participación, el Tribunal tiene que dictar sentencia absolutoria.- Afirma que en la audiencia de juicio oral, no se acreditó cual fue el accionar de Espinosa Moya y que a este respecto, hay preguntas que no tienen respuestas: ¿cómo se apropió de las cosas muebles ajenas?, nada le encontraron en su poder; ¿ingresó al domicilio?, nadie lo vio; ¿fue él quien aplicó la fuerza?, el elemento que portaba, un corta plumas, no es idóneo para forzar una ventana; ¿cómo pudo ver el testigo al acusado, si la iluminación del lugar era deficiente?, se estableció que el lugar estaba oscuro. Añade que no hubo prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia que posee su defendido.- Asevera que no concurre la agravante de pluralidad de malhechores, pues para que ésta prospere es necesario la multiplicidad de ejecutores materiales, aumentando así la indefensión de la víctima, lo que en ningún caso ocurrió en la especie por lo que solicita en forma subsidiaria, para el caso que se tuviera por acreditado el ilícito y la participación, que se sancione con presidio mayor en su grado mínimo, esto es, cinco años y un día, por no existir circunstancias modificatorias de responsabilidad.- **Finalmente,** aduce que para condenar, debe describirse cual fue la conducta desplegada por su representado en el hecho típico establecido, cuestión que no pudo probarse en el juicio, por lo que insiste en su

petición de absolver y en caso de dictar sentencia condenatoria mantiene su petición susbsidiaria.-

TERCERO: Que ponderados en forma libre los elementos de prueba rendidos durante la audiencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, este tribunal ha adquirido la convicción, más allá de toda duda razonable, que se encuentra establecido el siguiente hecho:

Que el día 13 de julio de 2002, entre las 23:00 y 24:00 horas, Mario Antonio Espinosa Moya, en compañía de otros dos sujetos, forzaron una ventana del living de la casa habitación de Froilán Enrique Chamorro Monroy, ubicada en calle 1 Oriente, 20 y 21 Sur, N° 0221, Población Santa Elvira de esta ciudad, ingresaron por ella a su interior, cogieron algunas especies de propiedad de la víctima, como un video grabador y unos parlantes, las que fueron encontradas, al igual que otras especies, en un lugar distinto donde habitualmente se ubicaban, siendo sorprendidos por uno de los moradores del inmueble cuando estaban en el patio posterior, en los momentos que saltaban el cerco que separaba dicha vivienda de un sitio eriazo ubicado en el costado norte; acto seguido, el mismo habitante los siguió hasta ese lugar y al no darle alcance, porque éstos huyeron hacia otras propiedades vecinas, continuó en su persecución logrando retener al acusado con la ayuda de su padre, entregándolo a Carabineros.-

En cuanto al lugar, hora y época de ocurrencia de los hechos.

Se estima probado con los dichos de los testigos presenciales Froilán Enrique Chamorro Monroy, Pablo Enrique Chamorro Moya y Marianela del Carmen Moya López, quienes están contestes en que salieron de su morada alrededor de las 19:00 horas, dejándola cerrada con llave y que regresaron cerca de las 23:00 horas del mismo día, percatándose que desconocidos habían ingresado a su hogar**.-** En tal sentido, **el primero** de los nombrados señala que ese día salió con su grupo familiar, alrededor de las 19:00 horas, regresando, como a las 23:00 horas; estacionó su camioneta en la calle frente a la puerta de entrada a su casa, mientras su hijo Pablo abrió la puerta y entró encendiendo las luces del primer y segundo piso, dándose cuenta desde afuera, que algo había sucedido, porque vio que éste subió y luego bajó de inmediato y se dirigió a un sitio eriazo, después se devolvió y corrió hacia la esquina; del mismo modo, **Pablo Enrique Chamorro Moya** refirió que en julio de 2002, él y sus padres salieron de la casa como a las 19:00 horas, regresando a eso de las 11:30 horas de la noche; él abrió la puerta de la reja de la calle con su llave, luego la de la casa y entró, percatándose que la puerta de la cocina estaba abierta, la que había quedado cerrada cuando se fueron y que un equipo de video que tenía en el segundo piso, estaba en un sillón del living, suponiendo que habían entrado a robar; subió al segundo piso donde encontró todo desordenado, sintiendo ruidos en el patio, al mirar por la ventana vio a tres sujetos que estaban saltando la pandereta al sitio eriazo colindante, lugar hasta donde fue él para encararlos y **la última**, testigo mencionada ratifica los testimonios anteriores, agregando que ese día concurrieron donde un familiar a celebrar "unas Cármenes" y cuando regresaron su hijo se bajó de la camioneta donde ella se quedó, viendo desde allí que su hijo corría dentro de la casa, luego salió hacia un sitio eriazo y enseguida se dirigió a la esquina.- Lo anterior, fue corroborado por los funcionales policiales **Domingo Ramírez Martínez y Marcelo Enrique Gutiérrez Mansilla**, quienes manifestaron, **el primero** que alrededor de las 12:00 horas de la noche, en el mes de julio del año 2002 recibió un llamado para que se dirigiera a la Tenencia Abate Molina para iniciar un procedimiento por robo en la casa de unos vecinos quienes al regresar a su domicilio encontraron la puerta de la cocina abierta, la ventana del living forzada, pues el seguro tenía la aleta para atrás y muescas de hendidura en el marco y que los moradores habían logrado retener a uno de los sujetos conduciéndolo hasta la guardia y **el segundo**, ratifica lo anterior, agregando que aproximadamente a las 00:10 horas del día de los hechos fueron desde la tenencia al domicilio del afectado a inspeccionar el sitio del suceso, constatar si hubo fuerza para ingresar y recopilar alguna evidencia.-

Respecto a la forma de ingreso al inmueble.

Se tiene por probado que el acusado ingresó al domicilio de la ofendida forzando la ventana del living de la casa habitación lo que se infiere de la rotura del seguro y de la impronta existente en uno de los marcos de la misma y de una huella de pisada encontrada en un sillón del living ubicado cerca de la ventana, según lo aseveraron los moradores de la vivienda y los funcionarios policiales que

concurrieron al sitio del suceso.- Así es, **Pablo Enrique Chamorro Moya** al respecto señaló que su casa tiene reja de fierro con puerta y portón, los que quedaron cerrados con llave cuando salieron en horas de la tarde y que al regresar permanecían igual; al percatarse que habían entrado a robar, vio que la ventana del living que está ubicada en el frontis de la casa, tenía marcas de fuerza porque el marco estaba raspado, que un sillón que está cerca del ventanal tenía una pisada con barro y que la puerta de la cocina estaba abierta, en circunstancias que ésta sólo se abre con la llave ubicada al lado adentro; **Froilán Enrique Chamorro Monroy**, por su parte, refirió que el sillón que está a orillas de la ventana tenía una pisada con barro, la ventana no estaba cerrada sino que junta y se notaba en el aluminio que habían "palanqueado" con algo porque tenía el marco hundido y el seguro reventado; agrega que todo el entorno de su vivienda está cercado y que la reja de la calle quedó cerrada con llave; **Marianela del Carmen Moya López** indicó que la ventana estaba abierta y en el sillón observó una pisada.- Por su lado, los funcionarios policiales manifestaron que el ventanal que da al frontis del inmueble estaba forzado a la altura del seguro, ya que tenía la aleta doblada hacia atrás y el marco con hendiduras, lo que pudo ser causado con el cortaplumas que portaba al momento de su detención, **instrumento** que también sirve para establecer el ingreso al inmueble por cuanto presenta, la punta doblada, lo que hace presumir su utilización para forzar la ventana; había, además, una huella de pisada cerca del ventanal.-

Que todos esos elementos permiten tener por establecido que el acusado y sus acompañantes ingresaron al inmueble por la ventana del living, luego de haber forzado el seguro.-

La condición de casa habitación del inmueble, se desprende de lo señalado por Froilán Enrique Chamorro Monroy, Pablo Enrique Chamorro Moya y Marianela del Carmen Moya López.-

En relación a la acción desplegada al interior del inmueble.

En este sentido sirven los testimonios de las personas referidas precedentemente, quien manifestaron que en el inmueble había desorden, objetos que habían sido sacados de su lugar habitual y ubicados en otro distinto, tanto en el interior del domicilio, como en su patio y en el sitio eriazo aledaño.- De igual forma, con los atestados de éstos quedó asentado que los sujetos salieron de la casa por la puerta de la cocina, la que había quedado cerrada y con la llave puesta en la cerradura por dentro, la que fue encontrada abierta.- Así, **Pablo Enrique Chamorro Moya** expresa que cuando vio que el video grabador estaba en el living, lugar donde no había quedado cuando fueron a la casa de la tía en horas de la tarde, subió al segundo piso encontrando todo desordenado y los parlantes desarmados; escuchó unos ruidos por lo que se asomó a una ventana ubicada en la parte posterior de la casa viendo que tres sujetos saltaban la cerca hacia el sitio eriazo colindante con su vivienda; explica que vió a los sujetos porque él encendió las luces del primer y segundo piso y además, la luminaria del alumbrado público ilumina su patio y el del lado; agrega que éstos entraron a su morada por la ventana del living porque estaba forzada y no tiene protecciones, que en el sillón ubicado al lado de ella tenía una pisada con barro y que la puerta de la cocina que quedó cerrada cuando salieron, la que sólo se abre con la llave por dentro, estaba abierta. **Froilán Enrique Chamorro Monroy** corrobora lo expuesto por su hijo ya que afirma que el equipo del video grabador estaba encima de un sillón del living a orilla de la ventana, que también había una pisada con barro, que la ventana que da a la calle estaba junta y tenía muescas en el marco de aluminio; se notaba como que habían "palanqueado" con algo, pues el seguro estaba forzado, que la puerta de la cocina estaba abierta, en circunstancias que sólo puede abrirse por dentro y al salir de la casa ésta quedó con llave y **Marianela del Carmen Moya López** depuso en el mismo sentido en cuanto a la fuerza que presentaba la ventana del frontis, la pisada con barro del sillón, la distinta ubicación que tenían algunas especies respecto del lugar donde ellos las dejaron cuando hicieron abandono de la casa, pues encontraron objetos en un sillón, en el patio y en el sitio eriazo vecino y la puerta de la cocina estaba abierta, habiéndola dejado cerrada al salir a la reunión familiar.-

En cuanto a la existencia y dominio de las especies.- Se tiene por probado con los dichos de Froilán Chamorro Monroy, Pablo Enrique Chamorro Moya y Marianela del Carmen Moya López.-

Referente a la participación del acusado en el hecho y su detención se tiene por establecida con los dichos de **Pablo Enrique Chamorro Moya** quien expresó que cuando vio a tres sujetos

en el patio de su casa, que saltaron al terreno eriazo colindante corrió a ese lugar y los encaró porque estaban escondidos detrás de un árbol que existe en el fondo, luego se devolvió a la calle para seguirlos por fuera porque se percató que saltaron a la propiedad aledaña posterior del sitio, reencontrándose con ellos cuando huían por los pasajes, como a una cuadra se unió a estos sujetos un cuarto que corrió con otro para el costado derecho, a su vez, los otros dos, entre ellos el acusado, lo hicieron para el lado izquierdo, logrando, junto con su padre retenerlo, subirlo a la camioneta y finalmente entregarlo a Carabineros de la Tenencia Abate Molina para que iniciaran el procedimiento policial respectivo.- Agregó que recuperó unos C.D. y un "Walkman" desde el sitio del lado, que guardaba en su dormitorio en el segundo piso y que no apareció la chaqueta de cuero de su madre.- Por su parte, **Froilán Enrique Chamorro Monroy** explicó que cuando vio a su hijo dirigirse al sitio vecino, ingresar y luego salir corriendo hacia la esquina lo siguió en su camioneta viendo a tres sujetos que iban "soplados", luego de perseguirlos junto a su hijo, lograron interceptar a uno de ellos que resultó ser el acusado, el que les "pidió que no le pegaran", lo subieron a la camioneta, entregándolo en la Tenencia Abate Molina, agrega que observó, en algún momento a los individuos correr sobre los techos de las propiedades vecinas y les vio las ropas que vestían.- Asimismo**, Marianela del Carmen Moya López** dijo que después que su hijo salió corriendo, siendo seguido por su marido en camioneta, regresaron al poco rato y le manifestaron que llevaban a una persona a la Tenencia, acotó que al día siguiente encontró botados en el sitio eriazo unos C.D., un "toca C.D." y un desodorante que el día anterior le había comprado a su hijo y que le faltaba una casaca de cuero negro que tenía guardada dentro de su closet.- Lo que fue corroborado por los policías **Ramírez Martínez y Gutiérrez Mancilla**, quienes estuvieron contestes en expresar que cuando estaban de turno, el día de los hechos recibieron un llamado para que se dirigieran a la Tenencia Abate Molina para iniciar un procedimiento por robo a una casa habitación deteniendo a la persona que los moradores habían retenido con ocasión de él, y al registrarlo le encontraron entre su vestimenta un cortaplumas que tenía la punta doblada, lo que es un signo de que se hizo fuerza con él; Gutiérrez reconoce el arma cortante y sostiene que pudo ser el elemento que se utilizó para forzar el ventanal porque tiene un tamaño similar a la impronta que allí quedó.- Todos, con excepción de Marianela Moya López, reconocieron en la Audiencia al acusado como la persona que fue retenida y posteriormente detenida.-

CUARTO: Que, los hechos arriba indicados, contenidos en la acusación fiscal, se encuadran dentro de la figura típica del delito de robo con fuerza en las cosas, perpetrado en lugar destinado a la habitación, en grado de frustrado, previsto y sancionado en los artículos 432 y 440 N° 1 del Código Penal, ya que el acusado ejecutó todos los actos necesarios para lograr su designio delictivo, cual fue apropiarse de especies muebles ajenas, consistentes en un video grabador con unos parlantes de propiedad de Froilán Enrique Chamorro Monroy en contra de su voluntad y con ánimo de lucro, lo que se obtiene del hecho de que el agente las sacó desde el lugar o resguardo donde las mantenían sus poseedores. Puso de su parte todo lo necesario para que el delito se consumara, esto es, procedió a forzar una ventana con elemento contundente, ingresó por ella al domicilio, esto es, por una vía no destinada al efecto, cogiendo en el interior varias especies que allí se encontraban, lo que se desprende de haberlas encontrado en lugares diferentes al que sus poseedores las tenían, no pudiendo concretar su propósito de apropiación por causas independientes de su voluntad, como fue la llegada a la vivienda de los moradores.-

QUINTO: Que de acuerdo a lo asentado en el fundamento tercero, se tiene por acreditada la participación del acusado Espinosa Moya en el delito por el cual el Ministerio Público lo acusó, en atención a los siguientes elementos:

1.- El testigo presencial Pablo Enrique Chamorro Moya vio desde la ventana del segundo piso a tres sujetos en el interior de su patio que saltaron la cerca divisoria hacia el sitio eriazo aledaño, apreciando sus vestimentas con la luz que provenía del alumbrado público y de su propia casa.-

2.- Chamorro Moya los siguió hasta ese lugar observando que estaban al fondo del sitio ocultos detrás de un árbol, lo que también apreció su padre, desde la camioneta; salió de ahí para seguirlos a pie tratando de no perderlos de vista hasta encontrarlos a poca distancia del lugar, siguiendo a dos de ellos hasta darle alcance a uno, que es el acusado, para posteriormente entregarlo a la policía.-

3.- Al día siguiente se recuperaron algunos objetos de los sustraídos, los que fueron encontrados en el sitio eriazo al cual huyeron los individuos que fueron sorprendidos en el patio del inmueble.-

Las máximas de la experiencia nos indican que es dable presumir la participación culpable de los sujetos que al ser sorprendidos en el patio de una casa que está sin sus moradores, sin justificar su presencia, lugar al que accedieron probablemente saltando unos de los cercos que rodean la casa, unido al hecho de la existencia de signos de ingreso a la vivienda, tales como el forzamiento de la ventana del living y una huella de pisada en un sillón del mismo lugar, saliendo por la puerta de la cocina la que sólo se abre por dentro; desorden en el interior del inmueble y remoción de objetos del sitio donde se encontraban, la ubicación, de dos de ellas en el terreno eriazo por donde el acusado y sus acompañantes huyeron y la retención de éste por los ofendidos a pocas cuadras del sitio del suceso, ocurrida minutos después de su llegada al hogar luego de una persecución, sin perderlo prácticamente de vista, permiten sostener lo afirmado en cuanto a la autoría del ilícito.-

En la especie coparticiparon en el hecho varias personas dividiéndose entre sí la realización de la tarea propuesta, hubo concertación en el actuar delictivo, ello explicaría la presencia del cuarto sujeto que se unió a los sujetos en los momentos que emprendían la huida, todo hace pensar que su papel era el de "Loro", pues éste no ingresó al sitio del suceso.-

De esta manera se desestima la petición de la defensa de absolver a su representado por no haber participado en los hechos materia de la acusación fiscal, en los términos del artículo 15 N° 1 del Código Penal, pues a juicio de estos sentenciadores sí intervino, de una manera inmediata y directa en su comisión, como autor ejecutor, según lo relacionado precedentemente.-

Asimismo, este tribunal no comparte la opinión de la Defensora Penal Pública de que era imposible que con la luz que existía en el lugar pudiera el testigo distinguir al acusado, dado que si bien ésta no era óptima, al menos suficiente para apreciar las características físicas de los sujetos, lo que unido a la circunstancia de que los siguió hasta encontrarlos cuando huían, la hora en que esto ocurrió, en que no es habitual el tránsito de personas, es posible presumir de acuerdo a las máximas de la experiencia que el acusado era uno de los sujetos que estaban en el patio de su casa.-

MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD.

SEXTO: Que perjudica al sentenciado la agravante de responsabilidad penal, contemplada en el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, esto es, ser dos o más los malhechores, en la comisión del hecho punible por el cual se le acusó, la que se encuentra acreditada en virtud de lo razonado en el considerando tercero y quinto. Se ha dado en el referido ilícito la multiplicidad de partícipes o malhechores, entendidos como quienes obran su mal designio, que concurren materialmente en el momento y lugar, previamente concertados para su ejecución, lo cual importa un mayor peligro para el bien jurídico protegido, cual es, la integridad física de los moradores.-

Así las cosas, se desecha la solicitud subsidiaria de la defensa de Espinosa Moya de tener por no configurada dicha agravante.-

PENALIDAD

SÉPTIMO: Que no obstante tratarse de un delito en grado de frustrado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 450 inciso primero del Código Penal, por tratarse de un robo en lugar destinado a la habitación, se castiga como consumado.

OCTAVO: Siendo la pena asignada al delito un grado de una divisible y perjudicándole una agravante de responsabilidad penal, sin beneficiarle atenuante alguna, el tribunal deberá aplicarla en su máximum.-

MEDIOS DE PRUEBA NO VALORADOS.

NOVENO: Que el extracto de filiación de Mario Antonio Espinosa Moya y la copia de la sentencia de segunda instancia en los autos Rol N° 68.962-1994 del Segundo Juzgado del Crimen de Talca, otorgada por el archivero judicial, don Rolando Iglesias López, incorporados por el Ministerio Público como prueba documental, sólo se consideraron para establecer que no concurrían respecto del acusado, circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que lo perjudicaran o beneficiaran.-

Por otra parte, estos sentenciadores no valoraron la prueba pericial de la defensa, consistente en la declaración de la Asistente Social, doña Roxana Gutiérrez Chat, en atención a que sólo se limitó a hacer una referencia de la situación socio-económica del acusado y su familia, señalando, que el imputado tenía intenciones de cambiar; y además, por no tener relación con los hechos materia de la acusación ni con la participación del acusado y tampoco ser acreedor de un beneficio de la ley 18.216.-

EN CUANTO A LA CONGRUENCIA

DÉCIMO: Que el Ministerio Público hizo presente en su alegato de clausura, que si bien en la descripción de los hechos que figura en la acusación del auto de apertura de juicio oral, se señala que el acusado y sus acompañantes forzaron una ventana de la cocina, en circunstancias que fue en una del living de la casa habitación, dicho error no altera el principio de congruencia que debe existir entre la acusación y sentencia.-

Que dicha alegación no fue cuestionada por la Defensa del imputado.-

Este tribunal estima que no obstante existir dicha anomalía, según quedó acreditado en el fundamento tercero de este fallo, en ningún caso este error afecta el derecho de defensa del imputado, que es lo que busca cautelar el principio de congruencia, ya que los testigos presenciales y los afectados por este ilícito tenían claro y así lo manifestaron en la audiencia que el ingreso fue por una vía no destinada al efecto, cual fue una ventana, la que previamente debieron forzar para acceder por ella al interior de la casa.- En consecuencia, es irrelevante si la fuerza fue sobre ésta o aquella, lo importante aquí, es que se ingresó por una vía no destinada al efecto, lo que era conocido por el acusado y su defensa, no divisándose la forma en que se vulneraría esta garantía procesal por lo que estos jueces opinan que no se conculcó dicho principio.-

OTRAS ALEGACIONES DE LA DEFENSA

UNDÉCIMO: Que la Defensa del acusado Espinosa Moya alegó que la evidencia incorporada al juicio consistente en un cortaplumas encontrado entre las ropas del acusado no era un instrumento idóneo para forzar la ventana del living de la morada de los Chamorro Moya, lo que se podía apreciar a simple vista.- Alegación que estos sentenciadores desestiman por cuanto en el fundamento tercero se probó con el testimonio del Carabinero **Gutiérrez Mancilla** que sí era posible que las muescas de la ventana hubieran sido causadas con dicho instrumento, porque éstas tenían un tamaño similar a la punta de la hoja, la que incluso está doblada, lo que según los dichos del policía **Domingo Alfonso Ramírez Martínez,** es signo de que se hizo fuerza con ella.-

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 1, 7, 14 Nº1, 15 Nº1, 18, 21, 24, 26, 28, 50, 67, 432, 440 N° 1, 450 inciso 1° y 456 bis N° 3 del Código Penal; y artículos 1, 45, 47, 295, 296, 297, 329, 333, 340, 341, 342, 344, 346 y 348 del Código Procesal Penal, se declara:

I.- Que **SE CONDENA** al acusado **MARIO ANTONIO ESPINOZA MOYA,** ya individualizado, como autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación en perjuicio de Froilán Enrique Chamorro Monroy, en grado de frustrado, perpetrado en Talca, alrededor de la medianoche del día 13 de julio de 2002, a la pena de **SIETE AÑOS SEIS MESES Y UN DÍA** de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas del procedimiento.-

II.- Atendida la pena impuesta, no se concede al acusado ninguno de los beneficios alternativos contemplados en la Ley Nº 18.216, debiendo cumplir la sanción efectivamente privado de libertad.

La pena corporal aplicada al sentenciado, se empezará a contar desde el día 14 de julio del año 2002, fecha desde la cual se encuentra ininterrumpidamente privado de libertad, según consta del auto de apertura del juicio oral.

III.- Se ordena el comiso del cortaplumas incorporado como evidencia por el Ministerio Público de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 del Código Penal.-

Una vez ejecutoriado el presente fallo, dése cumplimiento al artículo 468 del Código Procesal Penal, oficiándose a la Contraloría General de la República, al Servicio de Registro Civil e Identificación y a Gendarmería de Chile.

En su oportunidad, póngase al sentenciado a disposición del Juzgado de Garantía de Talca para los efectos del cumplimiento de la pena, oficiándose al efecto al Centro de Cumplimiento Penitenciario de esta ciudad, a quien deberá adjuntársele copia de esta sentencia con el atestado de encontrarse ejecutoriada.

Devuélvase a los intervinientes, en su oportunidad, los elementos de prueba incorporados en la audiencia.

Redacción de la Juez doña Gretchen Demandes Wolf.

Regístrese y oportunamente, archívese.

RIT 25-2004

RUC 0200084683-2

PRONUNCIADA POR LOS JUECES TITULARES DON WILFREDO URRUTIA GAETE, DOÑA MARÍA ISABEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Y DOÑA GRETCHEN DEMANDES WOLF.-

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

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

Resumen:

El Ministerio Público acusó al imputado como autor del delito de robo con intimidación. La Defensa alegó que su representado no desplegó acciones de intimidación. El Tribunal dio por acreditada la concurrencia de todos los elementos del tipo, rechazando la supuesta falta de intimidación en virtud de las declaraciones de la víctima y de los testigos que concurrieron en su ayuda, corroboradas por el arma blanca descrita por la primera y que fuera encontrada en poder del acusado.

Texto completo:

Curicó, cuatro de junio de dos mil cuatro.

VISTO, OIDO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, con fecha primero de junio del año en curso ante esta Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, integrada por los magistrados, don Hernán García Mendoza, Graciela Carvajal Herrera, y Cristian Darville Rocha que la preside, se llevó a efecto la audiencia de juicio oral en la causa rol interno N° 17-2004, por el delito de robo con intimidación, en perjuicio de María Isabel Álvarez Pérez, perpetrado en esta ciudad el día 11 de Junio de 2003, en contra de **CRISTIAN LUIS VALENZUELA BAROS**, RUN N° 14. 014.002-3, nacido en San Fernando el 23 de mayo de 1980, de 23 años de edad, soltero, domiciliado en Población Galvarino, Pasaje Chungará N° 043 de Curicó, mecánico, sin apodos, con antecedentes penales anteriores, según consta de su extracto de filiación y antecedentes que registra anotación penal pretérita, al ser condenado en causa Rit. **N° 2.058** Juzgado de Garantía de Curicó por el delito de robo por sorpresa, en grado de consumado, a la pena de 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo, con beneficio de libertad vigilada, según se desprende de los documentos incorporados a la audiencia por el Ministerio Público como ***documento N° 1, 4 y 3*** los que, respectivamente corresponden a extracto de filiación y antecedentes, copia de sentencia recaída en los referidos antecedentes y certificado de encontrarse ejecutoriada; beneficio de libertad vigilada que según documento extendido por centro de reinserción social el condenado Claudio Luis Valenzuela Baros Rut N° 14.014.002-3 no ha ingresado al Sistema de Libertad Vigilada del Adulto, según se desprende de documento **N° 2** del Ministerio Público.

Fue parte acusadora en el presente juicio el Ministerio Público de Curicó, con domicilio en Avenida Manso de Velasco N° 701 de esta ciudad, representado por el fiscal adjunto don Andrés Gaete Fuenzalida.

La defensa del acusado estuvo a cargo del defensor penal público don Víctor Manuel Rojas Oyarce con domicilio en calle Argomedo N° 280 de esta ciudad.

SEGUNDO: Que según el auto de apertura de juicio oral el Ministerio Público de Curicó sostuvo que:

El día 10 de Junio del año 2003, en circunstancias que la víctima, María Isabel Álvarez Pérez, quien se desempeña como radio operadora en una línea de radio taxis, salió de su trabajo aproximadamente a las 23:50 horas de la noche, en dirección a su domicilio, fue dejada por un compañero de trabajo en Camilo Henríquez con Peña con el objeto de tomar locomoción. Al no encontrar en ese lugar movilización a su casa, comenzó a caminar en dirección a calle Yungay, por lo que pasada la medianoche, en Avda. Camilo Henríquez con calle Yungay fue interceptada, por atrás, por el acusado, quien la abrazó y, con un arma corto punzante, la amenazó por la espalda, diciéndole que se quedara callada y que caminara, o si no le iba a cortar la cara. Acto seguido, procedió a revisarle los bolsillos de la víctima, la que portaba dinero y un celular, pero debido

a la resistencia de esta última, se produjo un forcejeo entre ambos, momento en el que un radio taxi les enciende las luces, huyendo el acusado del lugar, sin lograr su objetivo, esto es, sustraer las especies de la afectada; al ser seguido por otros radio taxis, es, finalmente, detenido minutos más tarde por Carabineros de Chile.

Los hechos narrados, a juicio del Ministerio Público, son constitutivos del delito de robo con intimidación, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso 1° del Código Penal, en grado de consumado, y al acusado Cristian Luis Valenzuela Baros, le ha cabido participación en calidad de autor directo, sin que existan circunstancias modificatorias de responsabilidad que le afecten y por ello pide se aplique al acusado una pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales, con expresa condena en costas de la causa.

En sus **alegatos de apertura** sostuvo que se probaría por el Ministerio Público todos los elementos del tipo por el que se acusó y la participación que en ellos cupo al acusado, relatando la forma cómo ocurrieron los hechos materia de la acusación y, en el alegato de **clausura** reiteró que mediante la prueba documental, testimonial y evidencias aportadas en el curso de la audiencia de juicio oral, se acreditó más allá de toda duda razonable los hechos que configuran el delito de robo con intimidación, en grado de frustrado; señala que a la víctima se le registró uno de sus bolsillos y se le colocó una cuchilla en la espalda lo que fue acreditado, como la participación que en él cupo al acusado, quien reconoció en audiencia haber dado un topón a la víctima relato de éste que no le pareció veraz; en tanto en la **réplica**, el Ministerio Público rebatiendo los argumentos de la defensa, señala que en su concepto se encuentra acreditada la intimidación con que actuó el acusado al afirmar que se entiende también por configurada, con aquellos actos que puedan intimidar u obligar a la manifestación u entrega de las cosas, lo que sin duda pretendía el acusado cuando revisaba los bolsillos de la víctima.

TERCERO: Que la defensa del acusado expuso en su **alegato de apertura** que no existe coherencia entre el hecho investigado y el que se conocerá en la audiencia de juicio oral, pues el día 10 de junio, en la noche, encontrándose la víctima en la vía pública, con poca gente en la calle se creó un hecho cuyo contexto y circunstancias le generaron temor, pues en esas circunstancias el acusado se acerca en forma inestable dado su estado de ebriedad y la topa, pasándola a llevar, le pide disculpas, por ello, sin embargo, la víctima se aterra, cruza la calle y pide salvaguardia, dando lugar a un despliegue de persecución del acusado, ante el pánico de la víctima, por ello solicita se absuelva al acusado.

En tanto, en su **alegato de clausura** la defensa señaló que no se ha logrado establecer en el juicio la existencia de la intimidación con que habría actuado el acusado en los hechos, por tanto no se configuraría el delito de robo con intimidación, circunstancias que reitera en la **réplica,** indicando que en el presente caso no hubo intimidación en los términos que establece el art. 439 del Código Penal, por ello su representado debe ser absuelto del delito de robo con intimidación.

CUARTO: Que el acusado haciendo uso del derecho que le confiere el inciso tercero del artículo 326 del Código Procesal Penal, optó por declarar señalando que, el día en que ocurrió el hecho había participado en un asado, luego fue a un restaurante en la calle O`Higgins donde había un velorio, estuvo un rato en el lugar y con un amigo salió pasando a otros restaurantes, volviendo al velorio; que, cuando pretendía dirigirse a su domicilio, se acercó al paradero de colectivos que existe en la calle Camilo Henríquez donde tiene un amigo, el que no estaba, y otros no le llevaron, se dirigió hacia el local llamado Vorin y compró una caja de vino, se vuelve y, cuando se encontraba en Camilo Henríquez estaba la señorita a quien le pegó un topón y le pidió disculpas, sin que le hiciera daño. Agrega que ella cruzó la calle y tomó colectivo y se fue, él permaneció en el lugar como 10 minutos luego apareció un radio taxi que le dijo que se detuviera y lo hizo porque sacó una pistola, pero él continuó, pero como hizo un tiro al aire se asustó y como estaba cansado se paró, le indicó su nombre y le señaló los datos de su señora y, él mismo, le pasó una cortaplumas que le habían pasado en la mañana, precisa, que luego de haber comprado vino caminó por calle Camilo Henríquez sin poder indicar el nombre de las calles, explica que la cortaplumas se la habían pasado en la mañana para sacarle punta a un lápiz de su hija, la que es corvo, y que se la pasó a un taxista sin recordar dónde fue detenido, pero insinúa cerca del hospital, reitera que sólo topó a la niña, no la abrazó, le pidió disculpas, que él entregó la cortaplumas al chofer del taxi no a los

carabineros, que cuando dio el topón la niña se bajó a la solera y lo había mirado asustada, sin arrancar, pero tomó un colectivo. Señala que el primer chofer que llegó al lugar fue uno gordito que sacó pistola, revisándole sus pertenencias el chofer del colectivo a quien le pasó las cosas entre ella también una billetera que después no apareció, reitera que a éste le pasó la billetera y la cortaplumas; otros choferes le pegaron unos charchazos, con la caja de vino que llevaba en la mano izquierda, uno la tomó, la abrió y le rociaron un poco de vino en el cuerpo, reitera que sólo dio un topón o rozón a la señorita. Al ser interrogado de conformidad al artículo 329, inciso penúltimo, dice haber declarado ante la señorita fiscal, sin embargo, el representante del Ministerio Público le señala que en su declaración aparece que declaraba sólo ante su abogado, sin embargo reitera haber declarado ante la señorita Gabriela, cuando ella estaba sola, sin que él firmara su declaración ni leyera nada. Explica que al salir de calle O´Higgins se dirigió a Camilo Henríquez, hacia el Bric, allí habló con un amigo y pretendía dirigirse a su casa en Aguas Negras, como no lo llevaron se fue al Vorin y se volvió cambiándose de calzada según explica en la audiencia, allí se encuentra con la niña esperando un colectivo, él la topa con el hombro derecho en el brazo izquierdo de ella, ella estaba parada en el paradero, él caminaba más apegado a la muralla, que ella estaba en Camilo Henríquez, precisa que no estaba ebrio, sí mareado, indica que tomó en el asado y después de ello las cervezas y cuando llegó donde la señorita estaba mareado, por ello se produjo el topón, después caminó hacia el Hospital, allí iba a tomar colectivo hacia Aguas Negras.

QUINTO: Que la prueba testimonial producida por el Ministerio Público proviene de testigos que protagonizaron los hechos que narraron, de modo que los percibieron y apreciaron con sus sentidos, fueron legalmente interrogados y además examinados por la defensa del acusado, sus declaraciones no han sido desvirtuadas por otra prueba en contrario, por lo que sus dichos impresionan a los jueces como imparciales y verídicos. Por tales razones y, apreciando libremente la prueba, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, sin contradecir las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, estos sentenciadores han llegado a la convicción que se tiene por acreditado el siguiente hecho:

Que el día 10 de Junio del año 2003, en circunstancias que la víctima, María Isabel Álvarez Pérez, quien se desempeña como radio operadora en una línea de radio taxis, salió de su trabajo aproximadamente a las 23:50 horas, en dirección a su domicilio, fue dejada por un compañero de trabajo en Camilo Henríquez con Peña con el objeto de tomar locomoción. Al no encontrar en ese lugar movilización, comenzó a caminar por Camilo Henríquez en dirección a calle Yungay; pasada la medianoche, en Avda. Camilo Henríquez, entre calle Yungay y Peña de esta ciudad, fue interceptada desde atrás, por el acusado Cristian Luis Valenzuela Baros, quien la abrazó y le registró uno de sus bolsillos donde portaba un teléfono celular y unas monedas, luego con una cortaplumas de hoja corva la amenazó poniéndosela en uno de sus hombros, diciéndole que se quedara callada y que caminara, o si no le iba a cortar la cara. La víctima se defendió con un paraguas y apoyó su cuerpo en una cortina de un local comercial llamado Don Segundo, en los precisos momentos en que un taxi colectivo que pasaba por el lugar sube las luces y da vuelta en U, circunstancia que aprovecha el acusado para huir del lugar, momentos en que la víctima llama a su conviviente y éste a la central de radio taxis Apumanque desde donde advierten en clave a otros choferes, acerca de un peligro de una persona, quienes dadas las características proporcionadas por la víctima, salen en su persecución, logrando reducirlo en calle Prat, altura del ciento cincuenta, llegando al lugar minutos más tarde personal de Carabineros de Chile, quienes lo registran encontrándole en su bolsillo delantero derecho la cortaplumas con que amenazó a la víctima y que esta reconoció en el lugar, como asimismo a su agresor.

SEXTO: Que el hecho reseñado precedentemente se encuentra acreditado con los siguientes elementos de convicción:

a) Declaración de la propia víctima **MARÍA ISABEL ÁLVAREZ PÉREZ**, quien señaló que el día 10 de junio, aproximadamente a las 23:30 horas, se retiró del lugar de su trabajo donde se desempeña como operadora de una empresa de radio taxis, la fueron a dejar al paradero en Camilo Henríquez, con Peña y, como no conseguía movilización se encaminó hacia la calle Yungay y cerca del negocio llamado Don Segundo siente que alguien venía atrás de ella, se dio vuelta y pensó en que podía ser un

ebrio, pues llevaba una caja de vino en las manos, cuando ella lo encaró, la empezó a registrar, le tomó por el hombro izquierdo, indicando la testigo que era como si la abrazaba, como si fuera su pareja, se dio vuelta para defenderse y él le puso, con la mano derecha, una cuchilla en el hombro izquierdo y con la izquierda donde llevaba la caja de vino la presionaba, diciéndole que caminara, si no le cortaba la cara, señala que en ese momento apareció un colectivo de la línea 2, subió las luces y dio la vuelta en U, oportunidad que el acusado la soltó, ella dice saber que era una cortaplumas porque así se lo manifestó la persona que la abordó y ella la vio cuando huía, oportunidad que vio el cachito de la cortaplumas, la que también vio cuando iba huyendo, arma blanca que reconoce al exhibírsele la **evidencia N° 1** del Ministerio Público la que corresponde efectivamente a una cortaplumas con empuñadura color hueso. Agrega que a la persona la vio cuando se dio vuelta, ahí le vio la cara explicando además las vestimentas que ese día portaba el acusado, siendo estas un jeans, un polerón azul con bordes rojos, botas de agua, un cuello en la cabeza, reconociendo en audiencia a la persona que la abordó en el acusado **CRISTIAN LUIS VALENZUELA BARO.** Continúa relatando la testigo que luego de que la persona la suelta ella cruza a la vereda de enfrente, llama a su pareja y le cuenta lo que pasaba y él avisó a la central que había una emergencia y llegan dos compañeros a quienes ella les indicó las descripciones, sube a uno de los vehículos para dar las características a los carabineros, señalando el recorrido por las distintas calles del centro de esta ciudad, pasando por calle Yungay hacia el Sur, pasa por la plaza, calle Merced, Chacabuco y Membrillar, indicando que fue alcanzado por sus compañeros en calle Prat, frente al Crater, y cuando carabineros llega al lugar ella se bajó y le reconoció; precisa que ella, en sus bolsillos, llevaba su celular Nokia color negro y unas monedas, además portaba un bolso, que dejó en el lugar, un paraguas con el que se defendió y una mochila. Ella reconoce estas especies conjuntamente con la ropa que vestía el acusado, la que es incorporada como **evidencia N° 2** del Ministerio Público; señala que el acusado estaba en estado de ebriedad, pensando ella, en un principio, que se trataba de una persona que en ese estado empiezan a molestar a la gente, y cambió de idea cuando le puso la cuchilla y le dijo que le cortaría la cara si no caminaba, precisando que el acusado no le sustrajo nada porque ella protegió su bolsillo al apoyarse en la cortina que cierra el local del negocio llamado Don Segundo, donde estuvieron uno al lado del otro, circunstancia que aprecia el tribunal al observar dos de las imágenes fotográficas que integran la **evidencia material N° 2**; indica al ser contra interrogada que primero, le registró los bolsillos, luego la tomó por el hombro, la abrazó suavemente y le puso la cortaplumas diciéndole que caminara, precisa que el sujeto no se fue cuando ella lo golpeó con el paraguas sino cuando el colectivo subió las luces y dio la vuelta en U; indica que el hecho de ser abordada duró, más o menos, 5 a 7 minutos, y ella después lo vio huir, corriendo, fuera del Casino de Bomberos.

b) Asertos de **Cristian Araya Ortiz**, conductor de radio taxi y pareja de la ofendida quien manifestó en audiencia que mientras él se encontraba realizando un servicio hacia la ciudad de Molina recibió un llamado de su María Isabel Álvarez quien le comunicó lo que le había ocurrido, por ello éste se comunica con la Central y dio aviso de lo que ocurría, señalando el lugar ubicado en Camilo Henríquez con Yungay, mientras retornaba escucha acerca del procedimiento que sus compañeros realizaban en persecución de la persona que había atacado a su pareja; llegando él al lugar en que lo habían reducido en calle Prat, estando ya carabineros en el lugar cuando llegó él, encontrando a la víctima muy asustada; dichos que corrobora **Jaime San Martín Moraga,** también chofer de la línea en que trabaja la víctima, quien dice haberse encontrado en la central y haber escuchado, aproximadamente a las 0,00 horas un llamado de una señal en **clave 2** que corresponde a una emergencia la que ellos utilizan cuando ellos o alguna persona es asaltada o se encuentra en peligro, por ello concurre a calle Prat y mediante comunicaciones con otros colegas lo redujeron, dado que les indicaron las características de la persona y sus vestimentas, fundamentalmente, polerón azul, botas de agua y jeans, ello ocurre en calle Prat, a la altura del 150; señala que ninguno de sus colegas utilizó arma de fuego y quien registró a la persona reducida fueron los carabineros, manifestando en audiencia reconocer en la persona del acusado, **VALENZUELA BAROS** a quien detuvieron el día en que ocurrieron los hechos. Agrega que él una vez que llega carabineros se retira del

lugar, ilustrando al tribunal que entre los conductores de los taxis se conocen por el número del móvil, y que él no portaba ningún elemento de defensa;

c) Declaración de **Víctor Hugo Sepúlveda Arriaza**, conductor de radio taxi, quien dice que la noche del 10 de Junio estaba trabajando y por intermedio de la radio supieron que a la colega la habían asaltado, él llegó al lugar donde estaba ella y les indicó las características de la persona que la había atacado y por ello hicieron un recorrido por las calles teniendo las características de las vestimentas de la persona, con quien él ya se había encontrado en Camilo Henríquez, recuerda que lo indicado por la niña era jeans, polerón azul con partes rojas en el hombro y botas de agua, dice haberlo visto en Carmen frente al edificio Renacimiento donde trató de ocultarse, iba corriendo y, en las manos, llevaba algo recordando que lo reducen en calle Prat a la altura del 150, reconociendo al acusado como la persona que atacó a la víctima en cuya detención él participó, reconociendo además la **evidencia N° 2** que corresponde a imágenes de las vestimentas del acusado, entre éstas las botas de agua y polerón azul. Agrega que él no sabe si alguien tenía arma de fuego y que el hecho ocurrió en las primeras horas del día 11 de Junio;

d) Atestado de **Juan Carlos Salinas Aguilera**, chofer de radio taxi, quien señaló que en la oportunidad se encontraba en la central y allí escuchó clave 2 que significa peligro para algún colega o persona, por ello concurre a calle Camilo Henríquez pues otros colegas le dicen que habían asaltado a la operadora María Isabel; indica que cuando llega a calle Prat lo habían reducido y cuando él había tomado la calle Prat esta persona corría en sentido contrario al suyo; indica las características que le habían dado al señalarle las prendas que vestía, esto es, jeans, polerón azul con rojo y botas de agua, correspondiendo éstas a las que tenía la persona reducida cuando él llega al lugar, por ello lo reconoció. Señala que quien registró a la persona fue carabineros, y que él no portaba armas indicando que en varias oportunidades ha sido asaltado y no ha tenido con qué defenderse, reconociendo, en la audiencia, al acusado como la persona que persiguió el día de los hechos; precisa al termino de su declaración que por radio escuchó que el hecho había ocurrido en Camilo Henríquez frente a la pastelería Don Segundo;

e) Declaración de los funcionarios de Carabineros **Gabriel Bastidas Bastidas**, **Luis Alberto Ponce Pizarro**, **Juan Carlos Pérez Almendras** y **Carlos Jofré Ojeda**, quienes coinciden en señalar haberse encontrado realizando el tercer turno del día 10 de junio de 2003, el que comienza a las 20:00 horas de ese día, y que, aproximadamente a las 0:25 horas de esa noche, mientras se encontraban en la población Manuel Rodríguez, reciben un comunicado de la central que les indica que en calle Camilo Henríquez con Yungay una dama había sido asaltada, se dirigen al lugar y cuando estaban en las cercanías de Manso de Velasco con Camilo Henríquez les advierten que el autor se desplazaba por calle Prat con Membrillar, ellos toman calle Prat, en sentido contrario al tránsito, hacia el centro, y ubicaron a las personas en calle Prat frente a la Fundación Crater, allí había varios conductores de radio taxi, quienes les señalaron que habían tratado de asaltar a una dama en calle Peña cerca del negocio Don Segundo, allí se encontraba la afectada quien reconoció al agresor a quien detienen, y el arma blanca que había utilizado, señalando que quienes registraron al sujeto que detuvieron fueron ellos, específicamente, los funcionarios Pérez y Ponce, reconociendo el Sub oficial Bastidas Bastidas al acusado VALENZUELA BAROS como la persona que ellos detuvieron, las ropas que vestía y el arma blanca que encontraron en uno de los bolsillos de sus vestimentas, precisando que éste se encontraba tendido en el suelo; del mismo modo los funcionarios **Ponce Pizarro** y **Pérez Almendra** precisan que fueron ellos quienes registraron al acusado a quien reconocen en la audiencia en la persona de **VALENZUELA BAROS,** y que ellos encontraron, en el bolsillo delantero derecho, una cortaplumas, coincidiendo acerca de las características de esta, indicando que era una cortaplumas con hoja curva y empuñadura de hueso pardo con blanca, la que ambos reconocieron al exhibírseles la **evidencia N° 2** acompañada por el Ministerio Público; coinciden en señalar que a la persona la reconocieron por las características de las vestimentas que ese día portaba las que se las habían señalado previamente; en tanto, el carabinero **Carlos Andrés Jofré Ojeda,** dice que recuerda haber participado en el procedimiento que les comunicaron

desde la Cenco acerca del asalto, que también les indicaban que los radio taxis venían persiguiendo a una persona a quienes éstos tenían reducido en calle Prat, que el asalto había ocurrido en Camilo Henríquez; correspondiéndole a él revisar el lugar, sin encontrar nada, sin embargo sabe que el cabo Pérez y Ponce encontraron una cortaplumas en las vestimentas de la persona la que, en el lugar, se encontraba tendida reconociendo en audiencia al acusado. Además dice recordar, especialmente, que, en la oportunidad, éste vestía unas botas de agua, jeans y polerón azul con vivos rojos, agrega que la víctima estaba en el lugar en un radio taxi y que el acusado tenía olor a trago que él percibió al ingresarlo al calabozo;

f) Dichos de **Claudio Molina Garrido,** cabo de Carabineros, quien manifestó que debió tomar fotografías para efectuar fijación del sitio del suceso en calle Yungay con Camilo Henríquez, en el local Don Segundo que tiene dos ingresos de cortina, recuerda que estas eran de color azul, además de las vestimentas del acusado, de unas monedas y un celular, pertenecientes a la víctima, y de una cortaplumas que describe con empuñadura de hueso y hoja encorvada, reconociendo lo descrito en la **evidencia N° 2** consistente en el set fotográfico que él tomó, en las que aparecen las vestimentas, las pertenencias de la víctima y las características del local donde ocurrió el hecho en que aparece la imagen y la posición que señaló la víctima; asimismo, señala que a él correspondió y verificar e interrogar a cuatro testigos que participaron en la persecución del detenido éstos de la empresa Apumanque, en calle Balmaceda.

SÉPTIMO: Que el hecho descrito en la motivación Quinta de este fallo se encuadra dentro del tipo penal de **robo con intimidación**, en grado de **frustrado,** en razón de concurrir, copulativamente, cada uno de los elementos que lo constituyen: en el caso materia de este juicio, la clara intención del hechor en pretender la ***apropiación***, de bienes de la víctima esto es, *"...la sustracción de una cosa de la esfera de resguardo de una persona con el ánimo de comportarse de hecho como propietario de ella..."*, toda vez que el acusado registró uno de los bolsillos de la chaqueta que vestía María Isabel Álvarez Pérez sin lograr su objetivo evidente, pues la víctima protegió sus bolsillos al apoyarse en un local comercial y el acusado huye del lugar en los precisos momentos que un taxi colectivo levanta sus luces y en ese lugar viró en U, elemento éste que tal como lo interpretó la afectada a estos falladores parece relevante en la determinación del autor en no perseverar en sus intentos determinando retirarse del lugar huyendo, ***cosa mueble ajena***, definida en nuestro ordenamiento jurídico como aquellas que pueden transportarse de un lugar a otro mediante el uso de una fuerza externa, respecto de las cuales una persona distinta del hechor detenta la propiedad o la posesión, en el caso sub examine: las monedas que tenía la víctima para tomar movilización, un celular marca Nokia, un bolso, cuya propiedad correspondía a María I. Álvarez Pérez; ***sin la voluntad de su dueño***, expresión que significa actuar no sólo sin el consentimiento sino también contra la voluntad del propietario o poseedor de la cosa, toda vez que ha quedado demostrado en el juicio que las especies que portaba la víctima, de no mediar circunstancias tales como la reacción de ésta, al enfrentarse con el acusado y golpearle con un paraguas y la oportuna aparición de un vehículo que levanta luces y da vuelta en U en el mismo lugar, el acusado bien pudo haber logrado la sustracción de las mismas, evidentemente, contra la voluntad de quien de su dueña; ***ánimo de lucro***, el cual se puede colegir del hecho de haber registrado los bolsillos de la víctima y de haber pretendido que esta siguiera caminando desde el lugar donde se encontraba, contra su voluntad, bastando ejecutar la acción, sin que requiera de un enriquecimiento real; finalmente, la ***intimidación***, que se refiere a las amenazas, malos tratamientos de obra, ya para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, ya para impedir la resistencia u oposición a que se quiten, o cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega; que en el caso que nos ocupa se configura por el hecho de que el acusado, luego de abalanzarse sobre la víctima, revisarle los bolsillos coloca uno de sus brazos sobre ésta y, con un cortaplumas, con hoja corva, cerca de su hombro izquierdo, además de la presión que con la otra mano le efectuaba en su cuerpo, le indica que siga caminando pues de lo contrario le cortaría la cara; actos que evidencian el propósito del hechor, esto es, lograr que la afectada se sintiera amenazada por aquella grave presión, toda vez que, según las máximas de experiencia, indican que con cualquier clase de arma blanca, más aún de aquella con las características de la empleada por

el acusado y, la significación que, para cualquier persona importa un corte en su rostro, más aun si se trata de una mujer joven, bien podría haber significado lograr que la víctima se desplazara contra su voluntad, desde un lugar público, de frecuente concurrencia y tráfico vehicular, a uno distinto donde pudiera actuar con mayor seguridad para el logro de sus propósitos, dado que es de público conocimiento en esta ciudad las características del lugar en que ocurrieron los hechos, esto es, que Camilo Henríquez con calle Yungay, es un lugar destinado por el público para esperar locomoción; fines que en el acusado no podían ser otros que apropiarse de bienes de la víctima. En tanto, el arma, evidentemente hubo de provocar en ésta **susto y temor considerable**, como consecuencia de dicha conducta intimidatoria ya señalada y con la cual se pretendía vulnerar y doblegar la voluntad y libertad de decisión de María Isabel Álvarez Pérez.

En consecuencia, el hecho referido en el fundamento Quinto de esta sentencia es constitutivo del **delito de robo con intimidación en la persona de María Isabel Álvarez Pérez, en grado de frustrado, previsto en el artículo 432 y sancionado en el inciso 1° del artículo 436, en relación al artículo 7 y 439, y todos del Código Penal,** perpetrado en las primeras horas del día 11 de junio de 2003, en esta ciudad.

OCTAVO: Que, de conformidad a lo razonado en el apartado que antecede este tribunal desestima lo alegado por la defensa en cuanto dice entender que en los hechos no concurrió el **elemento intimidatorio** que requiere el tipo penal por el que se condena, por cuanto lo primero que hizo el acusado fue revisar los bolsillos de la víctima a quien luego la abrazó suavemente, elementos que si bien concuerdan con el relato de la víctima no se puede separar al acto seguido empleado por el acusado, cual es, haber colocado en la espalda, cerca del hombro izquierdo de ésta, una cortaplumas, arma corto punzante de aquellas capaces de producir un grave daño y con la amenaza de afectar su integridad física, pretendiendo con su actuación que aquella se desplazara del lugar con claros propósitos delictivos, que en el mejor de los casos podía ser la sustracción efectiva de las pertenencias de esta, actos desplegados por el acusado que, en modo alguno pueden separarse unos de otros por cuanto ocurren en el mismo hecho, en el mismo lugar y con absoluta continuidad. En otras palabras, del análisis de las probanzas rendidas, y tal como ya se ha hecho referencia anteriormente, dicho acto intimidatorio estaba claramente dirigido a doblegar la voluntad de la ofendida con el objeto de apropiarse de las pertenencias que esta portaba.

NOVENO: Que, la participación del acusado **CRISTIAN LUIS VALENZUELA BAROS** en los hechos materia de la acusación fiscal, se encuentra plenamente acreditada con el atestado de la propia víctima **María Isabel Álvarez Pérez**, quien lo inculpó directamente reconociéndolo en audiencia como la persona que en la madrugada del día 11 de Junio de 2003, cuando pretendía tomar movilización, alrededor de las 23:30 horas, la abordó, registró sus bolsillos, tomándola por los hombros para colocarle en su espalda una corta pluma y señalarle que caminara de lo contrario le cortaría la cara, sin que el acusado lograra su propósito como se ha señalado por circunstancias ajenas a su voluntad, afectada que inmediatamente comunicó a terceros lo ocurrido y las características de las vestimentas que portaba el acusado en la ocasión las que permitieron a aquellos seguirle mientras pretendía huir y reducirle en calle Prat, donde es detenido finalmente por carabineros quienes le encuentran entre sus ropas el arma blanca, reconocimiento del acusado que efectuaron en audiencia, los testigos: **Juan Carlos Salinas Aguilera, Víctor Hugo Sepúlveda Arriaza, Cristian Araya Ortiz, y Jaime San Martín Moraga**, todos conductores de radio taxi Apumanque, quienes participaron directamente en la persecución del imputado, señalando que lo reconocieron por las indicaciones de las vestimentas que usaba aquella noche, y por haberlo visto mientras se desplazaba por distintas calles de la ciudad hasta llegar al lugar donde lograron reducirlo; testimonios que son reforzados por lo declarado por los funcionarios de Carabineros **Gabriel Bastidas Bastidas, Luis A. Ponce Pizarro, Juan C. Pérez Almendra y Juan Jofré Ojeda**, los que indicaron haberse desempeñado durante en turno que conoció de los hechos y haber concurrido hasta el lugar donde los conductores de radio taxi tenían reducida a persona que atacó a María I. Álvarez Pérez, reconociendo todos estos testigos al sujeto detenido como el acusado **CRISTIAN LUIS VALENZUELA BAROS**.

DÉCIMO: Que la unión lógica y sistemática de los elementos de juicio a que se ha hecho referencia en la motivación precedente, acorde con las probanzas referidas en el fundamento Sexta de este

fallo, analizados libremente, 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, son suficientes para dar por acreditada la participación culpable que en calidad de autor le cupo al acusado **CRISTIAN LUIS VALENZUELA BAROS**, en el hecho reseñado en el fundamento Quinto y calificado en el apartado Séptimo de esta sentencia, por haber intervenido en él de una manera inmediata y directa.

UNDÉCIMO: Que, según se ha razonado precedentemente no se considera la versión del acusado cuando dice que en la ocasión que se encontró con la señorita, la víctima, María Isabel Álvarez Pérez, él se encontraba con algo de trago y sólo la topó, le dio un rozón pidiéndole disculpas, que aquella se bajó a la calzada y cruzó la calle quedando él en el lugar, pues esta versión es absolutamente contradictoria con lo señalado por la víctima María Isabel Álvarez Pérez, los testigos, Víctor Hugo Sepúlveda Arriaza, Cristian Rodrigo Araya Ortiz, Jaime Ignacio San Martín Moraga y Juan Carlos Salinas Aguilera, todos conductores de radio taxis y los funcionarios policiales Gabriel Bastidas Bastidas, Luis Ponce Pizarro, Carlos Andrés Jofré Ojeda y Juan Carlos Pérez Almendra, quienes coinciden en la hora y circunstancias en que le vieron al acusado desplazarse por calles tales como Carmen, Membrillar, Chacabuco hasta reducirlo y detenerlo en calle Prat a la altura del N° 150, todas de esta ciudad, oportunidad que le identificaron por las vestimentas y vieron que este tenía entre ellas un arma corto punzante, corta pluma con hoja corva, es decir, la versión de la víctima resulta más coherente y creíble que la versión entregada por el acusado al respecto.

En tanto, en cuanto a los dichos del acusado en relación a que su desplazamiento se debió a que pretendía encontrar movilización para dirigirse hacia Aguas Negras, para lo cual se habría trasladado sólo unas pocas cuadras del sitio del suceso, dicho testimonio se ve completamente desvirtuado por las declaraciones de los choferes quienes estuvieron contestes en señalar que el imputado huía corriendo por las distintas calles del sector céntrico hasta llegar a calle Prat a la altura del ciento cincuenta, incluso escondiéndose detrás de algunos vehículos, sector donde fue finalmente detenido.

Por su parte, en relación a lo señalado por el acusado respecto a que él habría entregado el arma blanca a Carabineros y que habría sido registrado por los choferes, dichos asertos igualmente se ven contrarrestados con los testimonios de los referidos conductores de taxi colectivo que lo detuvieron, quienes indicaron que no lo registraron, y con los dichos de los propios funcionarios de Carabineros quienes indicaron en audiencia que el registro de las vestimentas del acusado fue efectuado por ellos mismos, una vez que llegaron al lugar, encontrándole en uno de los bolsillos del pantalón la aludida cortaplumas.

Finalmente, respecto de la referencia que hace el acusado en orden a que uno de los choferes que lo redujo hizo uso de una arma de fuego, incluso disparando un tiro al aire, dicha afirmación quedó desvirtuada con lo declarado por los citados conductores quienes coincidieron en manifestar que ninguno de ellos portaba arma de fuego, es más, el carabinero **Jofré Ojeda**, quien revisó el sitio del suceso donde encontraron al acusado, señaló no haber hallado otra evidencia.

DUODÉCIMO: Que, no existen antecedentes a considerar para determinar circunstancias modificatorias de responsabilidad.

DECIMOTERCERO: Que habida consideración a que el delito por el cual se condena al acusado se configuró en grado de frustrado se le aplicará la pena de conformidad a lo establecido expresamente para este tipo penal de conformidad a lo establecido en el Art. 450 del Código Penal, por ello será castigado como consumado.

Por estas consideraciones y, **VISTO,** además, lo dispuesto en los artículos 1°, 7, 14 N° 1, 15 N° 1, 21, 28, 68, 432, 436 inciso primero, 439 y 450 del Código Penal; artículos 1°, 4, 47, 281, 295, 297, 325 y siguientes, 340, 342, 344, 345 y 468 del Código Procesal Penal, **SE DECLARA**:

I.- Que se **condena** a **CRISTIAN LUIS VALENZUELA BAROS**, ya individualizado, a la pena de **CINCO AÑOS Y UN DÍA** de Presidio Mayor, en su grado mínimo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y al pago de las costas de la causa, como **autor del delito de robo con intimidación**, en grado de **frustrado**, en perjuicio de **María Isabel Álvarez Pérez** perpetrado en esta ciudad, en horas de la madrugada, del día 11 de Junio de 2003.

II.- Que el sentenciado deberá cumplir efectivamente la pena impuesta en el presente fallo, la que empezará a contársele desde el 11 de junio de 2003, según se indica en el acápite Sexto del auto de apertura de juicio oral, de fecha 13 de abril de dos mil cuatro, emanado del Juzgado de Garantía de Curicó, tiempo desde el cual ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad con motivo de esta causa.

III.- Que no se concederá al sentenciado ninguno de los beneficios alternativos de cumplimiento de la pena que contempla la ley N° 18.216.

Ejecutoriado que sea el presente fallo, dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal.

Devuélvase a los intervinientes los documentos y evidencias acompañadas al juicio.

Sentencia redactada por la magistrado doña Graciela Carvajal Herrera.

No concurre a la firma del presente fallo el magistrado Hernán García Mendoza, por encontrarse con permiso otorgado por la Iltma. Corte de Apelaciones de Talca, no obstante haber concurrido a la audiencia de juicio oral.

Anótese, regístrese, notifíquese y archívese en su oportunidad.

R.I.T N° 17 -2004

R.U.C. N° 0300089914-7

Dictada por la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, presidida por el magistrado Cristian Darville Rocha, e integrada por los jueces doña Graciela Carvajal Herrera y don Hernán García Mendoza.

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

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

Resumen:

La Fiscalía acusó a los imputados como autores del delito de robo con violencia, alegando la concurrencia de la agravante de pluralidad de malhechores. La Defensa sostuvo que se trató de un hurto en concurso con el delito de lesiones graves. El Tribunal condenó por el delito de robo con violencia, acogiendo la agravante, por estimar que quedó acreditado que el uso de la violencia que terminó con las lesiones de la víctima estuvo al servicio de una acción concertada para la apropiación de bienes ajenos. El Tribunal efectuó un especial análisis de la declaración de un testigo de la Fiscalía que cambió su declaración en el juicio, prefiriendo la versión entregada en dos oportunidades previas ante el Fiscal.

Texto completo:

La Serena, veinticuatro de junio de dos mil cuatro.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que con fechas veintiuno y veintidós de junio de dos mil cuatro, ante esta Tercera Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de La Serena, constituida por la Juez Presidente doña Nury Benavides Retamal e integrada por las jueces doña Caroline Turner González y doña María del Rosario Lavín Valdés, se llevó a efecto la audiencia relativa a los antecedentes rol 56-2004, seguidos en contra de Jonathan Lorenzo Vega Muñoz, chileno, soltero, nacido el 26 de agosto de 1985, 18 años de edad, sin oficio, cédula de identidad nº 16.059.934-0, domiciliado en Pasaje Arboleda nº 1672, Villa El Valle, Compañía Alta, La Serena; y Jonathan Gerardo Ortíz Pastén, chileno, soltero, nacido el 14 de mayo de 1986, 18 años de edad, sin oficio, cédula de identidad nº 16.189.478-8, domiciliado en Las Cascadas nº 1717, Villa El Valle, Compañía Alta, La Serena, actualmente en prisión preventiva en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de La Serena, ambos representados por don Alejandro Viada Ovalle, de la Defensoría Penal Pública de esta ciudad, domiciliado en calle Pedro Pablo Muñoz nº 550 La Serena.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por el fiscal adjunto de La Serena don Marcelo Sanfeliú Gerstner, domiciliado en calle Gandarillas nº 810 de esta ciudad, y dedujo acusación particular don Juan Alfonso Castro Adaros representado por el abogado Efraín Villalobos Aranda, del Centro de Atención a Víctimas de Delitos Violentos, con domicilio en calle Darío Salas nº 754, Coquimbo.

SEGUNDO: Que el Ministerio Público dedujo acusación en contra de los acusados, por los hechos de que da cuenta el auto de apertura del juicio oral, que son los siguientes: «El día 22 de febrero de 2003, alrededor de las 5:00 horas aproximadamente, los acusados se dirigieron al inmueble ubicado en calle Arboleda nº 1713, Villa El Valle, Compañía Alta, comuna de La Serena, que habitaba la víctima Juan Alfonso Castro Adaros de 76 años de edad, con la intención de ingresar a dicho inmueble y sustraer especies ajenas. Una vez que llegaron al domicilio indicado, uno de ellos lanza una piedra al techo de la casa, con el propósito que la víctima abriera la puerta y saliera hacia la calle, lo que efectivamente hizo, por lo que al abrir la puerta, ambos acusados ingresaron al interior empujando a la víctima en forma violenta y procedieron a agredirlo con golpes de pies y puños además de un objeto contundente en diferentes partes del cuerpo, a la vez que le exigían la entrega de dinero y especies, sustrayendo con ánimo de lucro y sin consentimiento de su dueño, las siguientes especies

muebles de propiedad de la víctima: un reloj metálico marca Rolex que portaba y una billetera de su propiedad desde el interior del inmueble. Luego los acusados se dieron a la fuga del lugar, con las especies en su poder. A raíz de estos hechos la víctima resultó con las siguientes lesiones: contusión en la oreja izquierda, contusión labio superior, contusión malar derecha, fractura costal izquierda, contusión de hombro izquierdo de carácter grave, que sanaron entre 35 y 40 días, con igual tiempo de incapacidad».

A juicio del Ministerio Público, los hechos descritos constituyen el delito de robo con violencia, contemplado en el artículo 433 nº 2 del Código penal, en relación con el artículo 432 del mismo cuerpo legal, en el cual les ha correspondido a los acusados, participación de coautores, y solicita les condene a la pena de siete años de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias legales que correspondan y al pago de las costas de la causa, considerando que les perjudica a ambos la agravante de pluralidad de malhechores contemplada en el artículo 456 bis nº 3 del Código Penal, y les beneficia la atenuante de irreprochable conducta anterior.

La parte querellante adhirió íntegramente a la acusación de la Fiscalía.

TERCERO: Que la defensa de ambos acusados reconoció la apropiación de especies y la agresión provocada a la víctima, señalando que entre ambas acciones no existe una relación de causalidad, sino que son dos acciones separadas. Hubo una discusión entre la víctima y Jonathan Vega Muñoz, quien pasaba por el lugar. La víctima lo conocía a él y a su madre porque ésta prestaba servicios a Juan Castro Adaros, y había intentado propasarse con ella, lo que pudo ocasionar la discusión entre ambos y la posterior agresión a Castro. Ortiz pasaba por el lugar y ayudó a Vega. El ánimo de apropiación vino con posterioridad, optando Ortiz por apropiarse de especies. Solicitó por tanto se hiciera una correcta calificación de los hechos, esto es, hurto y especies y lesiones graves.

CUARTO: Que en la oportunidad establecida en el artículo 339 del Código Procesal Penal, emitimos veredicto condenatorio en contra de los acusados Jonathan Lorenzo Vega Muñoz y Jonathan Gerardo Ortíz Pastén, condenándolos como coautores de robo con violencia en la persona de Juan Alfonso Castro Adaros, al estimar que el Ministerio Público logró acreditar, más allá de toda duda razonable, los elementos del tipo penal por el que acusó, esto es, la apropiación de especie mueble ajena contra la voluntad de su dueño y la violencia ejercida sobre la víctima para lograr dicha apropiación, existiendo entre ambas acciones una vinculación, así como la participación de coautores inmediatos y directos que en éste les cupo a los acusados.

Para arribar a esta decisión tuvimos en cuenta la declaración del afectado Juan Alfonso Castro Adaros en cuanto señaló que el día 22 de febrero de 2003 alrededor de las 5 o 5:30 horas de la madrugada sintió ladrar mucho al perro del vecino, se levantó y miró por la ventana, no vio nada, al devolverse sintió un peñascazo en el techo por lo que abrió las cortinas y miró sin ver nada, abrió la puerta e intentó salir, siendo golpeado de inmediato con algo contundente en la cabeza, habían dos sujetos detrás de la puerta empujándolo adentro. Trató de defenderse tirando combos, pero ellos le pegaron con un elemento contundente cayendo al suelo, señalando es testigo «ellos jugaron a la pelota conmigo», agregando que le daban combos y puntapiés y como sintió que perdía el conocimiento, gritó pidiendo auxilio. Agregó que pudo reconocer perfectamente a los sujetos, que eran dos, porque son de la población y lo veía todos los días, uno era Jonathan Vega Muñoz que es el hijo de la señora María que vive en el mismo Pasaje, reconociendo a ambos acusados en la sala de audiencias, como los sujetos que lo agredieron y le robaron el reloj y la billetera con su documentación, desordenando toda la casa, especialmente el dormitorio y huyeron cuando estaba aclarando, quienes en esa oportunidad tenían el pelo largo. Reconoció el reloj que el Fiscal le exhibió y las fotografías que muestran su rostro después de la agresión, la fachada de su casa, el interior de la misma, y el reloj que le fue robado, las que le fueron exhibidas asimismo por el Fiscal. Agregó que a raíz de estos hechos sufrió lesiones, fracturas en sus costillas, quedando agónico por tres días y en reposo por dos meses, refiriendo que aún le duele la cabeza y tiene pesadillas. La lesiones mencionadas por la víctima fueron acreditadas en el juicio con la declaración de los peritos médico legista Daniel Urrutia Tillería y Katia Cabrera Briceño, señalando el primero, haber examinado al afectado Juan Castro Adaros en abril de 2003, a fin de efectuarle una pericia, relatándole éste que fue

agredido con un elemento contuso y golpes de pies y puños, mostrándole el paciente el informe de urgencia nº 17.032 que portaba consigo, que es el mismo que le exhibió el Fiscal en la audiencia, y una radiografía que mostraba una fractura costal, antecedentes que unidos al examen clínico que le efectuó, en que constató dolor en el tórax y en los arcos costales, le permitieron concluir que fue agredido con elementos contusos, como una piedra, puño o puntapiés, provocándole lesiones clínicamente graves, que demorarían en sanar entre 35 o 40 días con igual tiempo de incapacidad, siendo sus conclusiones coincidentes con los antecedentes presentados por el paciente, quien no relató dolores previos a la agresión; en tanto la segunda señaló haber efectuado un informe de término de lesiones al paciente el día 5 de diciembre de 2003, teniendo a la vista el informe anterior nº 0271-03 del doctor Urrutia, constatando que el paciente no presentaba lesiones toráxicas, sólo refería dolor de cabeza y que a veces despertaba asustado, gritando y llorando, y se encontraba decaído, atribuyendo el miedo a lo que le había sucedido. Concluyó que las lesiones no dejaron secuelas, y que sanaron en el tiempo estimado en el informe precedente. Ambos peritos reconocieron los informes por ellos evacuados, que les fueron exhibidos por el Fiscal, y la doctora Cabrera reconoció asimismo el informe pericial evacuado por el doctor Urrutia, los que fueron incorporados al juicio por la parte acusadora. Y con el documento denominado Daud nº 17032 del Hospital de La Serena, que diagnostica las lesiones encontradas al paciente Juan Castro Adaros el día 22 de febrero de 2003, consistente en contusión oreja izquierda, contusión labio inferior, contusión malar derecha, fractura costal izquierda y contusión hombro izquierdo, el que fue incorporado por la Fiscalía por medio de su lectura resumida.

En cuanto a la forma en que ocurrieron los hechos declaró la testigo María Elizabeth Monardez Arancibia, quien relató que su casa se encuentra a unos 100 metros de la de Juan Castro Adaros y que en la madrugada del día 22 de febrero de 2003 sintió que éste insultaba a los chiquillos con groserías fuertes, señalando que se refería a los acusados presentes en la audiencia, se asomó y pudo ver porque había buena visibilidad y la reja de la casa de don Juan es bajita, que éste forcejeaba en la vereda con Vega, luchaban y se golpeaban, Vega tenía algo en la mano y Juan Castro tenía la cara con sangre, por lo que bajó a llamar a Carabineros para evitar una desgracia mayor, negando la testigo haber visto al anciano en el suelo y que los hechos hayan ocurrido adentro de la casa. Señaló asimismo que vio pasar a Ortiz por fuera de su casa alejándose de la casa de Castro, mientras ella llamaba a Carabineros, pero no lo vio entrar ni salir de la casa de ésta.

La investigación del hecho estuvo a cargo de los funcionarios de Carabineros Ricardo González Damke y Miguel Araya Latrach, quienes comparecieron a estrados, señalando el primero que al ser requerido se constituyó en el domicilio del afectado efectuando una inspección ocular, una fijación fotográfica, búsqueda de huellas o evidencias de interés criminalístico y empadronamiento de testigos. El sitio estaba custodiado por Carabineros, ingresó al domicilio y pudo percatarse que había un completo desorden, especialmente en el living y dormitorio, cajones abiertos, incluso una ampolleta rota, indicios propios de un robo, en el techo había una piedra que fijó fotográficamente y un pizarreño quebrado, no había demostración de fuerza en las cosas. La gente del sector decía que los autores eran residentes de la misma Villa, lo que era coincidente con el relato de la víctima que decía que uno de sus agresores era el hijo de la señora María, apodado «el Pelado», dato que lo llevó al domicilio de éste, ubicado en calle Arboleda 1672, incorporándose a la patrulla el Carabinero Araya Latrach, señalando ambos que llegaron a dicho lugar cerca de las 10 de la mañana y les abrió la madre de Vega, quien les señaló que su hijo había llegado en horas de la mañana y les permitió el acceso al segundo piso de su casa, en donde lo encontraron, estaba dormido y tenía rasguños en su nariz, lo que era coincidente con lo relatado por la víctima, y como el joven no tenía cédula de identidad, lo llevaron a efectuar un control de identidad a la Unidad, accediendo a declarar voluntariamente, momento en que le tomaron una foto con el fin de exhibírsela a la víctima que se encontraba en la casa de una hija, para lo cual se trasladaron a Coquimbo, siendo reconocido de inmediato por ésta. Vega prestó declaración ante el Cabo 1º Fuentealba mientras ellos hacían la diligencia con el afectado, y dijo que Ortiz le había propuesto ir a robar al abuelo, que llegaron a la casa, golpearon, no salió nadie, lanzaron una piedra al techo y cuando el afectado salió, ellos

a viva fuerza lo golpearon con la intención de robarle, pero como el viejo gritaba mucho, no pudieron efectuar el robo. Con estos antecedentes y los de los vecinos, supieron que el otro sujeto era Jonathan Ortíz Pastén, apodado el «J», de quien había antecedentes en la Unidad por otros hechos delictuales. Ubicaron su domicilio en calle Las Cascadas 1717, al que concurrieron y hablaron con su madre, ella dijo que su hijo podía estar en la ribera del río Elqui con sus amigos, agregando González Damke que en horas de la mañana lo había buscado en ese lugar sin encontrarlo, regresando a las 15:00 horas con el Carabinero Araya, viendo ambos, a tres sujetos en un camino de tierra, llamándoles la atención que uno portaba en su muñeca un reloj marca Rolex metálico de similares características del robado a Castro, el que González fotografió, reconociendo los policías dichas imágenes en las fotos nº 2 y 3 que le exhibió el Fiscal en la audiencia, como asimismo fotografió a este imputado, llevando dichas fotos al afectado para su reconocimiento, lo que éste hizo. El sujeto tenía manchas pardo rojizas en el pantalón, similares a sangre, que se aprecian en la foto nº 3. Le preguntaron por su identidad y éste la reconoció, accediendo a prestar declaración voluntaria, lo que hizo ante el Cabo 1º Fuentealba encontrándose ellos presente, y dijo que esa madrugada iba pasando por la calle y vio a su amigo peleando con el caballero, él lo ayudó golpeando al anciano y luego sacó un reloj del velador y su amigo una billetera, dándose ambos a la fuga cuando el viejo se puso a gritar. Ambos funcionarios reconocieron a los acusados en la sala de audiencias, a Vega Muñoz, como aquél a quien llevaron a la Unidad para efectuarle un control de identidad y a Ortíz Pastén, como aquél a quien detuvieron en la ribera del río Elqui portando el reloj de propiedad de Juan Castro Adaros, y a quienes éste reconoció en las fotografías. Asimismo ambos policías reconocieron el set de 6 fotografías captadas por González Damke, que les exhibió el Fiscal, las que fueron incorporadas al juicio, como también el reloj marca Rolex recuperado en poder de Ortiz Pastén.

Las lesiones que presentaba el acusado Jonathan Vega Muñoz fueron acreditadas con el dato de atención de urgencia incorporado por medio de su lectura al juicio por parte del Fiscal, de fecha 22 de febrero de 2003, emitido por el Hospital de La Serena, que diagnostica contusiones leves.

QUINTO: Que de esta manera ha quedado establecido más allá de toda duda razonable, que el día 22 de febrero de 2003, en horas de la madrugada, los acusados Jonathan Vega Muñoz y Jonathan Ortiz Pastén llegaron a la casa de Juan Castro Adaros, y después de lanzar una piedra al techo, cuando la víctima abrió la puerta lo empujaron en forma violenta y procedieron a agredirlo con golpes de pies y puños y con un objeto contundente en diversas partes del cuerpo, ocasionándole lesiones de carácter graves que sanaron entre 35 y 40 días, sustrayendo con ánimo de lucro y sin el consentimiento de su dueño, un reloj metálico marca Rolex y una billetera, dándose luego a la fuga con las especies en su poder, hecho que es constitutivo del delito de robo con violencia previsto en el artículo 433 nº 2, en relación al artículo 432, ambos del Código Penal, y sancionado con la pena de presidio mayor en su grado medio a máximo, puesto que se causaron a la víctima, lesiones que le ocasionaron una incapacidad para el trabajo por más de 30 días, lo que califica las lesiones de graves, según se establece en el artículo 397 nº 2 del Código Penal.

En efecto, con la prueba rendida por la Fiscalía quedó demostrado que los acusados buscaron la forma para que el afectado abriera la puerta de calle y así ingresar en la propiedad, con el ánimo de sustraer especies, y que inmediatamente golpearon a la víctima con la intención de reducirla, lo que constituye un principio de ejecución del delito de robo, es decir, la violencia ejercida sobre ésta era la actividad necesaria para facilitar la ejecución del robo, es la violencia anterior a que se refiere el artículo 433 inciso 1º del Código Penal. Así se desprende del testimonio de la víctima, quien fue enfática en señalar que previo a la agresión y sustracción de sus especies, sintió el ladrido insistente del perro de una casa vecina, ante lo cual sólo se asomó por una ventana, luego sintió un peñascazo en el techo, volviendo a mirar y como nuevamente no viera nada, abrió la puerta, siendo inmediato el ataque de los acusados, quienes estaban detrás de la puerta y llevaban algo contundente en sus manos con lo que lo golpearon, habiendo existido una violencia propia y directa por parte de los acusados en la persona de Castro Adaros, que le provocó lesiones graves, la que fue necesaria para vencer su resistencia, ya que según él mismo señaló, intentó defenderse de los golpes que recibió, siendo reduci-

do por ellos, quedando semi inconsciente en el suelo, reconociendo los acusados que lo golpearon, momento en que registraron la casa buscando especies, provocando un total desorden, según pudo constatar el Cabo González Damke, señalando que es una actividad propia del delito de robo, huyendo ambos acusados del lugar ante los gritos de auxilio que profería la víctima, que atrajo la presencia de su vecina, la testigo María Monardez, logrando los hechores la sustracción planeada, al haber sacado una billetera y un reloj, el que fue encontrado por la policía en poder de Ortíz Pastén en horas de la tarde, especie reconocida por la víctima como de su propiedad, y que se observa en la fotografía nº 3 exhibida en la audiencia.

Si bien existe una contradicción entre el testimonio de Juan Castro Adaros y el de María Elizabeth Monardez Arancibia, en cuanto ésta señaló que la pelea o enfrentamiento entre la víctima y Jonathan Vega ocurrió en la parte exterior de la propiedad y no al interior de ella como señaló el primero y que era éste quien insultaba con groserías a los chiquillos, nos parece del todo verás lo declarado al respecto por Juan Castro Adaros, ya que quedó de manifiesto a raíz de las contradicciones evidenciadas por el Fiscal en la declaración de esta testigo, que por motivos que desconocemos, ella cambió su versión entregada ante la Fiscalía en la etapa de investigación, demostrando el Fiscal que antes había dicho que Jonathan Vega golpeó a don Juan con una piedra, que los sujetos fueron muy violentos con el anciano, que ella bajó pero Jonathan junto al otro Jonathan ya estaban adentro de la casa de don Juan, a quien dejaron tirado en el suelo y se dieron a la fuga, y que vio al «J» salir con un objeto de su domicilio, pareciendo muy poco creíble las explicaciones que frente a estas contradicciones dio la testigo, tales como que ese día le dio tanta rabia lo ocurrido que tal vez al declarar «le puso demasiado», o que dijo eso porque la gente que se juntó en el lugar decía que el anciano estaba adentro, y que ahora dice la verdad, jurando por Dios varias veces, y que no quería venir a declarar porque estima tanto a don Juan como a los acusados; porque debemos considerar que esta testigo declaró ante el Fiscal en dos oportunidades, el 2 de junio y el 13 de octubre de 2003, es decir, en fechas bastante alejadas de los hechos, por lo que no parece razonable su explicación de que aún sintiendo rabia por lo que había ocurrido cuando declaró cuatro meses después de éstos, rabia que no cedió cuando declaró por segunda vez, otros cuatro meses después, curiosamente dejara de sentirla al declarar en estrados, llamando además la atención del tribunal, la insistencia de la testigo en jurar, haciendo incluso el gesto con la mano, para demostrar que ahora sí que dice la verdad, y que no puede mentir porque le tomaron juramento y porque es evangélica, lo que precisamente lleva a la conclusión contraria, que mintió al cambiar su declaración en el juicio y en cuanto a su condición de evangélica, ya que es un hecho público que las personas que profesan esta religión nunca juran, y que el cambio de opinión pudo atribuirse a temor, por vivir en el mismo barrio de los acusados o porque no quiere perjudicarlos, ya que los estima. En cambio la víctima no tenía razones para mentir e inculpar a muchachos de su barrio, uno de los cuales era hijo de una señora que él conocía, y siempre declaró lo mismo.

SEXTO: Que declarando el acusado Jonathan Vega Muñoz en estrados señaló que esa madrugada iba pasando por la casa del afectado y le pidió un cigarrillo, éste dijo que no tenía y comenzó a insultarlo, él andaba muerto de curado porque había tomado en el canal con sus amigos, entre los cuales no estaba Jonathan Ortíz alias el «J», le pegó al viejito patadas y combos afuera de la casa, lugar en donde el «J» lo encontró, luego entraron al abuelo porque gritaba de dolor porque le pegaban, él robó un reloj que se encontraba arriba de la mesa y se lo pasó al «J», y arrancaron porque le habían pegado al abuelito, no recordando bien lo sucedido, estimando que la pelea debe haberse producido porque su mamá le contaba que este señor a veces se propasaba con ella, trataba de darle besos cuando iba a hacerle las cosas, a ayudarlo.

Por su parte el acusado Jonathan Ortiz Pastén señaló que cuando regresaba a su casa de una fiesta, escuchó bulla en la esquina, se acercó y vio que el caballero estaba pegándole a su compañero el «Pelado», por lo que concurrió a ayudarlo, empujó al viejo y se lo sacó de encima, el caballero se abalanzó sobre él y lo punzó con algo, un cuchillo o un fierro, por lo que entre ambos le pegaron patadas, luego Jonathan Vega y el anciano entraron a la casa y siguieron peleando, por lo que él fue a ayudarlo, revisaron la casa y su compañero encontró un reloj y se lo pasó, el caballero salió gri-

tando que le estaban robando y pedía auxilio, entrando luego con un fierro, ante lo cual decidieron arrancar, él lo hizo hacia el río llevando el reloj puesto en su mano.

SÉPTIMO: Que el testimonio de Vega Muñoz estuvo plagado de imprecisiones y contradicciones que evidenció el Fiscal, señalando que los Carabineros le obligaron a decir lo que se consignó en su declaración, quedando de manifiesto que sólo intentaba evadir las respuestas, ya que pese a decir que estaba tan ebrio que no se acordaba de nada, describió lo que hizo afuera de la casa y luego junto con Jonathan Ortíz al interior de ésta, que le pegaron «al viejo», que éste gritaba de dolor, que robó un reloj que le pasó al «J» y que arrancaron, no habiéndose acreditado que estuviera ebrio el día de los hechos, lo que sólo ratificó su madre María Muñoz, no así los Carabineros González Damke y Araya Latrach, quienes lo vieron a las 10 de la mañana, es decir cinco horas después de los hechos, sin advertir ebriedad alguna, oportunidad en que este acusado declaró voluntariamente y reconoció que Ortíz le propuso ir a robar a la casa de Castro, a la que concurrieron juntos, golpearon, no salió nadie, tiraron una piedra al techo y cuando salió el anciano, lo agredieron, ingresaron y como éste gritaba mucho arrancaron sin poder efectuar el robo, versión que es coincidente con la de la víctima y con la extraída del contrainterrogatorio a la testigo María Monardez, habiéndose encontrado por la policía la señalada piedra en el techo de la casa de Castro, la que aparece en la fotografía nº 5 exhibida en la audiencia, no habiendo existido la supuesta pelea afuera de la casa como señaló Vega Muñoz en estrados y Ortíz Pastén en ambas declaraciones, ya que todos los rastros fueron encontrados al interior de la casa, el registro, la ampolleta quebrada, el afectado en el suelo en donde lo vio María Monardez, todo lo que corrobora la versión de Castro Adaroz.

OCTAVO: Que la defensa en su alegato de clausura señaló que es efectivo que sus representados agredieron a la víctima, pero no con la intención de robarle, sino por un supuesto acoso de que era víctima la madre de Vega Muñoz por parte de Juan Castro Adaroz, suscitándose con posterioridad la idea del robo, rindiendo para acreditar su tesis, la testimonial de María Alejandrina Muñoz Cortés y Luis Daniel Albornoz Cortés, señalando la primera que conoce a Juan Castro Adaros desde que llegó hace 8 años a la población, a quien siempre atendía y ayudaba en sus quehaceres de la casa, pero como empezó a propasarse con ella cuando se curaba, cortó con la relación de amistad y dejó de visitarlo hace dos o tres años, situación de la que estaba enterado su hijo Jonathan Vega. El 22 de febrero de 2003 su hijo llegó curado a la casa y como a las 8:30 o 9:00 horas llegó Carabineros a buscarlo y se lo llevaron diciendo que había hecho una maldad, su hijo no respondía nada porque estaba curado. El segundo señaló que el 22 de febrero de 2003 fue a buscar a su hijo Luis a una fiesta y pasó por el canal, viendo a unos niños tomando, se acercó y conversó con ellos y les sugirió se fueran a sus casas porque algunos estaban bien «pasados», como Jonathan Vega a quien conoce desde hace siete años. Que estuvo 25 minutos con ellos hasta que apareció su hijo alrededor de las 5:00 de la madrugada. No vio en ese lugar a Jonathan Ortíz apodado el «J».

NOVENO: Que la prueba rendida por la defensa no logró introducir duda alguna acerca de que se hizo una errónea calificación de los hechos por parte de los acusadores, ya que María Muñoz Cortés, madre del acusado Vega Muñoz, nada pudo decir acerca de lo que hizo su hijo en horas de la madrugada, incluso dijo que no lo vio llegar a la casa, sino sólo cuando lo fue a buscar Carabineros, que no fue a las 8:30 o 9:00 horas como dijo ella, sino a las diez de la mañana como señalaron aquellos y el propio acusado, y su versión acerca de su alejamiento respecto del afectado por las razones que señaló, fueron controvertidas por éste, quien dijo que nunca esta señora le prestó servicio alguno, y echa por tierra la coartada de su hijo en cuanto refirió que las actitudes de este señor deben haber provocado los insultos que le profirió Castro esa madrugada y la subsiguiente pelea, ya que si su madre no lo trataba desde hacía dos o tres años, no parece lógico tal enfrentamiento en la vereda de su casa a las cinco de la madrugada, como también atenta contra las máximas de experiencias que un anciano de 76 años de edad permanezca en la vereda de su casa a esa hora de la madrugada, como señalaron los acusados, por muy desvelado que se encuentre, exponiéndose al peligro. Por su parte merece dudas el testimonio de Albornoz al referir que Jonathan Vega Muñoz, a quien sindicó como el sujeto que vio en el canal entre las 4:30 y 5:00 horas del día de los hechos,

tenía el pelo corto igual que ahora, en circunstancias que todos los testigos que declararon en el juicio, incluso los propios acusados y el afectado, señalaron que a esa fecha éste tenía el pelo largo. En todo caso el delito se cometió después de las 5:00 de la madrugada y el hecho que este testigo no haya visto a Ortíz en ese lugar no significa que no estuvo, habiéndose acreditado que sí estuvo allí.

DÉCIMO: Que la defensa insistió en que la discusión está referida al hecho punible y que existen dudas razonables que se cometió un robo con violencia, ya que no está clara la intención de sus defendidos de ingresar a la casa de la víctima, además no es lógico, ya que Vega Muñoz era plenamente conocido de ésta. María Monardez vio forcejeo entre el abuelo y Vega pero en el antejardín, testimonio que es concordante con el de los acusados y contradictorio al de Castro. El robo se les ocurrió con posterioridad, no ingresaron con esa intención. El problema del afectado con la madre de Vega pudo haber provocado la pelea entre ellos. Es normal que un señor de esa edad esté despierto a las cinco de la madrugada. Luis Albornoz estuvo con Vega en el canal momentos ante, lugar en donde no se encontraba Ortíz Pastén. Se debe tener especial atención en las contradictorias declaraciones de los Carabineros en cuanto a la detención de sus representados. Si Vega estaba ebrio difícilmente pudo prestar declaración voluntaria. La intención de robar fue introducida por la Policía en las supuestas declaraciones tomadas a sus representados, por lo que pide se haga una correcta calificación de los hechos, estimando que hay un concurso de delitos de hurto y lesiones graves por lo que deben ser sancionados.

UNDÉCIMO: Que en los razonamientos precedentes nos hemos hecho cargo de los argumentos de la defensa, restando sólo desechar la solicitud de esta parte en orden a considerar que existió un concurso de delitos de hurto y lesiones graves, ya que como se señaló en el considerando quinto de este fallo, el ánimo de apropiación de especies ajenas por parte de los acusados, previo empleo de violencia para reducir al dueño, que convierte al hecho en un robo calificado, se acreditó en la forma antes establecida. Al respecto señala el autor Mario Garrido Montt en su obra de derecho penal, tomo IV, página 185 «Estas formas de violencia están destinadas a llevar a cabo la apropiación de la especie ajena, forzando la oposición de la víctima o engañándola, de manera que se calificará de tal cuando cumpla con la idoneidad adecuada en el caso concreto para lograr ese objetivo, teniendo en consideración las circunstancias del sujeto pasivo». En el caso que nos ocupa, era fácil para los acusados, dos jóvenes de 17 años de edad, vencer la resistencia de la víctima, un señor de 76 años de edad que se encontraba solo en su casa, hecho que conocían porque eran del mismo barrio, habiéndose desestimado fundadamente la versión de Jonathan Vega en orden a la existencia de otro motivo que ocasionara la agresión a Castro Adaros. No se trató en consecuencia de un ingreso fortuito a dicho inmueble y una posterior sustracción de especies ideada en el momento, sino que existió un concierto previo para robar a Juan Castro Adaros, de manera que la violencia fue un elemento del delito, hubo vinculación entre ésta y la apropiación de especies.

DUODÉCIMO: Habiéndose establecido que los acusados tenían menos de 18 y más de 16 años a la época de comisión del delito y que fueron declarados con discernimiento, según acreditó el Ministerio Público con la documental incorporada mediante su lectura resumida, consistente en las resoluciones de primera y segunda instancia, Juzgado de Menores y Corte de Apelaciones de esta ciudad, respectivamente, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 72 del Código Penal, se les impondrá la pena inferior en grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de robo, esto es, la de presidio mayor en su grado mínimo.

Atendida la circunstancia objetiva de haber intervenido en la comisión del delito una pluralidad de personas, perjudica entonces a ambos acusados, la circunstancia agravante de responsabilidad que establece el artículo 456 bis Nº 3 del Código Penal, cual es, ser dos o más los malhechores, y les beneficia la atenuante de su irreprochable conducta anterior, establecida en el artículo 11 nº 6 del mismo cuerpo legal, la que fue acreditada por el Ministerio Público con sus respectivos extractos de filiación incorporados por medio de su lectura, que no contienen anotaciones pretéritas.

Efectuada la compensación de ambas circunstancias modificatorias de responsabilidad penal de conformidad a lo establecido en el artículo 68 inciso 5º del Código Penal, es posible recorrer la pena en toda su extensión, la que se impondrá en el mínimo del grado ya rebajado.

Y Vistos además lo dispuesto en los artículos 1, 11 nº 6, 14 n° 1, 15 n° 1, 18, 24, 28, 50, 68, 69, 72, 76, 342, 433 nº 2, y 456 bis nº 3 del Código Penal; artículos 45, 295, 296, 297, 325, 338 y sgts, 346 y 348 del Código Procesal Penal, **se declara:**

I.- Que se condena a los acusados **Jonathan Lorenzo Vega Muñoz y Jonathan Gerardo Ortíz Pastén**, ya individualizados, a sufrir la pena de **cinco años y un día** de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa, como coautores del delito de robo con violencia en perjuicio de Juan Alfonso Castro Adaros, perpetrado el 22 de febrero de 2003 en esta ciudad.

II- Atendida la cuantía de la pena corporal impuesta a los sentenciados, no se les concede ninguno de los beneficios alternativos de cumplimiento de las penas que establece la ley 18.216, debiendo cumplirla efectivamente, la que se empezará a contar desde que se presenten o sean habidos, sirviéndoles de abono 18 días que permanecieron con medida cautelar de prisión preventiva por esta causa, entre el 22 de febrero y 11 de marzo de 2003, según se lee en el auto de apertura de juicio oral.

III- Devuélvase a la Fiscalía en su oportunidad, la prueba documental y evidencia material incorporada al juicio.

IV- Remítanse en su oportunidad los antecedentes pertinentes al juez de Garantía correspondiente para los efectos del cumplimiento de esta sentencia.

Rol 56-2004.-

Redactada por la magistrado doña María del Rosario Lavín Valdés.

Pronunciada por las magistrados del tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, doña Caroline Turner González, doña Nury Benavides Retamal y doña María del Rosario Lavín Valdés. Se deja constancia que no firman esta sentencia pese a que participaron de la decisión, las magistrados Caroline Turner González y Nury Benavides Retamal, por encontrarse la primera con permiso administrativo, y la segunda en comisión de servicio en el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle.

- **Rechaza la solicitud de la Defensa de ordenar retrotraer el procedimiento a la etapa de preparación de juicio oral.**

Tribunal: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio.

Resumen:

La Defensa solicitó al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que, en orden a cautelar el derecho a defensa de su representado, ordenara retrotraer la causa al estado de preparación de juicio oral. El Tribunal rechazó la solicitud argumentado que por ley carece de las facultades para anular una resolución del Juzgado de Garantía. Agregó, además, que el actual proceso penal tiene tres etapas, las que una vez concluidas producen la preclusión de los derechos que se pudieron haber ejercido en cada una de ellas.

Texto completo:

San Antonio, a veintidós de julio de dos mil cuatro.

Por recibido el auto de apertura proveniente del Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso.

Resolviendo la solicitud de fojas 22,

A lo principal:

VISTO:

1° Que con fecha 13 de julio del año en curso el Sr. Defensor Penal Público, don José Luis Andrés Alarcón, solicitó a este Tribunal de Juicio Oral que en orden a cautelar la garantía a una defensa real y efectiva del acusado GUSTAVO ANDRÉS OBAID MUÑOZ, ordene retrotraer el procedimiento a la etapa de preparación del juicio oral con el sólo efecto de abrir discusión respecto de la prueba que dicha defensa ofrezca acerca de la condición de ser el acusado adicto a la cocaína y que se fije una audiencia para tal efecto.

Fundamenta su pretensión en el hecho de que el anterior abogado defensor del citado acusado solicitó al Juez de garantía que ordenase realizar los exámenes correspondientes para ser presentados en el Tribunal Oral, petición que fue rechazada, por lo que la falta de pericia en la forma como se intentó ofrecer tal prueba, fundamental para su defensa, se tradujo en que el acusado quedó en la indefensión en cuanto a la posibilidad de acreditar su condición de adicto, por lo que citando el artículo N° 10 del Código Procesal Penal, 14 N° 3 e) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y 8 N°2 f) de la Convención de Derechos Humanos, pide a este Tribunal que, en la forma ya expuesta, cautele las garantías mínimas de procedimiento respecto de su defendido.

2° Que la petición de la defensa en orden a retrotraer el procedimiento a la etapa de preparación del juicio oral, con el objeto de abrir discusión respecto de la prueba relativa a la condición de adicto del acusado, conlleva necesariamente la declaración de nulidad del auto de apertura de fecha 17 de junio de 2004 dictado en esta causa por el competente Juez de Garantía y de las actuaciones subsiguientes.

3° Que el auto de apertura en referencia se encuentra ejecutoriado, según se desprende de la resolución de fojas 8, en cuanto se tiene por notificados del mismo a todos los intervinientes el día 17 de junio de 2004, y de la certificación de fojas 9, de la misma data, que da cuenta que no se excluyó prueba del Ministerio Público por inobservancia de garantías fundamentales.

4° Que este Tribunal carece de facultades para anular una resolución ejecutoriada dictada por un Juez de Garantía en el cumplimiento de las funciones que de manera privativa le ha asignado la ley, como lo es el auto de apertura a que se ha hecho referencia. En efecto, este Tribunal, ni aún a pretexto de cautelar las garantías del acusado, puede arrogarse atribuciones que en el caso particular no le han sido encomendadas por el legislador y menos aún, cuando las actuaciones impugnadas se efectuaron en una etapa previa al momento en que se radica la competencia de este Tribunal, circunstancia que se produce sólo una vez recibido el respectivo auto de apertura de juicio oral. En el mismo sentido, cabe recordar que tanto el Juez de Garantía como los Jueces del Tribunal de Juicio Oral en

Lo Penal tienen la misma jerarquía, de manera que no resulta factible que unos u otros anulen resoluciones relativas a actos previos del otro Tribunal.

Que a mayor abundamiento, es necesario tener presente que el procedimiento penal que actualmente nos rige está compuesto por una etapa de investigación, una intermedia de preparación de juicio oral y una de juicio oral, las que una vez concluidas, producen invariablemente la preclusión de los derechos que pudieron haberse ejercidos en cada una de ellas, por lo que, en la especie, agotada la etapa de preparación de juicio oral con la dictación del auto de apertura correspondiente, por lo demás ya ejecutoriado, no pueden los intervinientes pretender que este Tribunal retrotraiga el estado de la causa a una etapa ya concluida.

5° Que, en consecuencia, las alegaciones formuladas por la defensa debieron plantearse oportunamente ante el competente Juez de Garantía, sin perjuicio de las facultades que éste tuvo para actuar de oficio, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 10, 163 y 278 del Código Procesal Penal, y no ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, llamado a conocer exclusivamente de aquellas cuestiones a que se refiere el artículo 18 del Código Orgánico de Tribunales.

6° Atendido lo razonado precedentemente y no siendo necesario oír al Ministerio Público, este Tribunal resolverá de plano la presente solicitud, en la forma que se indicará en la parte resolutiva.

Y teniendo presente, además, lo dispuesto en el artículo 7° de la Constitución Política de la República de Chile, 14 y 18 del Código Orgánico de Tribunales, 10, 45, 159, 161, 163, 165, 278 del Código Procesal Penal, se declara que:

I. Se rechaza de plano la solicitud deducida a lo principal de fojas 22.

II. No se condena en costas a la defensa, por no haberse dado tramitación incidental a su solicitud.

Al otrosí: Téngase por acompañado el documento.

Notifíquese a la defensa y al Ministerio Público mediante correo electrónico.

RUC N° : 0400081576 - K

RIT N° : 01 - 2004

Resolución dictada por los Jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, doña María Inés Embeita Moya, don Héctor Plaza Vásquez y don Pablo Freire Gavilán.

CORTES DE APELACIONES

- **Rechaza recurso de amparo interpuesto por la Defensa por la presunta dictación de una prisión preventiva ilegal.**[3]

Tribunal: Corte de Apelaciones de Copiapó.

Resumen:

La Defensa interpuso un recurso de amparo a favor de su representado argumentando que al haber optado el Ministerio Público por seguir un procedimiento simplificado, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 140 del Código Procesal Penal que regula la prisión preventiva una vez formalizada la investigación, no procedía aplicarla. La Corte de Apelaciones rechazó el recurso señalando que el procedimiento simplificado se rige supletoriamente por las normas del procedimiento ordinario, así como por las disposiciones generales del Libro I.

Texto completo:

Copiapó, once de junio de dos mil cuatro.

VISTOS:

Que a fojas 1, doña Verónica Álvarez Muñoz, interpone recurso de amparo en favor de don RODRIGO JIMÉNEZ ARANCIBIA, señalando que se habría decretado en su contra prisión preventiva, de manera ilegal, toda vez que respecto al amparado, se habría requerido en procedimiento simplificado, para luego, a continuación, solicitar el Ministerio Público la prisión preventiva del mencionado, concediéndola el Juez de la causa. Señala la recurrente, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 140 del Código Procesal Penal, la prisión preventiva puede decretarse una vez formalizada la investigación, acto procesal que no ha ocurrido al haber optado el Ministerio Público a requerir en procedimiento simplificado, por lo que ha quedado impedido de decretar la señalada medida cautelar personal.

Que evacuando el informe respectivo, a fojas 4, el Juez de Garantía de esta ciudad, don Milton Valdebenito Moraga, señala, en lo que interesa, que según lo establece el artículo 389 del Código Procesal Penal, las normas del procedimiento ordinario, son aplicables en el procedimiento simplificado, entre las que se cuentan las medidas cautelares personales, tal como ha sucedido respecto de otro imputado, que fue objeto de medidas cautelares, aunque diferentes a la prisión preventiva, respecto las cuales no se ha reclamado.

Se trajo a la vista la carpeta judicial, en la cual se verifican los hechos señalados tanto por la defensora como por el Juez informante.

Se trajeron los autos en relación, y se escuchó a las partes.

Y TENIENDO ADEMÁS PRESENTE:

1. Que tal como lo señala el Juez recurrido en su informe, las normas referidas a las medidas cautelares personales, específicamente, las que regulan la aplicación de la prisión preventiva, son aplicables en la especie, toda

[3] Esta resolución fue confirmada por la Corte Suprema con fecha 22 de junio de 2004.

vez que el procedimiento simplificado, según se desprende de la atenta lectura del título I del Libro Cuarto del Código Procesal Penal, en especial del artículo 389, se rige no sólo por las normas del mencionado título, sino que supletoriamente por las del procedimiento ordinario, y necesariamente también, por las disposiciones generales del libro primero, donde precisamente se encuentran las reglas de la prisión preventiva y demás cautelares, y callando el legislador respecto las medidas referidas aplicables a los requeridos en este tipo de procedimiento, encuentran plena aplicación en el mismo.

2. Que a mayor abundamiento, cabe señalar lo dispuesto en el artículo 141 del Código Procesal Penal, que en su inciso cuarto señala que el tribunal podrá decretar la prisión preventiva del imputado, cuando considere que el mismo pudiere incumplir lo establecido en el inciso tercero de la norma citada, esto es, la obligación de permanecer en el lugar del juicio, presentarse a los actos del procedimiento y a la ejecución de la sentencia, inmediatamente que fuere requerido o citado, lo que se evidencia de la existencia de antecedentes pretéritos que justifican el temor de peligro de fuga, y que le impedirián eventualmente ser beneficiado con alguna medida alternativa a la privación o restricción de libertad que pudiera serle impuesta.

3. Que de lo expuesto precedentemente aparece de manifiesto que la prisión preventiva que afecta al amparado, fue dictada dentro de un proceso penal legalmente tramitado, por el Juez competente, y en pleno respeto de los derechos del imputado, quien además, se encuentra defendido por un abogado de la Defensoría Penal Pública, razón por la cual, el presente recurso no podrá prosperar. Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República,

SE RECHAZA el recurso de amparo interpuesto a fojas 1, por doña Verónica Álvarez Muñoz en favor de Rodrigo Jiménez Arancibia. Regístrese y archívese. Devuélvase con su agregada.

- **Acoge recurso de apelación del Ministerio Público ordenando decretar la retención de dineros solicitada por éste.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de La Serena.

Resumen:

El Fiscal solicitó se decretara como medida cautelar la retención de una suma de dinero, lo que fue rechazado por el Tribunal de Garantía por no corresponder la etapa procesal. La Corte de Apelaciones acogió la apelación interpuesta por la Fiscalía, señalando que los artículos 157 y 230 del Código Procesal Penal hacen aplicables las medidas precautorias del Código de Procedimiento Civil.

Texto completo:

Ovalle, veintinueve de mayo de dos mil cuatro.

A lo principal; estimando que en la especie, las medidas cautelares como las descritas deben solicitarse una vez formalizada la investigación, según se desprende del tenor del artículo 157 del Código Procesal Penal, no habiéndose formalizado ésta, que da inicio a la etapa de la investigación; **no ha lugar.**

Al primer otrosí; téngase por acompañado.

Al segundo otrosí; estése al mérito de lo resuelto.

Al tercer otrosí; como se pide, por la vía referida.

Proveyó Sylvia Quintana Ojeda, Juez de Garantía de Ovalle.

La Serena, veinticuatro de junio de dos mil cuatro.

Siendo las 10,50 horas ante la Primera Sala de esta Corte de Apelaciones integrada por los Ministros Titulares Sr. Juan Escobar Zepeda, Sr. Jaime Franco Ugarte y Abogado Integrante Sr. Manuel Cortés Barrientos, se lleva a efecto la audiencia fijada para la vista de recurso de apelación deducido contra la resolución dictada por la Jueza de Garantía de Ovalle doña Sylvia Quintana Ojeda, con fecha veintinueve de mayo de dos mil cuatro, que rechazó la solicitud formulada por la Fiscalía, en orden a que se decrete la medida cautelar real solicitada con esa misma fecha, de retención de dinero hasta por la suma de $ 1.126.680.-, en la forma reseñada en la presentación de igual fecha, respecto a los imputados Juan Carlos Araya Rodríguez y Juan Leonel Vigorena Rivera, por el delito de apropiación indebida. La presente audiencia se lleva a efecto, con la asistencia del Ministerio Público representado por su Fiscal Adjunto don Jorge Cartagena Novoa. Concedida la palabra al Sr. Fiscal, éste solicita se revoque la resolución en alzada por estimar las argumentaciones vertidas en el escrito de apelación y que ha reiterado en esta audiencia. Enseguida, siendo las 11:00 horas, El Tribunal resuelve citar a un receso para resolver. El Tribunal, después del receso resuelve;

VISTOS;

El mérito de los antecedentes y teniendo presente lo dispuesto en el artículo 157 en relación al artículo 230, ambos del Código Procesal Penal que hace aplicable las medidas precautorias contempladas en el Título V, Libro II del Código de Procedimiento Civil, **SE REVOCA** la resolución apelada de fecha veintinueve de mayo de dos mil cuatro, escrita a fojas 2 de esta carpeta, debiendo en consecuencia la Juez A Quo decretar la retención so-

licitada por el Ministerio Público, hasta por la cantidad de $ 1.126.680.-. Con lo actuado, se levanta acta de lo obrado, la que es firmada por el Tribunal, intervinientes y relatora Ad-hoc doña Leticia Quezada Núñez que actúa como ministro de fe.

Dése copia de lo actuado a los intervinientes que la solicitaren verbalmente.

Regístrese y devuélvase.
Rol Nº 104-2004.- (J.G.)

- **Acoge recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público por una errónea aplicación del derecho.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Talca.

Resumen:

El Ministerio Público interpuso un recurso de nulidad en contra del fallo que absolvió al imputado basándose en las causales de los artículos 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c), y en subsidio, del artículo 373 letra b), todos del Código Procesal Penal. La Corte acogió el recurso señalando que no haber estado conduciendo, sino sólo haber estado estacionado en estado de ebriedad, cae dentro de la tipificación del delito de manejo en estado de ebriedad. Ello, por cuanto la norma sanciona el desempeño, entendiéndose éste en el sentido de cumplir con aquello a que se está obligado, en este caso, de no conducir en estado de ebriedad.

Texto completo:

Talca, veinticuatro de junio de dos mil cuatro.

Vistos:

En este proceso Rol Único 0400027768-7 y Rol Interno 659-2004 del Juzgado de Garantía de Linares, en procedimiento simplificado, con fecha 19 de mayo pasado, se pronuncia sentencia definitiva, por la que se absuelve al requerido Sady Agustín Chacón Rossón, de los cargos como autor de delito de conducir vehículo motorizado en estado de ebriedad, impetrados por el Ministerio Público, y condena en costas a este último.

En contra del mencionado fallo doña Carola Milena D 'Agostini Ibáñez, Fiscal Adjunto de Linares, interpone recurso de nulidad, basándose en las causales del artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c), ambos del Código Procesal Penal, por cuanto el fallo absolutorio ha infringido el artículo 342 letra e) en concordancia con el artículo 297 de dicho Código. En subsidio, invoca la causal de nulidad contemplada en su artículo 373 letra b), ya que al haberse dictado sentencia absolutoria, no obstante el reconocimiento de responsabilidad del requerido, el tribunal ha infringido abiertamente la disposición del artículo 395 del texto legal antes citado. En virtud de lo anterior, solicita se anule el juicio y la sentencia impugnada, determinándose el estado de procedimiento en que debe quedar, para que el juzgado no inhabilitado conozca del nuevo juicio.

En la audiencia pública de 15 de junio en curso se verifica la vista del recurso de nulidad, con la comparecencia del Fiscal don Rodrigo Chinchón y del Defensor Penal Licitado don Víctor Hugo Aedo Lara, fijándose para lectura de fallo el día 24 de este mes, a las 13:00 horas.

Oído a los intervinientes y teniendo en consideración:

1) Que mediante el recurso de nulidad interpuesto a fs. 6 por la Fiscal Adjunto de Linares, doña Carola D'Agostini Ibáñez, se pretende anular el juicio y la sentencia definitiva dictada por el Juzgado de Garantía de Linares, referida en lo expositivo, y que se determine el estado en que debiere quedar el procedimiento y se remitan los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere, para la realización de un nuevo juicio, fundándose en la causal de nulidad contemplada en el artículo 374 letra e), en relación con el artículo 342 letra c), ambos del Código Procesal Penal, en razón a que el imputado admitió la responsabilidad de los hechos contenido en el requerimiento consistente en que el 22 de enero de 2004, alrededor de las 02:15 horas, estaba estacionado sobre la pista del costado oriente del Km. 315 de la Ruta 5 Sur, de la comuna de Longaví, sector Puente Liguay, contra el sentido del tránsito, en un vehículo marca Toyota, modelo Yaris, patente VV-2688, en estado de ebriedad, sentado al volante, constatando Carabineros que se consti-

tuyeron en el lugar que presentaba fuerte hálito alcohólico, rostro congestionado, incoherencia al hablar e inestabilidad al caminar, cuyo examen de alcoholemia dio un resultado de dos coma trece gramos por mil de alcohol en la sangre. No obstante, fue absuelto por estimar el Juez que no fue sorprendido conduciendo dicho automóvil, ya que la ley sólo sanciona las conductas activas de manejo o conducción en estado de ebriedad, con lo que no dio cumplimiento a la exigencia sobre valoración de la prueba en que basa sus conclusiones, pues, éstas no se condicen o relacionan entre sí, de ahí que se falta en forma abierta al análisis que conforme a las máximas de la experiencia, la lógica y los conocimientos científicamente afianzados debe hacer en un pronunciamiento de esta naturaleza, conforme a lo que dispone al artículo 297 del Código antes citado.

En subsidio, dice que, en este caso, concurre además la causal establecida en el artículo 373 letra b) del Código aludido al haber absuelto al imputado a pesar de su reconocimiento de responsabilidad, con abierta contradicción a su artículo 395, debido a que una vez que el requerido admite responsabilidad en los hechos el juez queda limitado en su decisión a expedir una sentencia condenatoria, siendo la única forma de reparar el perjuicio causado es anulando el juicio y el fallo.

2) Que es un hecho establecido en el fallo recurrido que el día 22 de enero de 2004, el requerido Sady Agustín Chacón Rossón se encontraba en el interior de su vehículo marca Toyota, modelo Yaris, patente VV-2688, en la Ruta Sur (debió decir Ruta 5 Sur), kilómetro 315, Comuna de Longaví, sector Puente Liguay, en la pista del costado oriente, contra el sentido del tránsito, en estado de ebriedad, pues el informe de alcoholemia arrojó una dosificación de alcohol de 2,13 gramos por mil (considerando quinto, apartado segundo).

3) Que el Juez a que concluye en el considerando sexto que la conducta antes descrita del imputado no se encuentra tipificada en la ley, pues el artículo 196 E de la Ley de Tránsito, como la antigua norma del artículo 121 de la Ley Nº17.105, sanciona única y exclusivamente al que fuere sorprendido conduciendo en manifiesto estado de ebriedad un vehículo motorizado, donde el verbo rector significa una acción, “conducir”; aún cuando antiguamente también se sancionaba a las personas que eran encontradas al interior del vehículo, sentado al volante, con indicios de que haya conducido o se presta a hacerlo, figura que fue derogada por las leyes adecuatorias, en virtud de lo cual absuelve del requerimiento formulada a su respecto por el Ministerio Público.

4) Que el artículo 115 A inciso segundo de la Ley Nº18.290, sobre Tránsito, prescribe que se “prohíbe, asimismo, la conducción de cualquier vehículo o medio de transporte, la operación de cualquier tipo de maquinaria o el desempeño de las funciones de guardafrenos, cambiadores o controladores de tránsito, ejecutados en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, o bajo la influencia del alcohol ebriedad”.

Y por su parte, el artículo 196 E dispone que “el que infrinja la prohibición antes transcrita, cuando la conducción, operación o desempeño fueren ejecutados en estado ebriedad, o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, será sancionado...”.

5) Que de los señalados preceptos legales no se infiere que, para que se configure el delito en materia del requerimiento, el conductor del vehículo motorizada debiere ser sorprendido precisamente en circunstancias de estar conduciendo personalmente el vehículo, como lo estimó el Juez, dado que el artículo 196 E sanciona no sólo al que conduce u opera un vehículo motorizado; sino que también cuando el desempeño fuere ejecutado en estado de ebriedad, igual como ocurría en el inciso primero del derogado artículo 121 inciso primero de la Ley Nº17.105, sobre alcoholes, que castigaba a “todo maquinista de embarcación y ferrocarriles, como asimismo todo conductor de vehículos motorizados... que se desempeñe en estado de ebriedad...”, por cuanto como ya lo había dicho la Corte Suprema, cuando fijó el alcance o verdadera interpretación que debía darse a la forma verbal “se desempeñare”, en el citado artículo 121, “según el sentido obvio de la palabra “desempeñarse, significa “cumplir”, “hacer aquello a que uno está obligado”, y evidentemente no cumple su obligación, el cometido a que está obligado el conductor de automóvil, o de cualquier vehículo motorizado que, te-

niendo directamente a su cargo la máquina, se embriaga en tales circunstancias, aunque en el momento que fuere detenido no se hallare conduciendo o manejando materialmente el vehículo" (Fallo, 05 de mayo de 1952, Revista de Derecho y Gaceta de los Tribunales, tomo XLIX, año 1952, segunda parte, sección cuarta, pág.118). O sea, no es lo mismo "conducir" u "operar" que "desempeñarse" en estado de ebriedad, pues lo último tiene un alcance más amplio.

6) Que guarda concordancia con lo expuesto que entre los delitos de peligro figura indudablemente el de conducción o desempeño en estado de ebriedad, pues el hecho que lo constituye, como lo ha reiterado la jurisprudencia, no causa daño efectivo y directo en intereses jurídicos protegidos, pero que crea para éstos una situación de riesgo por la posibilidad de la producción más o menos próxima de un resultado prejudicial, esto es, como indicio de lo que podría suceder en el porvenir y no en sí mismo, de ahí que el legislador comprende en la figura delictiva del aludido artículo 196 E no únicamente la conducción u operación de cualquier vehículo sino que también cuando el desempeño del mismo fuere perpetrado en estado de ebriedad por el riesgo que importa ese actuar.

7) Que, acorde a lo razonado, se ha configurado, en la especie, la causal de nulidad contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, que subsidiariamente se hiciere valer por el recurrente, por cuanto en el pronunciamiento de la sentencia, se hizo una errónea aplicación del derecho, dado que se consideró que la figura delictiva establecida en el artículo 196 E de la Ley de Tránsito sólo castiga al que hubiere sido sorprendido conduciendo un vehículo motorizado en estado de ebriedad, desatendiéndose específicamente del desempeño en ese estado que también es punible, cuya circunstancia no se valoró acuerdo los medios de prueba producidos al respecto, de modo que ello influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, razones por las cuales procede declarar nulo el juicio y la sentencia reclamada, siendo innecesario pronunciarse sobre la primera causal invocada.

8) Que conviene indicar que la errónea aplicación del derecho en que se sustenta la causal anteriormente analizada deriva de los fundamentos que se han expuesto y no de una infracción del artículo 395 del Código en comento, como lo refiere el Ministerio Público, en el sentido que en el procedimiento simplificado cuando el requerido admite responsabilidad en los hechos el juez quedaría limitado e expedir solamente sentencia condenatoria, conclusión que es equivocada, pues no tendrá sentido que el artículo 399 contemplara el recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva sin distinguir si es condenatoria o absolutoria, pues toda sentencia penal debe poder ser objeto de revisión, de acuerdo a lo prevenido en el artículo 352.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo prescrito en los artículos 45, 46, 372, 373 letra b), 376 inciso segundo, 384, 386, 388 y 399 del Código Procesal Penal, se recoge el recurso de nulidad interpuesto a fs.6 por doña Carola Milena D'Agostini, Fiscal Adjunto de Linares, sin costas, en contra de la sentencia definitiva de diecinueve de mayo último, escrita de fs. 2 a 5 de esta carpeta, que absuelve a Sady Agustín Chacón Rossón, de los cargos como autor del delito de conducir vehículo motorizado en estado de ebriedad, impetrados por el Ministerio Público y, en consecuencia, se declara nulo el juicio y el mencionado fallo, debiendo remitirse los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda para que disponga la realización de un nuevo juicio.

Se previene que el Abogado Integrante señor Sergio Barrientos Bravo, concurre al acuerdo teniendo presente que la actual redacción del artículo 115 A de la ley 18.290 no significa, como lo ha entendido el fallo impugnado, que el desempeño en estado de ebriedad sea penalmente sancionable tan sólo en caso de flagrancia o, la que es lo mismo, que se haya despenalizado la conducta ***ya producida.-*** En su concepto, la modificación que la citada disposición importa con relación al inciso 4º del artículo 121 de la ley 17.105, no es otra que la de haber suprimido la presunción acerca del inminente o futuro desempeño por parte de un ebrio, pero no excluye la posibilidad de sancionar la conducta pretérita, cuando ésta es suficientemente comprobada, al igual como ocurre en toda otra acción típica.

El previniente no participa, por consiguiente, de lo que se señala en el voto de mayoría, en cuanto a que el error de derecho en que se incurre en el fallo en análisis radique en haber estimado que el artículo 196 E de la ley 18.290 sanciona sólo la

conducción y no así el **desempeño** en estado de ebriedad, entendiendo así que lo que en el caso de autos habría ocurrido es lo último, vale decir, "desempeño en estado de ebriedad", como si ello fuese distinto de la conducción en estado de ebriedad.- Efectivamente, los incisos 3º y 4º del artículo 115 A demuestran que la conducta genérica consiste en el ***desempeño*** y que ella abarca o comprende tanto la **operación** como la **conducción**, de suerte entonces que desempeño y conducción no son conceptos disímiles sino que esta última se refiere específicamente a quien gobierna un vehículo u otro medio de transporte; en otras palabras, y según se infiere del inciso 2do. Del artículo 115 A habrá, específicamente *"conducción"* , *"operación"* o *"desempeño"* según sea la naturaleza del ingenio mecánico que se maniobre, sin perjuicio que la conducta genérica, como se señala en el artículo 4º y 5º inciso de dicha norma lo sea esta última, vale decir, el desempeño.

Redacción del Ministro don Luis Carrasco González y del voto de minoría, su autor.

Regístrese y devuélvase, con su agregado.
Rol Nº1560-2004.

- **Acoge la apelación interpuesta por el Ministerio Público en contra de la resolución que decretó el sobreseimiento definitivo en virtud de un acuerdo reparatorio.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de La Serena.

Resumen:

El Ministerio Público presentó un recurso de apelación en contra de la resolución que sobreseyó definitivamente en virtud de un acuerdo reparatorio. La Corte acogió el recurso señalando que, dados los antecedentes del imputado, se demostró una habitualidad en éste que evidenciaba la existencia de un interés público prevalente, al tenor del artículo 241 del Código Procesal Penal, el cual hace improcedente sobreseer definitivamente en virtud de un acuerdo reparatorio.

Texto completo:

La Serena, ocho de julio de dos mil cuatro.
Siendo las 11:10 horas, ante la Segunda Sala de esta Corte de Apelaciones, integrada por los Ministros titulares doña Isabella Ancarola Privato, doña María Angélica Schneider Salas y abogado don Leonel Rodríguez Villalobos, se lleva a efecto la audiencia de la apelación de la resolución dictada en audiencia de control de detención de fecha 18 de junio del año en curso, en la cual se sobresee definitivamente a GERSON ANDRÉS GUTIÉRREZ CONTRERAS, con asistencia del representante del Ministerio Público don Marcelo Sanfeliu G.
Concedida la palabra al recurrente reitera las peticiones y fundamentos del recurso de apelación que rola a fojas 9 de la carpeta de antecedentes.
El Tribunal suspende la audiencia por 20 minutos para deliberar.
Previa deliberación se resuelve:

VISTOS:

Que, atento el mérito de los antecdentes, lo manifestado por el señor Fiscal en esta audiencia y teniendo especialmente presente que el imputado presenta 12 ingresos a la fiscalía por diversos hechos punibles, fundamentalmente hurtos, situación que no fue controvertida por la Defensa, lo que demuestra cierta habitualidad en la comisión de esta clase de ilícitos que hace concluir a este Tribunal que existe en la especie un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal, al tenor de lo que prescribe el artículo 241 del Código Procesal Penal, interés público que hace improcedente la aprobación de un acuerdo reparatorio, y atento lo dispuesto en los artículos 241, 253 y 370 letra a del Código Procesal Penal SE REVOCA la resolución en alzada, dictada en audiencia de dieciocho de junio del año en curso que sobreseyó definitivamente por haberse aprobado un acuerdo reparatorio, y en su lugar se deja sin efecto dicho sobreseimiento, como asimismo, el acuerdo reparatorio que le precedió, debiendo continuarse la tramitación como en derecho corresponda.
Redacción de la ministro titular señora María Angélica Schneider Salas.
Regístrese y devuélvase.
Rol N° 119-2004.

- **Rechaza la apelación interpuesta por el Ministerio Público en contra de la resolución que acogió un acuerdo reparatorio.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Punta Arenas.

Resumen:

El Ministerio Público presentó un recurso de apelación en contra de la resolución del Juzgado de Garantía que aprobó un acuerdo reparatorio por estar en juego un interés público prevalente. La Corte, en voto dividido, rechazó el recurso señalando que se cumplían los requisitos establecidos en el artículo 241 del Código Procesal Penal. Al efecto estableció que la reiteración establecida en la parte final del artículo citado no se cumple frente a hechos de distinta gravedad como lo son un simple delito y faltas.

El voto de minoría sostuvo que la ley habla de reiteración de "hechos como los investigados", siendo irrelevante su gravedad, habiéndose cumplido de este modo con la reiteración establecida en la ley.

Texto completo:

Certifico: Que siendo las 12:35 horas se dio inicio a la audiencia para conocer del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la resolución del Juez de Garantía de Punta Arenas que aprobó un acuerdo reparatorio respecto del imputado Welfor Galindo Paredes, rol ingreso de esta corte N° 88-2004.

La I. Corte estuvo integrada por los ministros señores Hugo Faúndez López, como Presidente Titular, Virginia Bravo Saavedra y Renato Campos González.

Comparecieron a estrados la abogada Ivannia Caballero Ortiz, por el Ministerio Público y don Ramón Bohórquez Díaz por la Defensoría Penal Pública.

El señor Presidente concede a los intervinientes 5 minutos para efectuar sus alegaciones y 3 para las aclaraciones de argumentos.

El Ministerio Público solicita se revoque la resolución apelada pues, en su concepto, hay, en la especie, un interés prevalente para la persecución penal, dada la reiteración de ilícitos en los que ha incurrido el imputado.

El Defensor, solicita se confirme la resolución apelada en virtud de los fundamentos en ella contenidos y que desarrolla en su alegato.

En las aclaraciones y rectificaciones las partes se hacen cargo de los fundamentos de la contraria.

Terminado el debate, el señor presidente decreta un receso para deliberar y acto seguido da a conocer la decisión de la Corte que es del siguiente tenor:

"**VISTOS, OIDOS LOS INTERVINIENTES Y TENIENDO PRESENTE:**

PRIMERO: Que, el artículo 241 del Código Procesal Penal dispone que el imputado y la víctima podrán convenir acuerdos reparatorios los que serán aprobados por el Juez de Garantía siempre que hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos y siempre que los hechos investigados afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, pudiendo el juez negar su aprobación si en el caso concreto existiere un interés público prevalente en la continuación de la acción penal.

SEGUNDO: Que en el caso de autos este acuerdo reparatorio se constituyó ante el señor Juez de Garantía y, tanto la víctima como el imputado estuvieron conformes en indemnizar, éste último al primero, con la suma de $400.000.- en dinero efectivo, siendo recibidos por aquél a su entera satisfacción.

TERCERO: Que el hecho investigado dice relación con bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial.

CUARTO: Que, en consecuencia, este acuerdo reparatorio cumple los requisitos exigidos para su validez.

QUINTO: Que, esta Corte hace suyos los argumentos contenidos en la resolución apelada, toda vez que se está en presencia de un hecho investigado de acuerdo al nuevo proceso penal, en el cual se establece y regula la institución de los acuerdos reparatorios cuya finalidad es la solución de los conflictos, a diferencia del sistema de enjuiciamiento criminal derogado, en el que se buscaba la verdad material y no existía la figura en cuestión.

SEXTO: Que, atendido lo expuesto, se desestiman las argumentaciones esgrimidas en estrados por la señora representante del Ministerio Público en cuanto a que en la especie existiría un interés público prevalente para la continuación de la investigación.

SÉPTIMO: En efecto, la ley del caso, en la parte final del artículo 241 del Código Procesal Penal expresa que "Se entenderá especialmente que concurre este interés si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que investigaren en el caso particular.".

OCTAVO: Que, en la especie, la discrepancia versa sobre un simple delito de hurto, interesando si, los antecedentes criminales del imputado, consistentes, en lo que interesa, en dos hurtos-falta, constituyen o no interés público prevalente en la continuación de la persecución penal, en los términos de la ya citada disposición del artículo 241.

NOVENO: Que los sentenciadores de mayoría, habida consideración de la distinta gravedad entre los ilícitos que aparecen cometidos por el imputado -los unos constitutivos de faltas y un tercero de simple delito-, son de opinión que tales circunstancias no constituyen la situación de reiteración a que se refiere la parte final del artículo 241, y, por lo mismo, no es constitutiva del interés público prevalente aludido por la pre-citada norma, lo que los dirigirá a decidir de la manera que se dirá en lo resolutivo.

Por estos fundamentos y lo dispuesto en el artículo 253 del Código Procesal Penal, SE CONFIRMA la resolución apelada dictada en audiencia de doce de julio último y que se lee de fojas 1 vuelta a 3 vuelta de la carpeta respectiva.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Faúndez quien estuvo por revocar la resolución apelada, toda vez que concurre en la especie un interés público prevalente en la persecución penal, habida consideración que el imputado ha incurrido reiteradamente -según los antecedentes tenidos a la vista-, en hechos como los que se investigan en este caso en particular, esto es, se ha apropiado de cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño, siendo indiferente la gravedad que el ilícito tenga, para que concurra la excepción contemplada en la parte final del artículo 241 del Código Procesal Penal, por cuanto lo que el legislador exige es la reincidencia en hechos y no en delitos o faltas, según su gravedad.

Regístrese y devuélvanse.

Rol N° 88-2004 RPP.-

Una vez leída, el señor Presidente puso término a la audiencia siendo las 13:45 horas. Previamente, ordenó levantar la presente acta y agregarla a la carpeta respectiva.

Punta Arenas, julio veintitrés de dos mil cuatro.

- **Acoge recurso de nulidad presentado por el Ministerio Público por una errónea aplicación del derecho.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Antofagasta.

Resumen:

El Juez de Garantía condenó en procedimiento simplificado por dos delitos de robo con fuerza en bienes nacionales de uso público a la pena única de sesenta días de prisión, entendiendo que el artículo 395 del Código Procesal Penal busca premiar a quien ahorra recursos al Estado con penas de prisión. La Fiscalía interpuso un recurso de nulidad. La Corte acogió el recurso, expresando que, de acuerdo a una interpretación histórica y sistemática del artículo 395 del Código Procesal Penal, el término prisión debe entenderse en un sentido amplio y comprensivo de toda privación de libertad mediante cárcel, no estando facultado el Juez para rebajar la pena más allá de lo establecido por el artículo 68 del Código Penal. Al hacerlo bajo el pretexto de entender que el legislador quiso premiar a quien admite responsabilidad mediante el citado artículo 395 para recibir penas menores a las que en derecho le corresponderían, se incurrió una errónea aplicación del derecho.

Texto completo:

En Antofagasta, tres de junio de dos mil cuatro, siendo las 11.15 horas se inicia la audiencia de juicio simplificado, **comparecen:**

Fiscal: **Patricio Martínez Felip.**
Defensor: **Loreto Flores Tapia**.
Víctima: **Wilfredo Edgardo Paredes Nieto**.
Imputados: **OSVALDO ENRIQUE ARAYA FAJARDO.**
PATRICIO MANUEL ROMERO CARRASCO, no comparece.

Prisión Preventiva

Visto:

Estimando el Tribunal que el claro tenor literal del artículo 141 del Código Procesal Penal, constituye, desde el punto de vista jurídico, un antecedente ineludible, para que, en el caso de la no comparecencia del imputado a la audiencia de juicio oral, pueda decretarse su prisión preventiva, y teniendo, además, presente que esa es precisamente la situación que se produce en la especie, respecto de **Patricio Manuel Romero Carrasco**, se accede a lo solicitado y **se decreta la prisión preventiva de este imputado**. Para su cumplimiento, despáchese orden de detención en contra del imputado, la que deberá ser cumplida por Carabineros de Chile y por Policía de Investigaciones de Chile. Dése por tiempo indefinido, sin perjuicio de darse cuenta al término de 30 días.

Acuerdo reparatorio

1° Que el Ministerio Público se ha opuesto al acuerdo reparatorio, cuya celebración ha pretendido el imputado con la víctima, en orden a poner término a este procedimiento;

2° Que tal oposición se fundamenta en la existencia de un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal, atendida la reiteración de hechos semejantes a los investigados en este caso, por parte del imputado, y que se traduce en la existencia de dos condenas, por el delito de robo en bien nacional de uso público, de las que da cuenta su extracto de filiación, y la certificación de dichas sentencias agregadas a los antecedentes de la investigación. Hace presente, además, en su presentación, que el imputado mantiene en su extracto de filiación diversas anotaciones por delitos de la misma especie.

3° Que las condenas fueron impuestas en los años 1997 y 2000, por los Tribunales del Crimen de la ciudad de Antofagasta.

4° Que, por su parte, la Defensa se ha opuesto a la pretensión del Ministerio Público de obstaculizar el acuerdo reparatorio, en atención a que estima, no existen, en este caso, un interés público prevalente en la persecución penal que pueda ser antepuesto al interés de la víctima, en orden a poner término a este procedimiento, mediante un

acuerdo reparatorio. Estima la Defensa que, entender lo contrario, a partir de los antecedentes que aparecen en su extracto de filiación, constituye una interpretación discriminatoria contra del imputado y que importaría impedir a cualquier persona que tenga un nutrido prontuario penal, llegar a acuerdos en este tipo de procedimientos.

5° Que, por lo demás, se ha visto reflejado el interés del imputado, en orden a resarcir el perjuicio de la víctima, a través de diversas consignaciones que constan en la carpeta judicial.

6° Que el Tribunal tiene presente que el interés público prevalente, especialmente en cuanto se funda en la comisión por parte del imputado de hechos reiterados semejantes a los que se investigan, constituye, efectivamente, una norma discriminatoria respecto de aquellos que han cometido ilícitos, pero esta discriminación, contemplada en el inciso final del artículo 241 del Código Procesal Penal, no puede, en caso alguno, estimarse como arbitraria o injusta, más bien tiende a recoger la necesidad de la Sociedad de defenderse de individuos que incurren reiteradamente en hechos ilícitos, respecto de los cuales fluye la necesidad de imponer medidas severas como lo es la pena penal, en orden a obtener incentivos para que el individuo enmiende su conducta y no vuelva a cometer hechos ilícitos de la especie del que se les reprocha.

7° Que en esta perspectiva aparece la presentación del Ministerio Público como razonable, fundada en elementos de hecho y de derecho que le otorgan plausibilidad.

8° Que la pretensión de la víctima, en orden a llegar a un acuerdo reparatorio, tiene como excepción el bien común que, en este caso, se expresa en la fórmula del interés público prevalente. Es el bien común, precisamente, que, en general, es capaz de limitar los derechos individuales de las personas y, en este caso, parece legítimo oponerse a la celebración de este acuerdo reparatorio y, por lo anterior, **el Tribunal accede a lo solicitado por el Ministerio Público y rechaza la celebración del acuerdo reparatorio presentado en esta audiencia.**

Juicio Oral Simplificado:

El Tribunal hace un breve resumen del requerimiento verbal efectuado por el Ministerio Público, el imputado admite responsabilidad, se oye a los intervinientes y el Juez procede a dictar sentencia.

Siendo necesario para resolver en esta causa, agréguese a la carpeta judicial extracto de filiación y antecedentes del imputado.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que, el Sr. fiscal del Ministerio Público de Antofagasta, don Patricio Martínez Felip, ha interpuesto requerimiento en procedimiento simplificado en contra de don **Osvaldo Enrique Araya Fajardo**, chileno, natural de Antofagasta, 42 años de edad, cédula de identidad N° 9.810.368-6, carpintero, domiciliado en Pasaje La Calera N° 3522, Población el Ancla de Antofagasta, fundado en los siguientes hechos:

Hecho N° 1

El día 18 de octubre de 2003, aproximadamente a las 19:15 horas, Osvaldo Araya Fajardo, forzó la chapa de la puerta delantera de la camioneta patente UF-2724, la que se encontraba estacionada en la vía pública, calle Maipú, frente al N° 883 de Antofagasta, siendo sorprendido, en ese momento, por personal de Carabineros, quienes lo persiguieron, observando que el requerido, mientras escapaba lanzaba al suelo un objeto, el que luego fue levantado por carabineros, consistiendo éste en un elemento metálico, conocido comúnmente como toquera, el que habitualmente es usado para forzar chapas. El vehículo individualizado es de propiedad de Wilfredo Edgardo Paredes Nieto.

A juicio del Ministerio Público, estos hechos configuran el delito de robo con fuerza en las cosas que se encuentran en bienes nacionales de uso público, en grado de tentado.

Hecho N° 2

El día 14 de enero de 2004, en circunstancias que Osvaldo Enrique Araya Fajardo forzaba la chapa de la puerta trasera del vehículo marca Kía Sportage, patente UG.4303, y otro imputado vigilaba para que no fueran descubierto, fueron sorprendidos por personal de Policía de Investigaciones, quienes concurrieron al lugar, en virtud de una denuncia telefónica, realizada al fono 134, consiguiendo retener a los requeridos, incautando un cuchillo, el que fue encontrado en poder de Osvaldo Enrique Araya Fajardo. El vehículo individualizado es de propiedad de Mario Edgardo Delfino Muñoz.

Los hechos narrados, a juicio del Ministerio Público, configuran el delito de robo con fuerza en las cosas que se encuentran en bienes nacionales de uso público, previsto y sancionado en los artículos 432 y 443 inciso primero del Código Penal, en grado de tentativa.

Estima el Ministerio Público que respecto del imputado concurre la atenuante del artículo 11 N° 7 del Código Penal, esto es, la reparación celosa del mal causado.

Se le atribuye participación en calidad de autor y solicita se le impongan dos penas de 60 días de prisión en su grado mínimo, accesorias legales, comiso del elemento metálico con forma de T, conocido comúnmente como toquera y pago de las costas de la causa.

SEGUNDO: Que el imputado, previamente advertido de sus derechos y, en especial, de la posibilidad de imponerse a su respecto una pena de prisión, ha admitido su responsabilidad en los hechos descritos en el requerimiento, con cuyo mérito el Tribunal tiene por acreditados tales hechos como la participación en los mismos.

TERCERO: Que la Defensa, ejercida por doña Loreto Flores Tapia, ha solicitado que, al regular la pena de prisión se tenga presente la extensión del mal causado y la circunstancia de haber intentado reparar con celo dicho mal. Solicita, finalmente, que no se imponga una pena que exceda los 41 días de prisión al imputado y se exima del pago de las costas de la causa.

CUARTO: Que los hechos descritos en el requerimiento constituyen dos delitos de robo con fuerza de especies que se encuentran en bienes nacionales de uso público, ilícitos previstos en el artículo 432 en relación con el artículo 443 inciso primero del Código Penal, en grado de tentativa, toda vez que el imputado realizó acciones tendientes a apropiarse de especies muebles ajenas, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, forzando para ello, mecanismos de resguardo de vehículos que se encontraban en bienes nacionales de uso público, faltando diversas acciones para la consumación del hecho, siendo sorprendido en los momentos en que realizaba dichas acciones.

QUINTO: Que atendida la admisión de responsabilidad del imputado y concurriendo en la especie antecedentes calificados que justifican la imposición de una pena de prisión, cuales son las diversas condenas que el imputado refleja en su extracto de filiación y antecedentes, que dan cuenta de la comisión de diversos delitos, por los cuales ha sido condenado con anterioridad, se le impondrá la pena de prisión.

Que para regular la pena de prisión se tendrá presente que al imputado le corresponde la pena de prisión en su grado máximo, por cada uno de estos ilícitos, debiendo aplicarse, en este caso, en su minimun, por concurrir una atenuante y no concurrir agravantes.

Que el Tribunal estima que la pena señalada debe ser rebajada, aún más, en atención a que en la lógica del artículo 395 del Código Procesal Penal, el legislador tiene la pretensión de premiar a quien admite responsabilidad y con ello ahorra recursos al Estado.

Que, en esa línea, el Tribunal estima que, por cada uno de los delitos, ha de imponerse la pena de prisión en su grado medio y que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 351 del Código Procesal Penal, se aumentará en un grado dicha pena, considerando que, por haber reiteración de delitos de la misma especie, se estimará como un solo delito ambos hechos.

SEXTO: Que se eximirá al imputado del pago de las costas de la causa, toda vez que su admisión de responsabilidad ha generado ahorro de recursos al Estado con su renuncia a su derecho a exigir juicio oral.

Por estas consideraciones y teniendo, además, presente lo dispuesto en los artículos 1, 7, 11 N° 7, 14, 15, 30, 67, 69, 432 y 443 inciso primero del Código Penal; 351, 394 y 395 del Código Procesal Penal, **se declara**:

I.- Que se condena a **OSVALDO HENRÍQUEZ ARAYA FAJARDO**, RUN N° 9.810.368-6, como autor de dos delitos de robo con fuerza en las cosas que se encuentran en bienes nacionales de uso público, en grado de tentativa, cometidos en esta ciudad el día 18 de octubre de 2003, en perjuicio de don Wilfredo Edgardo Paredes Nieto, y el 14 de enero de 2004, en perjuicio de Mario Edgardo Delfino Muñoz, respectivamente, a la pena única de 60 días de prisión en su grado máximo, accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.

Para el cumplimiento de la pena, le servirá de abonos los días que ha permanecido privado de libertad por motivo de esta causa, esto es, los días 29 y 30 de noviembre de 2003 y desde el 14 al 26 de febrero de 2004.

II. Que se condena, además, al sentenciado al comiso del elemento metálico con forma de "T", conocido como "toquera".

III.- Que se exime al imputado del pago de las costas de la causa.

IV.- Que no reuniéndose en la especie los requisitos legales para ello, no se concede al imputado beneficio alguno para el cumplimiento alternativo de la pena privativa de libertad impuesta.

Transcurrido el término legal, certifíquese al tenor del artículo 174 del Código de Procedimiento Civil.

Ejecutoriada esta sentencia, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal.

Atendido lo afirmado por la Defensa y teniendo presente que consta en la carpeta judicial consignaciones, por un monto total de $70.000, gírese cheque a favor de don Wilfredo Edgardo Paredes Nieto, a título de indemnización de perjuicios, por un monto total de $35.000.

Cítese a don Mario Edgardo Delfino Muñoz, a fin que proceda a retirar cheque que se deberá girar, en su oportunidad, por la suma de $35.000, a título de indemnización de perjuicios.

Siendo las 11.58 horas finalizó la audiencia, quedando íntegramente grabada en el sistema de audio.

Remítase copia simple del acta por correo electrónico a fiscal y defensor.

Dirigió la audiencia **JORGE EDUARDO SÁEZ MARTIN**, Juez de Garantía de Antofagasta.

Antofagasta, treinta de julio de dos mil cuatro.

VISTOS:

El dos de julio del año en curso se realizó la audiencia respectiva para conocer el recurso de nulidad de la sentencia definitiva pronunciada por don Jorge Eduardo Sáez Martín, Juez de Garantía de esta ciudad, mediante la cual se condenó a Osvaldo Enrique Araya Fajardo a la pena única de sesenta días de prisión en su grado máximo, con las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, en su calidad de autor de dos delitos de robo con fuerza en las cosas que se encuentran en bienes nacionales de uso público, en grado de tentativa, cometidos en esta ciudad el 18 de octubre de 2003 y el 14 de enero de 2004, en perjuicio de Wilfredo Edgardo Paredes Nieto y de Mario Edgardo Delfino Muñoz, respectivamente.

En estrados el recurrente reiteró los planteamientos consignados en su recurso mientras que, por parte de la defensa, se sostuvo que los razonamientos desarrollados por la Fiscalía en el recurso de nulidad, no constituyen errónea aplicación del derecho. Afirmó que el artículo 395 del Código Procesal Penal establece que, en la especie, la pena a aplicar es la de prisión y no otra. Se trata entonces de una norma que regula la pena a aplicar, en la que el legislador ha consagrado un trato más benigno para el imputado que reconoce o admite su responsabilidad. Por otra parte, afirma que en la especie no existe perjuicio para el Ministerio Público, y tampoco se produce, por lo expuesto, alteración alguna al ordenamiento jurídico al dictarse el fallo y, por ende, el recurso debe ser desestimado.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el fiscal adjunto de Antofagasta don Patricio Martínez Felip, ha interpuesto recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada el tres de junio de dos mil cuatro en el juicio simplificado realizado en la causa Rol único 0300166025-9, Rol interno del tribunal Nº 6317-2003 para que, conociéndolo, la Corte anule la resolución recurrida y el juicio simplificado en el que ella se ha dictado, ordenando la realización de un nuevo juicio ante el tribunal no inhabilitado que corresponda;

SEGUNDO: Que se funda la nulidad de la sentencia en la circunstancia que ésta hizo una errónea aplicación del derecho al no cumplir con lo dispuesto en los artículos 1, inciso 2º; 7 inciso final, 432 y 443 inciso 1º del Código Penal, y 395 del Código Procesal Penal, en un caso en que dichas normas debían aplicarse, omisión que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo ya que, de haberse procedido en forma correcta, en éste debió condenarse al requerido a dos penas no inferiores a 41 días de prisión en su grado máximo;

TERCERO: Que el recurso de nulidad, consagrado en el título IV del Libro III del Código Procesal Penal, está concebido para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente ésta, cuando concurren las causales expresamente señaladas en la ley, respecto de errores que son capaces de generar una nulidad y que influyen en la parte dispositiva de la sentencia. Este recurso puede, también, ser invocado tratándose de las sentencias definitivas dictadas en procedimiento simplificado, por el Fiscal requirente si hubiere concurrido al juicio;

CUARTO: Que en el caso que nos ocupa, se ha sometido a las normas del procedimiento simplificado el juzgamiento de dos delitos de robo con fuerza en las cosas que se encuentran en bienes nacionales de uso público, cuya penalidad conlleva sanción privativa de libertad y accesorias legales; en estas condiciones, el reconocimiento o admisión del imputado de su responsabilidad en el hecho, ha permitido que se proceda conforme al artículo 395 del Código Procesal Penal;

QUINTO: Que la norma citada consagra un particular estatuto, aplicable al procedimiento simplificado, tratándose de faltas y en la hipótesis de que el imputado admita su responsabilidad en el hecho, siempre que no exista la necesidad de realizar otras diligencias, en cuyo caso el Juez debe imponer pena de multa, excepto que existan antecedentes calificados que ameriten sancionar la conducta punible con prisión, circunstancia que debe hacer constar en la misma sentencia;

SEXTO: Que este precepto, contenido primitivamente en el artículo 450 del Proyecto de Código Procesal Penal, fue establecido únicamente para el juzgamiento de las faltas; sin embargo, la modificación introducida durante su discusión en el Senado, permitió extenderla también a aquellos casos en que se trate de castigar los simples delitos con penas privativas de libertad que no excedan de presidio o reclusión menores en su grado mínimo. La reformulación de la norma ha generado dificultades en su interpretación, toda vez que su tenor literal la hace inaplicable en la práctica, tratándose de penas de presidio o reclusión, conclusión a la que necesariamente ha de arribarse si consideramos que durante toda la discusión del proceso legislativo, dicha norma estaba prevista única y exclusivamente para el castigo de las faltas, que en su época tenían asignadas penas de prisión y/o multa; por ende, era evidente su sentido y utilidad, al otorgar al Juez la facultad, mediante una norma procesal de imposición de penas, de aplicar la multa o, en su caso, prisión, debiendo el juzgador justificarlo en su propia resolución, situación similar que puede producirse frente a los simples delitos. En este evento, como la sanción es mayor, ha debido, y debe entenderse, que el término prisión está tomado en su sentido natural y obvio, concerniente a la privación de libertad mediante cárcel, es decir, incluyendo en él los conceptos penales de prisión, presidio o reclusión. A este resultado se arriba, en ejercicio del método histórico y sistemático de interpretación, puesto que no es posible que el premencionado artículo 395 derogue la generalidad de las penas que se hallan establecidas para el castigo de los simples delitos, ni que posea el carácter de norma sustantiva derogatoria, en la medida que la falta de precisión del legislador puede ser resuelta a través del estudio de su intención y del sistema normativo que soporta esta disposición, cuya finalidad no es otra que otorgar al juez la facultad de imponer pena de multa, o una privativa de libertad, cuando se está en presencia de faltas o simples delitos, en cuya ejecución el imputado ha reconocido responsabilidad, conforme a los hechos contenidos en el requerimiento, y no exista necesidad de practicar otras diligencias;

SÉPTIMO: Que al resolver la sentencia impugnada que la pena resultante debe ser rebajada todavía más allá de los márgenes que permite el artículo 68 del Código Penal, atendidas la fase de desarrollo del delito y la concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal porque, atendiendo a que en la lógica del artículo 395 del Código Procesal Penal, el legislador tiene la pretensión de premiar a quien admite responsabilidad y con ello ahorra recursos al estado, incurre en una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, traducida en que, producto de dicha equivocada aplicación, se ha determinado una pena inferior a la que corresponde legalmente a los hechos punibles materia del juzgamiento penal;

OCTAVO: Que, en tal evento, adoleciendo la sentencia de un vicio de nulidad, debe acogerse el recurso promovido por el Ministerio Público, e invalidarse el fallo y el juicio oral simplificado, sin que obste a ello la circunstancia de haberse producido el vicio en el pronunciamiento de la sentencia.

Por estas consideraciones, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b); 384, 386, 395 y 399 del Código Procesal Penal, se declara:

Que se acoge el recurso de nulidad enderezado por el Ministerio Público a fojas 4 de estos antecedentes, y se invalida la sentencia dictada en la audiencia de tres de junio último por el Juzgado de Garantía de Antofagasta, que se encuentra agregada a fojas 1 y siguientes de esta carpeta y el juicio

oral realizado en procedimiento simplificado durante la misma audiencia. En consecuencia, se repone el procedimiento al estado de citar a los intervinientes a una nueva audiencia de juicio simplificado, para debatir acerca del requerimiento formulado por el Ministerio Público, ante el Juez de Garantía no inhabilitado que corresponda. Se deja constancia que se hizo uso del artículo 82 del Código Orgánico de Tribunales.

Regístrese y devuélvase.

Rol Nº 83-2004.

Redacción del Fiscal Judicial don Rodrigo Padilla Buzada, quien no firma por encontrarse con permiso.

- **Acoge recurso de nulidad presentado por la Fiscalía por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Rancagua.

Resumen:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal acogió las alegaciones de la Defensa, entendiendo que el inculpado había actuado en legítima defensa y por tanto quedaba eximido del reproche penal. La Fiscalía interpuso un recurso de nulidad alegando que los hechos demostrados no permitían configurar la eximente aplicada. La Corte acogió el recurso, rechazando el argumento de la Defensa que sostenía que el recurso era una apelación encubierta. Al efecto declaró que el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal permite, en base a los hechos que se tuvieron por acreditados, revisar la calificación jurídica que a éstos se les atribuyó. En base a los hechos que consignó la sentencia recurrida, no resultaba posible configurar la eximente de responsabilidad penal, por cuanto el inculpado atacó a la víctima en circunstancias que ésta estaba actuando en legítima defensa de un tercero. Faltando el primer requisito, agresión ilegítima, no se cumplieron los presupuestos legales para aplicar la eximente, y la Corte declaró ser nulos la sentencia y el juicio en que ésta se sustentó.

Texto completo:

Rancagua, veintiocho de julio de dos mil cuatro.

VISTOS:

PRIMERO: Que ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, constituido por el juez Presidente de la Sala Marcos Kusanovic Antinopai y los jueces doña María Isabel Pantoja Merino y don Óscar Castro Allendes, se llevó a efecto la audiencia del juicio oral de la causa rol interno del tribunal n° **20-2.004**, seguida en contra de **ELÍAS ARTURO CÁCERES MÁRQUEZ,** chileno, cédula nacional de identidad n° 13.718.246-7, 25 años de edad, pioneta, domiciliado en calle Francisco Javier Reina n° 01124 de esta ciudad.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por el Fiscal Adjunto de Rancagua, don Álvaro Pérez Galleguillos, el Fiscal Adjunto de Peumo, don Carlos López Miranda y el abogado asesor de la Fiscalía Regional don Rodrigo Ponce Soto, todos domiciliados en calle Alcázar n° 121, de esta ciudad.

La defensa estuvo a cargo de la Defensora Regional, doña Paula Vial Reynal y del Defensor Penal, don Alberto Ortega Jirón, domiciliado en calle Bueras n° 359, oficina 407, de esta ciudad.

SEGUNDO: Que los hechos en que se fundó la acusación, según se lee en el auto de apertura del juicio oral, son los siguientes: "el 24 de enero de 2004, siendo aproximadamente las 22:00 horas, en circunstancias que Juan de Dios Cáceres Olivares, se encontraba en la esquina de calle Lircay con Javier Reina de la Población René Schneider de Rancagua, en compañía de su primo Roberto Enrique Cáceres Márquez, un sobrino de éste, Claudio Andrés Olate Cáceres y José Manuel Barra Vásquez, llegó al lugar otro primo de la víctima, el imputado Elías Arturo Cáceres Márquez, con el objeto de proseguir una discusión familiar que horas antes había sostenido con su hermano Roberto, es así como el imputado increpó verbalmente a su hermano Roberto, en vista de lo cual la víctima intervino a fin de evitar que la discusión entre los hermanos Cáceres Márquez, derivara en una pelea o riña, frente a esta intervención de la víctima, el imputado procedió a botarlo al suelo y empezó a pelear físicamente con su hermano Roberto, la víctima al percatarse de la riña, insistió en su propósito de separar a sus primos, para lo cual cogió un fierro, procedió a darle algunos golpes en la espalda al imputado, quien extrajo un cuchillo que portaba con el cual propinó una herida corto punzante de carácter mortal a la víctima, falleciendo posteriormente a consecuencia de esta herida.

El Ministerio Público sostuvo que estos hechos configuraron el delito de homicidio simple, previsto y sancionado en el n° 2 del artículo 391 del Código Penal, en grado consumado y atribuyó al acusado, participación en calidad de autor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 n° 1 del mismo código.

Señaló que favorece al acusado la atenuante de irreprochable conducta anterior y solicitó se le aplique una pena de diez años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales y costas.

TERCERO: Que, la defensa solicitó la absolución del acusado, invocando la legítima defensa propia del artículo 10 n° 4 del Código Penal. Por otra parte, el señor defensor sostuvo que, sin formar parte de su teoría del caso, favorecerían al acusado las atenuantes de los números 1, 6 y 7 del artículo 11 del mismo código, consistentes en, la expresada eximente incompleta de no concurrir los requisitos necesarios para eximirlo de responsabilidad, aplicándose el artículo 73 del citado código; la de su irreprochable conducta anterior como muy calificada en los términos del artículo 68 bis del mismo cuerpo legal y; el haber procurado reparar con celo el mal causado, respectivamente.

Finalmente y cubriendo todas las posibilidades de defensa real del acusado, el señor defensor expuso que, si el tribunal estimaba del caso invitarlo a alegar sobre una calificación jurídica de los hechos, consistente en un homicidio preterintencional o uno culposo, estaba llano a hacerlo.

CUARTO: Que, a la hora de la deliberación, contamos, en primer lugar, con los dichos de los testigos de ambos intervinientes, Roberto y Ana Luisa Cáceres Márquez, hermanos del acusado, José Barra Vásquez, Claudio Olate Cáceres, sobrino del acusado, y Margarita Rivera Aceituno, conviviente del acusado.

El primer testigo, Roberto Cáceres Márquez señaló que el día de los hechos -24 de enero de 2004-, desde las 13:00 horas aproximadamente estuvo en su domicilio, donde también vive su hermano el acusado y se juntaron con la víctima -su primo Juan Cáceres- con quien almorzaron y compartiendo cervezas. Su hermano se fue a trabajar y cuando regresó en la tarde siguieron bebiendo melón con vino. Luego, cuando su primo se había ido, discutió y peleó con su hermano -el acusado- por un incidente que se originó porque el acusado se puso a hacer piruetas con una bicicleta sobre unas planchas de vulcanita que había comprado para reparar el inmueble y las quebró, por lo que se ofuscó.

En concordancia con su relato, Ana Luisa Cáceres, hermana de ambos, dijo que llegó al inmueble como a las 19 horas y los vio entrabados en una disputa. Posteriormente, Ana Luisa vio al acusado con un elemento que parecía ser un cuchillo y advirtió a Roberto Cáceres diciéndole que tuviera cuidado. Por su parte, José Barra aseveró que en el intertanto se reunió con el acusado en una plaza y este le manifestó que no iba a dejar que su hermano Roberto le pegara y que pelearía con él.

Continuando con su relato, Roberto Cáceres agregó que posteriormente, en la esquina de calles Javier Reyna con Lircay, se juntó con su sobrino -Claudio Olate Cáceres- y con José Barra, también llegó al lugar la víctima y su hermano con quien se pusieron a discutir diciéndose garabatos. En ese momento la víctima les dijo que no pelearan porque eran hermanos y el acusado lo empujó, lo que también expuso Jose Barra. La víctima se fue hacia atrás y se dirigió a un camión donde tomó un fierro. Luego le pegó unos fierrazos al acusado, este le dio un golpe y arrancó por lo que lo siguieron con su primo, quien alcanzó a avanzar unos veinte metros y cayó al suelo. Agregó que comenzó a pegarle a su hermano y cuando se fue para atrás se percató que su primo estaba caído y en el mismo instante llegó su hermana Ana Luisa Cáceres gritándoles que le presten ayuda a su primo. Su hermano reaccionó, le dijo que ayuden a su primo y huyó.

Según Margarita Aceituno ambos pelearon a combos. Lo mismo leyó de una declaración anterior prestada ante el Ministerio Público, Roberto Cáceres donde aludió a una pelea con el acusado, de la que también informó su sobrino, Claudio Olate Cáceres y el testigo José Barra Vásquez quien dijo que antes de que pelaran trató de sujetar a Roberto Cáceres, pero no finalmente no pudo contenerlo.

Los testigos mencionados, dando razón suficiente, describieron el elemento utilizado por Juan de Dios Cáceres para golpear en la espalda al acusado. Lo singularizaron como un fierro tubular dando sus dimensiones aproximadas y lo reconocieron al serles exhibido en la audiencia. Además lo manipularon, recreando la forma cómo fue tomado y levantado por la víctima para dejarlo caer con fuerza en tres o cuatro oportunidades sobre la espalda del acusado. Dicho elemento al ser apreciado por el tri-

bunal impresionó como claramente demostrativo de sus dichos, por tratarse de un fierro tubular de aproximadamente 60 centímetros de largo, de material sólido y pesado que los testigos pudieron manipular en la audiencia con cierta dificultad.

El Ministerio Público presentó a la perito América González Figueroa, médico legista, quien explicó que examinó el cadáver de Juan de Dios Cáceres Olivares y le practicó una autopsia en la que constató la presencia de una herida cortopunzante tóraco cardiaca que le causó la muerte por taponamiento cardíaco agudo. Señaló que el trayecto del objeto cortopunzante fue de adelante a atrás, de izquierda a derecha y de abajo hacia arriba, con una profundidad intracorporal de 23 centímetros, necesariamente mortal y de tipo homicida. Por último afirmó que no se hubiese podido impedir la muerte aún con socorros médicos oportunos y adecuados.

Conjuntamente y sin objeción de la defensa, la Fiscalía incorporó el protocolo de autopsia, contenido en el auto de apertura como informe pericial, no obstante y sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 329 del Código Procesal Penal, dicho documento careció de relevancia, pues la perito se refirió a su contenido y pudo explicar suficientemente sus conclusiones en su declaración personal.

Algo parecido puede decirse sobre la nula relevancia para el caso de un certificado de defunción de Juan de Dios Cáceres Olivares –hecho no debatido- y que fue incorporado como documento, no explicándose el tribunal para qué se les da entonces a los intervinientes la posibilidad de alcanzar convenciones probatorias en la audiencia de preparación del juicio oral si de todas maneras incurren en este exceso procesal dentro de una lógica impertinente de prueba legal o tasada.

El Ministerio Público presentó, además, a Juan Reyes Gutiérrez y Patricia López Sandoval, funcionarios de la Brigada de Homicidios de la Policía de Investigaciones de Rancagua, quienes explicaron el procedimiento investigativo que desarrollaron en el sitio del suceso el 25 de enero de 2004 a partir de las 2:00 horas de la madrugada, donde efectuaron una inspección ocular que fijaron fotográficamente y levantaron evidencia, entre la que se cuenta el fierro a que aludieron los testigos y que se incorporó como prueba material con su respectiva cadena de custodia.

La Fiscalía incorporó, mediante su lectura, el documento –también ofrecido por la defensa- consistente en una hoja de atención de urgencia del Hospital Regional de Rancagua, que da cuenta que el 25 de enero de 2004, siendo las 23:55 horas, el médico de turno del Servicio de Urgencia, constató que Elías Arturo Cáceres Márquez, presentaba lesiones consistentes en contusión dorsal, contusión antebrazo izquierdo, erosión tórax anterior izquierdo y contusión dedo anular izquierdo, de carácter leve. A esta diligencia también se refirió el Jefe de la Brigada de Homicidio de Rancagua, subcomisario Carlos Illesca Carreño, quien expuso que luego de efectuada la detención del acusado, lo llevaron a dicho centro asistencial donde se le constataron las lesiones.

Igualmente dicho funcionario se refirió, como testigo de oídas, a la declaración que el acusado prestó voluntariamente ante el señor fiscal, donde en lo medular reconoció que el previo incidente con su hermano y que pelearon propinándose golpes de pies y puños, luego se fue donde un vecino, salió y tomó cervezas. Agregó que cerca de las 22 horas se encontró con su hermano que estaba con su primo y otras personas, lo increparon por el incidente anterior y la víctima intentó agredirlo, por lo que huyó hacia un local denominado “La Vindita”, siendo perseguido por la víctima y su hermano, donde lo golpearon con un fierro o palo por lo que se protegió con una caja plástica de bebidas y recogió un cuchillo del suelo con el que le tiró unos cortes a su primo, este cayó al suelo y le dijo a su hermano que lo auxilie, huyendo, luego le pidió a un amigo que le guarde el cuchillo y este se negó. Después lanzó el cuchillo sobre un camión en la vía pública. El intento de entregar el cuchillo a un tercero fue acreditado con la declaración del testigo Manuel Prado Fuenzalida quien dijo que fue a él a quien el acusado intentó entregarle el arma con posterioridad a los hechos pero no se la recibió.

Del mismo modo, el Ministerio Público presentó a Darwin Muñoz Domínguez, Inspector de la Policía de Investigaciones de Rancagua, quien expuso que estuvo presente cuando el señor fiscal tomó declaración a Roberto Cáceres, José Barra y Ana Cáceres y se refirió a lo que dijeron en esa oportunidad.

QUINTO: Que, recapitulando sobre lo expuesto, las declaraciones analizadas en el motivo anterior fueron prestadas por testigos que tomaron conocimiento personal de los hechos de que dieron

cuenta y que, en aspectos centrales de sus relatos, fueron coherentes entre sí, no obstante haber evidenciado algunos de ellos –particularmente Roberto Cáceres Márquez, José Barra Vásquez y Claudio Olate Cáceres- inconsistencias y contradicciones de significación accidental que no les quitaron mérito a sus relatos en lo que refirieron como relevante para el caso, máxime cuando el primero fue presentado por ambos intervinientes, logrando superarse sus contradicciones con el apoyo de declaraciones previas y el testigo de oídas –Darwin Muñoz- que se refirió a sus dichos, permitiendo formar convicción en el tribunal en el sentido de tratarse de puntos que fueron suficientemente aclarados con la prueba rendida y que por sí solos carecían de la entidad necesaria para restarles todo valor a sus declaraciones.

A la prueba referida se adicionan las explicaciones de la perito, América González Figueroa que merecen la credibilidad del tribunal por haber dado en su presencia razón suficiente y circunstanciada de sus dichos. En suma, los deponentes se expresaron de manera circunstanciada y acorde a la evidencia aportada, formando en el tribunal la convicción necesaria para dar por acreditado, más allá de toda duda razonable, que:

El 24 de enero de 2004, cerca de las 22 horas, en circunstancias que Roberto Enrique Cáceres Márquez, se encontraba en la esquina de calle Lircay con Javier Reina de la Población René Schneider de esta ciudad, en compañía de su primo, Juan de Dios Cáceres Olivares, un sobrino de ambos, Claudio Andrés Olate Cáceres y José Manuel Barra Vásquez, llegó al lugar el acusado Elías Arturo Cáceres Márquez, produciéndose una discusión con su hermano que rápidamente derivó en intentos mutuos de agresión física, por lo que José Barra Vásquez intentó sujetar a Roberto Cáceres y Juan Cáceres trató de contener a su primo -el acusado- pero éste lo empujó y cayó al suelo, trenzándose en una pelea con su hermano. Paralelamente Juan Cáceres se reincorporó y premuniéndose de un fierro tubular de aproximadamente 60 centímetros de largo, atacó al acusado por la espalda, propinándole al menos tres golpes que le ocasionaron lesiones consistentes en contusión dorsal, contusión antebrazo izquierdo, erosión tórax anterior izquierdo y contusión dedo anular izquierdo, de carácter leve.

En el mismo instante en que el acusado era atacado por la espalda, reaccionó rápidamente defendiéndose, para lo cual, tomó un cuchillo que portaba y girando su cuerpo a un costado y hacia atrás, le propinó una estocada a su agresor, Juan de Dios Cáceres Olivares, infiriéndole una herida que resultó ser cortopunzante tóraco cardiaca y le causó la muerte.

SEXTO: Que, la defensa alegó a favor del acusado, como teoría del caso, que este actuó en legítima defensa, de la denominada propia del artículo 10 nº 4 del Código Penal.

Al resolver se debe tener presente que, de acuerdo a la disposición legal citada, la eximente invocada procederá siempre que concurran las siguientes circunstancias:

Primera: agresión ilegítima.

Segunda: necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.

Tercera: falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

SEPTIMO: Que, siguiendo el orden establecido en la norma legal, en primer término se debe determinar la existencia de una agresión ilegítima en contra del acusado.

Resultó probado, principalmente por las declaraciones de los testigos presenciales que se han dejado consignadas y la evidencia material aportada, que Juan de Dios Cáceres Olivares utilizó un fierro de una envergadura y características que lo hace un elemento apto para lesionar seriamente a una persona y que fue a buscarlo para agredir al acusado, después que cayó al suelo por el empujón que le dio. Sobre esto último, el señor fiscal cuestionó a los testigos Roberto Cáceres y Claudio Olate, cuando dijeron que Juan Cáceres se dirigió hasta un camión que estaba estacionado a buscar el fierro, pues no lo mencionaron en sus declaraciones anteriores. No obstante, haberlo omitido en la investigación no les resta mérito, pues no se trata que hayan sostenido algo distinto, variando sin explicación sus versiones sobre un punto que se estima no esencial.

En todo caso, suprimiendo la referencia al camión que hicieron los testigos, es innegable que Juan Cáceres obtuvo el fierro de alguna parte, pues no lo tenía cuando intentó retener al acusado y éste lo empujó haciéndolo caer al suelo. Hasta ese instante ningún testigo refirió haber visto el fierro, por lo que es posible concluir que no estaba en el lugar. Entonces, mientras el acusado se preocupaba de su hermano, a quien dirigía toda su atención por las circunstancias de la pelea, Juan Cáceres fue a

buscar el fierro a otro lugar, para lo cual debió retirarse momentáneamente de la escena y no interesa si tuvo que ir hasta un camión o no para conseguirlo. Lo relevante es que los testigos están de acuerdo en que Juan Cáceres regresó por la espalda del acusado y lo golpeó en varias oportunidades con el fierro, siendo claramente demostrativo de sus dichos, la recreación de la agresión que hicieron en estrados con dicho elemento. Por último, hasta ese momento tampoco había aparecido en la escena el cuchillo y eso también es un hecho.

Además, la referida agresión de la víctima, golpeando sin aviso y por la espalda al acusado con un fierro, le causó las lesiones que se constataron al día siguiente -contusión dorsal, contusión antebrazo izquierdo, erosión tórax anterior izquierdo y contusión dedo anular izquierdo- con lo que resultó afectada su integridad corporal. El atentado efectivo a la integridad corporal del acusado quedó suficientemente demostrado, por lo que se trató entonces de una agresión actual.

Asimismo podemos concluir positivamente que Juan Cáceres desplegó una acción real y objetivamente idónea para lesionar al acusado, aún cuando ello no formara parte de su ánimo, asumiendo en el hecho un rol de agresor mediante el ataque directo, inmediato y violento a la integridad corporal del acusado. La intención de la víctima en el análisis de este supuesto, atendidas las circunstancias acreditadas, resulta irrelevante, toda vez que lo exigido legalmente es una agresión que no presupone dolo ni aún culpa, sólo que tenga el carácter de ilegítima, esto es, una amenaza o un ataque a un bien jurídico tutelado. Por otro lado, de acuerdo con la mayoría de la doctrina, la agresión ni siquiera requiere ser típica, pudiendo consistir en cualquier comportamiento antijurídico, aunque no configure un hecho punible.

Sin perjuicio, es decidor del ánimo de lesionar con que obraba la víctima que la reacción del acusado en su contra se produjo mientras lo estaba golpeando con el fierro y que incluso, después de recibir la estocada, lo persiguió unos veinte metros intentando pegarle nuevamente con el mismo fierro que trató de levantar pero no pudo, pues en ese instante cayó desplomado. Esto último guarda coherencia con la evidencia de goteo de sangre en altura y los rastros que quedaron en el sitio del suceso, según explicaron los policías que los fijaron fotográficamente y encontraron el fierro a su lado.

Desde otra perspectiva de análisis, para que el actuar acreditado de la víctima, Juan de Dios Cáceres, pudiera ser considerado una "agresión legítima" contra el acusado y, de paso, descartar el primer requisito de la eximente alegada a favor de éste último, es necesario analizar si concurren los requisitos para haber actuado en legítima defensa de su primo Roberto. A saber, de acuerdo a la prueba rendida podría concederse que en la pelea de éste con el acusado, estaba siendo golpeado, pero definitivamente queda fuera de toda posibilidad el conceder que hubo de parte de Juan Cáceres necesidad racional de emplear el fierro –que apreciamos en la audiencia- para repeler la agresión actual o evitar la inminente. Antes de ello, sí cabía exigirle que, de entre los distintos medios reactivos de que podía echar mano racionalmente para rechazar el ataque a su primo, se sirviera del menos lesivo para el acusado. Ahora bien, puesto que para repelerlo o reducirlo, lo más lógico es que hubiera bastado con un despliegue físico de los presentes para intentar poner fin al incidente si pensamos en que hasta ese instante el acusado no había sacado el cuchillo y, entonces, con ninguna razón valedera contaba Juan Cáceres –quien no había visto el cuchillo ni sabía de su existencia- para optar por buscar el fierro y usarlo contra el acusado.

En cambio es explicable, por ser lógica y natural, la reacción necesaria y casi instintiva del acusado ante los "fierrazos" –como dijeron los testigos- que su primo Juan Cáceres le propinaba. En efecto, tal como pudo demostrarse con los dichos de los testigos presenciales y la perito, el acusado debió girar rápidamente su cuerpo a un costado para responder al ataque de la víctima y que no estaba jurídicamente obligado a soportar, sin defenderse.

Por consiguiente, al haberse establecido la existencia de una agresión ilegítima de Juan de Dios Cáceres al acusado Elías Cáceres Márquez, concurre el primer requisito necesario para la legítima defensa alegada.

OCTAVO: Que, en cuanto a la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, cabe consignar que, de acuerdo con la información aportada por los testigos presenciales, el acusado fue atacado por la espalda por Juan Cáceres quien lo golpeó con un fierro al menos tres veces, siendo factible inferir que el acusado no estuvo en situación de rechazar el vehemente ataque

de su agresor y reaccionó instintivamente propinándole una estocada mortal con el cuchillo que portaba.

Sobre si tuvo necesidad de usar el cuchillo y si era un medio racional para repeler la agresión, lo primero que debemos decir que es que para la eximente, no se trata que el acusado tuviera que huir de la brutal embestida de su atacante, pues, en primer término, aún cuando su desventajosa posición lo hacía aconsejable, las circunstancias de la agresión se lo impedían, toda vez que -como se ha dicho- era actual y por sus demás características acreditadas, sólo cabía repelerla. En dicha situación, el acusado rápida y decididamente se defendió del ataque con lo primero que tuvo a mano –el cuchillo-, debido a que carecía de otra alternativa o, al menos, no se demostró que la tuviera.

Con todo, si de todas formas hubiera podido evitar la agresión por tener espacio y tiempo suficiente para huir del lugar, se comparte para este caso el argumento dado por la defensa en el sentido de que la legítima defensa no es una eximente subsidiaria y, en consecuencia, no se le podría haber obligado a que lo hiciera antes de optar por la respuesta directa, pues lo cierto es que si atendemos al entorno socio cultural al que pertenece el acusado, la huída cobarde y vergonzosa no tiene cabida.

Además, según se ha señalado, el instrumento utilizado por la víctima en contra del acusado, por las características y dimensiones que apreció el tribunal, posee las aptitudes necesarias para herir o lesionar grave y seriamente a alguien. Como contrapartida, el cuchillo que usó el acusado, fue el único elemento del que pudo valerse en ese momento para defenderse, por lo que puede ser considerado un medio racional para repeler la agresión que sufría.

Por otro lado, tampoco tiene que ser un medio proporcional o materialmente equivalente a aquel del que se valió su agresor, pues la exigencia legal debe entenderse cumplida en este caso al haberse podido concluir que la manera concreta en que el acusado procedió a repeler el ataque ilegítimo, fue necesaria, esto es, requerida por las características de la agresión y racional atendidas las posibilidades que tenía.

Finalmente si se pretendiera invocar en contra del acusado el presumible estado de ebriedad en que se encontraba la víctima al momento de la agresión por el nivel de alcohol -2,43 gramos por litro- que se detectó en su sangre al practicarse la autopsia a su cadáver, debemos señalar que, según se pudo demostrar por las declaraciones de Roberto Cáceres y de Carlos Illesca, el acusado también había ingerido alcohol antes de ser atacado, por lo que resulta probable que, siendo ya tarde de noche y atendidas las circunstancias de la agresión, no haya estado en situación de evaluar adecuadamente la incidencia de la embriaguez de su ofensor en sus capacidades lesivas, como tampoco sus propias necesidades de defensa.

Por lo expuesto, es posible concluir que en la especie hubo necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión.

NOVENO: Que, por último, en lo referente a haber precedido provocación suficiente de parte del acusado, de acuerdo a los dichos de los testigos presenciales se debe dar por establecido como un hecho de la causa que el acusado dio un empujón a su primo Juan de Dios Cáceres, haciéndolo a un lado y éste cayó al suelo. Debemos recordar que la víctima tenía una dosificación de alcohol en la sangre que probablemente tuvo incidencia en la caída y en su irracional decisión posterior de ir a buscar un fierro, fuera del escenario de la confrontación para luego propinar al acusado fuertes y repetidos golpes en la espalda, ocasionándole lesiones que fueron constatadas al día siguiente. Por otro lado, de la prueba rendida en el juicio no surge que dicha agresión fuera provocada por el acusado, de manera entonces que el requisito bajo análisis, también concurre en este caso.

DÉCIMO: Que, el señor fiscal sostuvo que el acusado actuó motivado por el ánimo de cometer el crimen, pues antes había manifestado reiteradamente su intención de pelear con su hermano –Roberto Cáceres- y que no logró "sacarse de la cabeza", la discusión que ambos tuvieron cuando el acusado quebró una plancha de volcanita. Agregó que dicho ánimo se habría mantenido firme hasta el segundo enfrentamiento, lo que fue advertido por las personas que le pidieron que se calmara, sin conseguirlo.

No se comparte tal apreciación de un presunto ánimo homicida que habría motivado el actuar del acusado en contra de la víctima.

Desde luego por cuanto, en primer término, toda la línea argumentativa del discurso sostenido principalmente sobre la base de la prueba testimonial, apunta al incidente previo ocurrido entre el acusado y su hermano, como factor desencadenante de los hechos posteriores en los que la víctima no tuvo intervención y ni siquiera aparece mencionada,

sino hasta la segunda confrontación -ocurrida aproximadamente a las 22 horas de ese día- entre los hermanos, por lo que todo lo ocurrido previamente no puede servir como antecedente para demostrar el ánimo que se pretende adjudicar al actuar del acusado en su contra y que, en el mejor desarrollo de las proposiciones fácticas, no logrado para la teoría del caso del Ministerio Público, sólo se manifestaría respecto de Roberto Cáceres en un plano dudoso y meramente especulativo. Tampoco se invocó la existencia de un plan preconcebido de parte del acusado para dar muerte a su primo.

Antes incluso, por las circunstancias en que se produjo el segundo altercado o pelea entre el acusado y su hermano, en la forma que ha quedado establecido, fue posible desestimar que estuviera motivado por la existencia un ánimo homicida en contra de la víctima.

Por otra parte, la prueba de la defensa también aportó información relevante para descartar la existencia de "animus necandi" o dolo homicida en la reacción que tuvo el acusado ante el ataque de la víctima.

En efecto, los testigos Roberto Cáceres, José Barra, Ana Luisa Cáceres y Claudio Olate fueron contestes en que durante todo el tiempo que conocieron al acusado y a la víctima, dieron muestras de mutuo afecto y que el vínculo existente entre ambos, más que de primos era de verdaderos hermanos, lo que apreciaron por cuanto el acusado le prestaba su chaqueta para que se protegiera del frío o le facilitaba su bicicleta para que se movilizara al trabajo. Roberto Cáceres agregó que su primo -la víctima- prácticamente vivía en su casa, nunca tuvieron alguna discusión o altercado entre ellos y que incluso una semana antes de los hechos, su hermano -el acusado- lo defendió de una agresión en la que le pegaron. Entonces, dichos datos no desvirtuados hacen posible dar por acreditadas circunstancias anteriores a la muerte de Juan de Dios Cáceres Olivares y que hasta aquí, en lo que interesa, configuran hechos externos y objetivos que al menos levantan una barrera de duda a favor del acusado que es posible oponer con firmeza al ánimo homicida que se le imputa.

Pero además, fue posible extraer algunas conclusiones para determinar la intención del acusado a partir de circunstancias coetáneas y posteriores a la muerte de la víctima. Es un hecho de la causa, acreditado con los testigos presenciales y las explicaciones de la perito legista, América González Figueroa, que el acusado fue atacado por la espalda por su primo con un fierro de aproximadamente 60 centímetros de largo, en circunstancias que al mismo tiempo tenía enfrente a su hermano, con quien peleaba y por ende, le prestaba su máxima atención. En tan compleja situación, fue que recibió al menos tres golpes o como dijeron los testigos "tres o cuatro fierrazos" en la parte alta de la espalda, por lo que tomó el cuchillo que portaba y girando sobre sí mismo, hacia un costado para enfrentar a su ofensor, le asestó una estocada a la altura de las costillas, causándole una herida mortal que le penetró el corazón y le provocó la muerte. Además, como se ha dicho, el acusado había bebido alcohol, era de noche y peleaba con su hermano, por lo que es altamente probable que, en tal estado, ni siquiera se haya percatado de que la persona que lo acometía y a la cual le propinó la puñalada, era su primo. De lo expuesto es posible concluir que ante el ataque de que fue objeto el acusado por parte de su primo, en las circunstancias acreditadas, reaccionó instantáneamente, tomando el cuchillo que portaba y encajándole una puñalada con un golpe casi a ciegas, sin dirección ni propósito homicida.

Asimismo, las circunstancias en que se produjo la agresión y la reacción del acusado con el cuchillo, al menos oponen una duda razonable a que la idoneidad de dicha arma, a la luz de la gravedad de la lesión producida mediante su empleo y la zona del cuerpo de la víctima hacia la que dirigió el golpe, constituyan, para este caso en particular, circunstancias de tal relevancia que permitan entender por sí solas que actuó con dolo eventual, pues es dudoso que en el seno de la disputa con su hermano -donde no había sacado el cuchillo- el mencionado acusado tomara la decisión de ejecutar voluntariamente la acción en contra de su primo, aceptando su resultado y aún más, se descarta si consideramos que a una falta de determinación o propósito inicial del acusado -que a estas altura parece indiscutible- se pone de por medio en la toma de la decisión, la agresión de que fue objeto.

Por último, la conducta posterior demostrada por el acusado en el lugar de los hechos en orden a que se prestara asistencia médica inmediata a su primo que estaba en el suelo, herido y sangrando, denotan una actitud defensiva que no es propia del ánimo homicida que se le imputa y que, por todo lo razonado, no se logró acreditar.

UNDÉCIMO: Que, al haberse configurado los requisitos de la eximente de responsabilidad criminal alegada por la defensa, como se adelantó en la deliberación, se acogerá su petición de estimar que el acusado actuó en legítima defensa propia y, en consecuencia, será absuelto de los cargos levantados en su contra por la acusación del Ministerio Público, manteniéndose, por ende, intacta e inalterada la presunción de inocencia que le ha beneficiado en la causa.

Atendido lo expuesto, se omite pronunciamiento sobre las demás alegaciones de la defensa por ser innecesario e incompatible con lo resuelto. Por lo mismo, resulta inoficioso analizar y ponderar la prueba que rindió en apoyo de dichas peticiones, esto es, la documental conformada por cinco comprobantes de depósitos judiciales; las declaraciones de los tres testigos de conducta anterior y el informe de la perito asistente social que presentó.

Tampoco incide en el caso, de acuerdo con lo resuelto, el informe presentencial del acusado, introducido como documento por el Ministerio Público.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 48, 295, 296, 297, 340, 342, 344 y 346 del Código Procesal Penal, se declara:

I.- Se absuelve a **ELÍAS ARTURO CÁCERES MÁRQUEZ**, ya individualizado, de la acusación que formulara en su contra el Ministerio Público de esta ciudad como autor del delito de homicidio simple en la persona de Juan de Dios Cáceres Olivares.

II.- Se condena en costas al Ministerio Público. Ofíciese, en su oportunidad, a los organismos que corresponda para comunicar lo resuelto.

Regístrese.

Redactada por el Juez Marcos Kusanovic Antinopai.

No firma el magistrado señor Óscar Castro Allendes, no obstante haber concurrido al juicio y a la deliberación, por encontrarse ausente con permiso de acuerdo al artículo 347 del Código Orgánico de Tribunales.

Rit **20-2.004**

PRONUNCIADA POR LOS JUECES DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE RANCAGUA MARCOS KUSANOVIC ANTINOPAI, MARÍA ISABEL PANTOJA MERINO Y ÓSCAR CASTRO ALLENDES.

Rancagua, treinta de agosto de dos mil cuatro.

Vistos y teniendo presente:

1.- Que atendido que el recurso de nulidad no puede modificar los hechos, inamoviblemente asentados por los jueces del fondo, todo lo que este Tribunal puede revisar es si, sobre la base de esos hechos, se configura o no la eximente de legítima defensa que el Tribunal Oral creyó ver y en virtud de la cual absolvió en su sentencia al acusado. Ese ejercicio de análisis es completamente lícito y cae de lleno dentro de los límites del recurso de nulidad, conforme a lo prevenido en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, de manera que si así se entiende, no puede compartirse el parecer manifestado por la Sra. Defensora en estrados, según el cual el punto en debate está fuera de la competencia del Tribunal por tratarse de una simple apelación encubierta. Ello sería efectivo si se pretendiera variar los hechos o valorar de nuevo la prueba, pero no si sobre la realidad fáctica ya construida, se analiza ahora sólo la concurrencia de una institución de derecho, como es la eximente, según se acaba de razonar.

2.- Que sin perder de vista lo anterior, se tiene que son hechos, establecidos en el motivo quinto de la sentencia recurrida, que Elías Cáceres se trabó en pendencia con su hermano Roberto, que cuando ambos hermanos intentaban acometerse, Juan de Dios Cáceres, primo de los dos, intentó contener a Elías (el imputado), pero éste le dio un empujón lo que ocasionó que cayera al suelo, trenzándose entretanto ambos hermanos en riña. Es también un hecho que Juan Cáceres se reincorporó, buscó un fierro tubular de unos sesenta centímetros de largo y con él golpeó al acusado en la zona dorsal, en el antebrazo izquierdo, en el tórax anterior izquierdo y en el dedo anular izquierdo, causándole contusiones de carácter leve. Es otro hecho establecido por los jueces a quo, que el imputado reaccionó en ese momento tomando un cuchillo que portaba para, girando su cuerpo, propinar al ofendido una estocada tóraco cardiaca de 23 centímetros de profundidad, que le provocó la muerte. Los falladores no aclaran suficientemente si es o no un hecho acreditado que el acusado atacó a su hermano Roberto y que Roberto estaba siendo golpeado por Elías, cuando acude el occiso con el fierro a golpear al imputado, pero lo cierto es que no cabe concluir otra cosa de la lectura del motivo sép-

timo del fallo que se revisa, cuando dicen «podría concederse», de acuerdo a la prueba rendida, que efectivamente Roberto estaba siendo golpeado por Elías. Lo que el fallo descarta, entonces, no es que el acusado estuviera golpeando a su hermano ni que el occiso intentara defender a Roberto deteniendo la pelea, sino que descarta «definitivamente», que el uso del fierro fuera un medio racional para intentar tal defensa.

3.- Que dados los hechos, toca a esta Corte decidir si ellos calzan o no en la descripción de la legítima defensa propia, que exige como requisitos agresión ilegítima de la víctima, necesidad racional del medio empleado para defenderse y falta de provocación suficiente de parte del que se defiende, y en lo que interesa, hay que dejar desde ya en claro que determinar si el uso del fierro (en caso de que se entienda que Juan de Dios defendía a Roberto) era o no un medio racional de defensa, es una cuestión netamente de derecho, porque implica establecer si esos sucesos calzan o no en una descripción jurídica, efectuada por el artículo 10 N° 4 del Código Penal.

4.- Que tomando esta Corte los acontecimientos ya determinados por los jueces del fondo, resulta que la agresión que inicia Juan de Dios Cáceres en contra de Elías Cáceres no es ilegítima, porque responde a una efectiva y racional defensa de su primo Roberto, que era golpeado por Elías. En efecto; los falladores nos dicen en su motivo séptimo que de la prueba rendida «podría concederse» que esto sea así, pero además nos dicen que fue Elías el que llegó al grupo en que ya estaba Roberto, así como el ahora occiso, y nos agregan que cuando se produce la riña entre los hermanos, Juan de Dios trata de separarlos tomando precisamente a Elías, quien lo rechaza y el primero cae al suelo. Luego, es claro que aún si no estuviere acreditado como en verdad sí lo está de la sola lectura del fallo y de los hechos allí asentados, que Elías atacó a su hermano, es en todo caso un hecho indudablemente asentado que los hermanos peleaban y por ende que había una agresión ilegítima de Elías contra Roberto, fuera o no correspondida por otra de Roberto hacia él. Es también un hecho referido en el fallo que la víctima de este caso era primo de los dos hermanos que reñían y es otro hecho que trató de separarlos tomando para ello al actual acusado, pero fue rechazado y enviado al suelo. Luego, no cabe la menor duda de que la actuación de Juan de Dios Cáceres, en estos sucesos, fue la de un tercero que intentó detener la pelea, defendiendo a su primo Roberto, como precisamente estima el Tribunal Oral que podría concederse, vista la prueba de la causa.

5.- Que descartado que el occiso hubiera participado en alguna provocación previa a su primo Elías o que actuara por móviles ilegítimos, porque nada de ello ha sido establecido por el Tribunal Oral, sólo queda examinar si los medios que Juan de Dios Cáceres empleó para defender a su primo Roberto fueron racionales o no. Los falladores estiman que no lo fueron, pero esa estimación no es ya un hecho asentado, sino una calificación jurídica de esos hechos, con la que esta Corte puede legítimamente discrepar y en efecto, discrepa. En primer término porque si el occiso ya había tratado de impedir la pelea mediante el sólo empleo de la fuerza de su cuerpo; esto es, sin armas, tomando a Elías, y había sido rechazado y arrojado al suelo, como la misma sentencia impugnada afirma, queda claro que ese medio fracasó. No se ve cómo, entonces, podía impedir que Roberto siguiera siendo golpeado, sino recurriendo a algún elemento externo, como fue precisamente el fierro que tomó. La cuestión no es tampoco si el fierro en sí era un medio racional para defender a su primo, porque la pregunta sobre los medios de defensa no es equivalente a la pregunta sobre los objetos usados. El medio de defensa, más que con la materialidad del objeto utilizado, tiene que ver con la forma en que esa arma u objeto es empleado. Esto es, qué se hizo con el fierro; qué tipo de golpes, qué cantidad, a qué parte del cuerpo se dirigieron y en qué circunstancias o frente a qué opciones. Los jueces a quo estiman que esos medios no fueron racionales por que se atacó con un objeto peligroso y por la espalda, pero precisamente los sitios corporales que recibieron esos golpes y la entidad de ellos, demuestran que no se trataba de un ataque especialmente grave. De hecho, consta del fallo en estudio que el acusado recibió lesiones sólo leves y ninguna de ellas en la cabeza, que habría sido desde luego el sitio elegido si el atacante hubiera querido dañar seriamente a su primo y no simplemente detener la riña y auxiliar razonablemente a Roberto Cáceres.

6.- Que así, se aprecia que los hechos permiten concluir que frente a la agresión de Elías Cáceres a su hermano -aceptada como hecho por el Tribunal Oral- hubo una reacción de defensa en

favor de Roberto Cáceres por parte de su primo Juan de Dios -aceptada también por el Juzgado, según se dijo- y esa reacción, conforme a la manera en que se desarrolló -de acuerdo también a lo establecido en el fallo recurrido- fue racional y efectuada con los medios que eran necesarios para ello y las razones para concluir esto último estriban en que según el mismo Tribunal a quo deja establecido, había sido ya inútil un intento anterior mediante el sólo uso de la propia fuerza corporal y en que también según lo que consta como hechos establecidos en el fallo, el objeto empleado para intentar esa defensa, por parte de Juan de Dios Cáceres, fue usado, en primer término, sin golpear con él zonas vitales (pudiendo hacerlo, sin duda, porque la misma sentencia dice que el ahora occiso estaba sobre la espalda del acusado y por ende es claro que pudo golpearlo en la cabeza y con toda la fuerza con que hubiera querido emplear) y, en segundo término, sin aplicar fuerza desmesurada, desde que sólo se causaron lesiones leves a Elías Cáceres.

7.- Que de la enunciación de los hechos que el Tribunal Oral dio por ciertos y del análisis de esos hechos para asignarles una valoración jurídica entonces, tarea esta última propia de esta Corte en el recurso de nulidad, resulta que Juan de Dios Cáceres no agredía ilegítimamente a su primo Elías, sino que lo hacía en legítima defensa de su también primo Roberto Cáceres y, si esto es así, la reacción del acusado -ella sí a todo evento desproporcionada e irracional- no puede ser calificada como un acto jurídicamente justificado, pues como el recurrente señalara, no hay legítima defensa contra legítima defensa. Y no puede haberla, desde luego, porque falla el requisito primero del artículo 10 N° 4 del Código Penal; esto es, porque en ese caso, como ya se dijo, la agresión de la que supuestamente se defendía el acusado, no era ilegítima.

8.- Que por consiguiente, sobre la misma realidad fáctica establecida por los jueces del fondo, esta Corte concluye que no se configura la eximente de legítima defensa invocada por la defensa y aceptada por el Tribunal Oral de Rancagua, que ha considerado entonces, erróneamente, que los hechos que describe en su sentencia, calzan en la hipótesis del artículo 10 N° 4 del Código Penal, de modo que su conclusión jurídica es en concepto de esta Corte equivocada, y esa errada aplicación del derecho ha influido sin duda alguna en lo dispositivo del fallo, pues fue justamente esa eximente de defensa propia la que motivó la absolución que se consigna en lo resolutivo, lo que a mayor abundamiento manifiesta en forma expresa el motivo undécimo. Luego, se ha configurado la causal de nulidad contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, debiendo en consecuencia anularse no sólo el fallo sino el juicio en que éste se sustentó.

9.- Que acogida la primera de las causales de nulidad alegadas, es innecesario hacerse cargo de las otras, según expresamente lo dispone el artículo 384 inciso segundo del Código Procesal Penal.

Y visto además lo dispuesto por los artículos 373 letra b), 376, 384 y 386 del Código Procesal Penal, **se acoge** el recurso intentado por la Fiscalía a fojas 12 y **se anula** en consecuencia la sentencia de veintiocho de julio pasado escrita de fs. 1 a 11 vta. de estas copias, así como el juicio oral en que ella recayó, retrotrayéndose la causa al estado de celebrarse una nueva audiencia de juicio oral, ante el Tribunal no inhabilitado que corresponda.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Sr. Mera.
Rol 77-2004.-

- **Rechaza recurso de apelación presentado por el Ministerio Público contra el sobreseimiento definitivo decretado por el Juez de Garantía.**[4]

Tribunal: Corte de Apelaciones de Punta Arenas.

Resumen:

El Juez de Garantía decretó el sobreseimiento definitivo de la causa por no haber corregido el Ministerio Público, dentro del plazo establecido, un vicio formal en la acusación. La Fiscalía apeló, sosteniendo que esa exigencia representaba una intromisión en su facultad de ejercer la acción penal. La Corte rechazó el recurso señalando que si bien el ejercicio de la acción penal le corresponde al Ministerio Público, es deber del Juez de Garantía velar por la corrección del procedimiento. Solicitar en la acusación una pena equivocada puede significar posibles nulidades o cuestiones de competencia, por lo cual era deber del Ministerio Público subsanar el error formal que el Juez de Garantía le representó.

Texto completo:

Punta Arenas, treinta y uno de agosto de dos mil cuatro.

Visto y considerando:

1°.- Que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 75 de la Constitución Política de la República, la facultad de conocer de las causas criminales pertenece a los tribunales establecido por la ley, cuyos jueces la resolverán, aplicando, en su caso, las penas que establecen las leyes de este carácter, teniendo presente para determinarla, ya los aumentos, ya las reducciones de las sanciones primitivamente establecidas que las mismas disposiciones le obligan o permiten, y los hechos constitutivos de circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal que allí se disponen;

2°.- Que al Ministerio Público corresponde ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley, estándole vedado ejercer funciones jurisdiccionales según lo ordenado en el artículo 80 A de la misma Carta Fundamental y su Ley Orgánica;

3°.- Que sin embargo, no obstante esta clara distinción de funciones o jurisdicción, el Código Procesal Penal permite al Fiscal que representa a dicho Ministerio pedir o requerir del tribunal penal a aplicarse al imputado, ya en el procedimiento monitorio (art. 392) ya procedimiento simplificado (art. 388), ya en el procedimiento abreviado (art. 406) y en el juicio oral (letra g) del artículo 259), cuyo caso es el de autos;

4°.- Que en consecuencia estas peticiones o requerimientos -que en ciertos casos puede hacerla el querellante particular- no miran al fondo del asunto, toda vez que será en definitiva el tribunal el que resolverá la pena a aplicar en los términos señalados en el primer considerando de este fallo. Sin embargo estas solicitudes tienen importancia de carácter procesal para determinar el procedimiento a seguir y hasta el tribunal ante el cual se seguirá la contienda;

5°.- Que el artículo 14 letra g) del Código Orgánico de Tribunales dispone que corresponde a los Jueces de Garantía conocer y resolver, además de las señaladas en las letras anteriores, todas las cuestiones y asuntos que este código y la ley procesal penal les encomiende, encontrándose entre estas últimas a juicio de estos sentenciadores, las señaladas en el artículo 270 del Código Procesal Penal, en cuanto le ordena velar por la corrección del procedimiento. En efecto señala la referida disposición que el magistrado, cuando considerare la

[4] Esta sentencia corresponde al informe en derecho elaborado por el profesor don Raúl Tavolari publicado en la sección **Artículos** bajo el título de "Informe en Derecho: De la improcedencia de ordenar la modificación de la pena solicitada en la acusación del Ministerio Público, por la vía de la corrección de vicios formales (pág. 167)".

acusación fiscal, la del querellante o la demanda civil adolecen de vicios formales, ordenará que sean subsanados o si no fuera esto posible en la audiencia, la suspenderá por el período necesario, ***para la corrección del procedimiento.***

Ahora bien cabe examinar cuando alguna de estas piezas jurídicas "***adolecen"***, de vicios formales que corresponda al Juez de Garantía examinar con ese determinado objetivo, y al respecto, consultando el Diccionario de la Lengua Española sobre el significado de dicha expresión verbal se lee, como segunda acepción, adolecer con la prep.. *"de"* , como ocurre en la especie, significa *tener o padecer de algún defecto,* de manera que no basta con que en la acusación, se haya cumplido con indicar todos los elementos que exige el artículo 259, como lo señala el Ministerio Público, si éstos tienen o padecen de algún defecto de aquellos que pueden producir un efecto que altere la corrección del procedimiento;

6°.- Que como se ha expresado el legislador permite al Ministerio Público solicitar o requerir una pena, que como también se dijo, no resulte vinculante para el tribunal que resolverá sobre esta. Ahora si éste sugiere una pena equivocada, ya sea porque no es la que determina para el ilícito el Código Penal, ya porque, excediéndose de sus funciones no jurisdiccionales, se procede hacer rebajas o aumentos de las penas que ley obliga o permite sólo a los jueces sentenciadores, como ocurre en el artículo 1° de la ley N° 19.366, sobre tráfico de estupefacientes, cuando se trata de drogas o sustancias que no produzcan dependencia física o psíquica (ej.: marihuana); o se permite calificar y cuantificar las circunstancias modificatorias de responsabilidad haciendo una apreciación de los hecho que las constituyen según su criterio y aún más podría para estos efectos, con este argumento, considerar como muy calificada una circunstancia aminorante, corresponde al Juez de Garantía, en virtud de la competencia que le confiere el artículo 270 del Código Procesal Penal, tomar las medidas que la disposición le señala para que se subsanen con el objeto de velar por el procedimiento correcto, evitando así, entre otras consecuencias posibles nulidades o contiendas de competencias entre tribunales, como podría haber ocurrido en la especie si no se hubiera exigido, como lo solicitó la defensa del imputado, el saneamiento del vicio (solicitud de una pena superior a la que normalmente corresponde) y el Tribunal Oral estimare que corresponde seguir el procedimiento según las normas establecidas en el artículo 388, para los juicios simplificados, ante el mismo Juez de Garantía;

7°.- Que como la ha resuelto, ya reiteradamente este mismo tribunal, si bien el Ministerio Público tiene la facultad exclusiva y excluyente para ejercer la acción penal, dicho ejercicio debe efectuarse dentro del marco legal que regula la actividad de cada uno de los intervinientes, de manera que no puede hacerse abstracción del claro tenor de las disposiciones ya citadas;

8°.- Que el sobreseimiento definitivo de la causa dictado en autos es la consecuencia legal, establecida en el mismo artículo 270 del Código Procesal Penal, toda vez que el Ministerio Público no subsanó, correspondiéndole, el vicio que el juez le representó;

Y, vistos además lo dispuesto el los artículos 364 y siguientes del Código Procesal Penal, se confirma la resolución apelada de seis de agosto de este año, dictada en audiencia de preparación de juicio oral por el magistrado don Raúl Martínez Henríquez en esta causa RUC 0400035191-7 RIT 215/2004.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro señor Faúndez

Rol 105-2004 (R.P.P.)

- **Acoge recurso de apelación del Ministerio Público dejando sin efecto el sobreseimiento decretado por el Tribunal de Garantía.**[5]

Tribunal: Corte de Apelaciones de Concepción.

Resumen:

El Juez de Garantía, aplicando el artículo 10 del Código Procesal Penal, dispuso la suspensión del procedimiento, sobreseyendo temporalmente con posterioridad, por padecer el imputado de una enfermedad terminal. La Fiscalía apeló sosteniendo que el Juez hizo un uso indebido de la facultad contenida en el artículo citado. La Corte acogió el recurso, señalando que la correcta interpretación de la norma en cuestión, concede al Juez la facultad de suspender el procedimiento en caso de encontrarse el imputado privado de razón de tal manera que esté impedido de defenderse adecuadamente por carecer de las facultades mentales necesarias para recordar y relacionar hechos.

Texto completo:

Concepción, trece de septiembre de dos mil cuatro.

Visto y oído:

1.- Que en los autos rol único 0400037688-k, RIT 401-2004 del Juzgado de Garantía de Concepción, el 20 de agosto de 2004, la Juez de Garantía señorita Yolanda Méndez Mardones, aplicando lo dispuesto en el artículo 10 del Código Procesal Penal, dispuso la suspensión del procedimiento seguido en contra de José Arturo Burgos Echeverría y, posteriormente, sobreseyó temporalmente la causa por padecer el imputado de «Linfoma de Hoodking» en grado terminal, enfermedad que lo tiene postrado en el Hospital del Penal, en Concepción;

2.- Que el señor Fiscal ha apelado de esa resolución, sosteniendo que el Tribunal de Garantía ha hecho un uso indebido de las facultades que le otorga la norma legal citada;

3.- Que, como se puede apreciar, en definitiva el problema a resolver es determinar el verdadero alcance del referido artículo 10, que puede ser entendido en dos sentidos: que faculta al tribunal para suspender el procedimiento y sobreseer, cada vez que el imputado, por cualquier motivo, ve perturbado su derecho a defenderse, que es la opinión de la Juez de Garantía, la que estimó como razón suficiente la enfermedad grave que le afecta. Frente a esta posición está la del Ministerio Público, que da a la norma un alcance más restringido, según el cual el artículo 10 sólo tiene aplicación en el caso en que el imputado se encuentre privado de razón o, por lo menos, cuando está con sus facultades mentales notoriamente disminuidas, que lo incapacitan para recordar y relacionar hechos, con lo queda impedido para defenderse adecuadamente.

Esta Corte comparte esta última interpretación, por cuanto la disposición en comento tuvo su origen en el Senado, durante el estudio de las medidas de seguridad que pueden aplicarse a los enajenados mentales. «En esa oportunidad se trajo a colación el caso de aquellas personas que, con posterioridad al hecho que se investiga vean debilitadas de tal manera sus aptitudes que, si bien pudiera ser dudoso que queden comprendidas dentro del concepto normativo de «enajenado mental», no se presenten en cambio mayores vacilaciones para concluir que no pueden acogerse en plenitud a la garantía de un racional y justo procedimiento que les asegura la Constitución Política ni las garantías judiciales que explicita en mayor medida la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en particular, los que configuran el derecho de defensa (Emilio Pfeffer Urquiaga: Código Procesal Penal, anotado y concordado, Editorial Jurídica de Chile, página 28).

Además, la interpretación amplia de la disposición, puede conducir a situaciones no desea-

---

[5] Esta resolución dio origen al Oficio F.N. N° 457, el cual se publica en la sección pertinente de este Boletín (pág. 240).

das, en que se busque eludir el fallo de la justicia, invocando enfermedades que no alteran la capacidad intelectual del imputado. El hecho de que una persona sufra una enfermedad, aunque sea muy grave, no es razón para que quede al margen de la ley y de la justicia.

Por lo demás, si durante el desarrollo del proceso el imputado llega a sufrir algún tipo de perturbación mental, podrá acogerse a la garantía del artículo 10 del Código Procesal Penal;

4.- Que, en el caso sub lite, es un hecho no discutido que el imputado sufre una enfermedad grave que no altera su capacidad intelectual, por lo que no se encuentra en el caso de que trata el artículo 10 del Código Procesal Penal.

Por las anteriores consideraciones y lo dispuesto en el artículo 10 del Código Procesal Penal, se revoca la resolución de veinte de agosto de dos mil cuatro, escrita a fs. 79, y se declara que se deja sin efecto la suspensión del procedimiento y el sobreseimiento temporal dispuesto por el Tribunal a quo, debiendo continuar la tramitación de esta causa hasta dictar la sentencia definitiva.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del abogado René Ramos Pazos.

No firma el Sr. Ramos, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por estar enfermo.

Rol 391-2004 R.P.P.

CORTE SUPREMA

- **Rechaza recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público basado en una errónea aplicación del derecho.**

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

El Juez de Garantía dictó sentencia absolutoria en contra del imputado por estimar que su actuar configuraba una falta en grado de frustrada. El Ministerio Público interpuso un recurso de nulidad en virtud de la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, siendo competente para conocer la Corte Suprema al existir jurisprudencia contradictoria entre Cortes de Apelaciones. La Corte Suprema rechazó el recurso al estimar que las especies sustraídas no salieron de la esfera de resguardo de su dueño, por cuanto si bien el imputado traspasó las cajas registradoras, no alcanzó a comportarse como señor y dueño por haber sido retenido por el guardia de seguridad antes de salir de la tienda.

Texto completo:

Santiago, diecisiete de junio de dos mil cuatro.

Vistos y oído:

Se ha seguido esta causa RUC 0400074066-2, RIT 1275-2004 ante el Juez de Garantía don Rodrigo Cortés Gutiérrez de la ciudad de Viña del Mar en procedimiento simplificado en contra de Ramón Jerónimo Díaz Vergara, absolviéndolo de todo cargo, mediante sentencia de fecha quince de abril de presente año, que se lee a fojas 1 de estos antecedentes, al calificar su conducta como falta frustrada. De fojas 4 a 6 rola el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal adjunto del Ministerio Público don Matías Germán Moya Lehuedé, y de fojas 19 a 23 rola la adhesión de Easy S.A. el que se tuvo por adherido por resolución de fojas 26. A fojas 27 se dispuso la vista de la causa para el día 24 de mayo del año en curso. A fojas 35 se designó Ministro de Fe a doña Adelita Ravanales Arriagada. La vista del recurso se llevó a cabo el día indicado alegando por el recurso el abogado Sr. Xavier Armendáriz y el abogado Sr. Bernardo Cataldo en representación de la víctima y en contra del recurso lo hizo el abogado señor Andrés Rieutord por la Defensoría Penal Pública. Concluida la vista se citó para la lectura del fallo a la audiencia del 17 de junio del presente año según consta de fojas 36 de estos antecedentes.

Considerando:

PRIMERO.- Que el recurso de nulidad entablado por el Ministerio Público esgrime como causal la señalada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, que en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiera influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ello en relación al artículo 376 inciso 3º del mismo texto, que le da competencia a este Tribunal para conocer del recurso al haber sentencia con interpretaciones contrapuestas, en este caso de la Corte de Apelaciones de Valparaíso y de Valdivia.

SEGUNDO.- Que denuncia como infringidos los artículos 7, 432 y 494 Nº 2 del Código Penal al considerar la sentencia recurrida que el hurto falta materia de la causa se encontraba frustrado y no consumado. Sostiene que el elemento apropiación determina si el delito se encuentra o no consumado, asevera que si un individuo esconde una cosa mueble en sus vestimentas o en su equipaje con ese solo acto lo extrae de la esfera de custodia de la víctima, más aún si traspasa las cajas registradoras y sale del local, como lo reconoce en los hechos que ha aceptado el imputado. Tal conducta debió haberse estimado como consumada y en consecuencia debió haberse condenado. Finaliza el

recurso solicitando anular el juicio y la sentencia impugnada, determinando el estado del procedimiento en que debe quedar y el Tribunal no inhabilitado que deba conocer del nuevo juicio.

TERCERO.- Que se ha adherido al recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, la víctima en esta causa, Easy S.A., en conformidad a los artículos 12, 108, 109 y 382 del Código Procesal Penal. Expresa en su libelo que la manifestación de voluntad se da en los supermercados y en toda tienda de autoservicio por la inmediatez del cliente con la mercadería, al haber un contacto directo, cliente-mercadería, bajo la confianza que la mayoría adquirirá productos y los pagará. Agrega que por ende, quien oculta especies entre sus ropas, junto con ser principio de ejecución, constituye la manifestación deliberada del ánimo de apropiarse de la manera de clandestinidad que el tipo penal conlleva. En consecuencia, agregar elementos de temporalidad o de distancia es excesivo, ya que la conducta de autor no va a variar, ni antes ni después de salir del establecimiento de comercio ya que el delito se había consumado previamente, toda vez que el imputado reconoció el delito de hurto falta. Concluye solicitando se anule la sentencia y el juicio y se disponga que un tribunal no inhabilitado deba conocer del nuevo juicio.

CUARTO.- Que tanto el recurso del Ministerio Público, como el libelo de adhesión de la víctima centran sus argumentos en la idea de la apropiación, en la intención del imputado de hacer suya la especie y el ánimo de lucro de su conducta, lo que conduciría a que el delito materia de estos antecedentes, se encontraría consumado.

QUINTO.- Que la cuestión a dilucidar es determinar si la conducta del imputado se consumó o sólo llegó a una etapa de frustración puesto que de su solución va a depender su absolución o condena. En efecto, el legislador, para los efectos de sancionar un delito considera diversas etapas en su desarrollo. Así es como el artículo 7º del Código Penal ha definido lo que se entiende como frustración en su inciso 2 al decir que hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad. Es conocido el hecho que en cuanto al delito consumado, la ley no ha dado definición alguna y tan sólo en el inciso primero del artículo 7 dice que es punible y en el final del artículo 50 del mismo Código señala que siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al consumado.

SEXTO.- Que de lo dicho tendrá que convenirse que la consumación es la etapa superior del iter criminis ya que ella se produce cuando la acción típica corresponde al resultado esperado. Además, aunque el delito de hurto es fácilmente distinguible de otros y es uno de los de más frecuente ejecución, sin embargo siempre ha sido difícil poder determinar en qué momento se produce la consumación. Así, mucho se ha discutido sobre este punto. Mientras algunos sostienen que la consumación se produce con sólo tocar la cosa, teoría ya prácticamente superada, otros sostienen que ello se produce cuando se logra trasladar la cosa de un lugar a otro distinto y algunos dicen que la consumación sólo se produce cuando los hechores han logrado trasladar la especie al lugar específico donde pensaban utilizarla. Por último los últimos dicen que sólo se consuma el hurto cuando se ha logrado sacar la especie de la esfera de cuidado, de custodia, de vigilancia del propietario.

SÉPTIMO.- Que, como sostiene Garrido Montt, hoy día ninguna de estas visiones es satisfactoria por ser formalistas y no estar de acuerdo con su naturaleza. El hurto es la apropiación de una cosa arrogándose las condiciones inherentes al dominio y en especial de la de disposición. Por ello el delito sólo podrá estimarse consumado cuando el delincuente se encuentra en la posibilidad de ejercer esta facultad, cuando logra estar en condiciones de disponer de la cosa ajena siquiera por un instante (Garrido Montt, Derecho Penal, Parte especial, Tomo IV, página 166).

OCTAVO.- Que en la especie la sentencia recurrida ha fijado como hecho de la causa que el 27 de febrero siendo aproximadamente las 21.20 horas en el interior del supermercado Easy ubicado en Avenida Uno Norte Nº 2901 Viña del Mar, ocultó dentro de sus vestimentas un limpia cd, un cortador de vidrio y un cuchillo cartonero especies avaluadas en la suma de $4.770, para luego traspasar las cajas registradoras sin cancelar su valor comercial y salir de dicho local, momento en que fue sorprendido por el guardia de seguridad de dicho establecimiento Octavio Salvo Ordenes, quien lo retuvo y entregó a Carabineros.

NOVENO.- Que tanto el recurso del Ministerio Público como el libelo de adhesión de la víctima insisten que la acción de apropiación se produjo fuera de la esfera de resguardo de la víctima, toda

vez que en un supermercado, la manifestación de voluntad de autor de hurto se manifiesta por la inmediatez del cliente con la mercadería en el recinto, que en este caso, al haber ocultado la especie entre sus ropas hubo un principio de ejecución y un ánimo de apropiarse de la especie. Tales afirmaciones no se condicen precisamente en este tipo de comercio, en que sólo se adquiere legítimamente el producto una vez que se cancela al traspasar las cajas registradoras, pues es posible que un sujeto guarde la especie en su bolsillo, pero al traspasar las cajas cancela su importe, es decir, dentro del recinto donde se expone la mercadería no es posible presumir que se pueda consumar una apropiación, al no darse los presupuestos del delito consumado, que como se ha dicho, en este tipo de delitos son para el hechor comportarse como propietario de la especie y para la víctima que haya salido de su esfera de resguardo.

DÉCIMO.- Que la infracción se produce al traspasar las cajas registradoras sin cancelar el valor de la especie, en consecuencia, hasta antes de ese momento sólo había una mera tenencia de la especie y no una posesión como señor y dueño, la que en el caso sublite, fue interrumpida por el guardia de seguridad que impidió se perfeccionara el ilícito al ver que el imputado traspasaba las cajas sin cancelar su valor, es decir, con su intervención frustró el delito, no dando pábulo al delincuente para actuar como señor y dueño.

UNDÉCIMO.- Que por las consideraciones anteriores, la sentencia en contra de la cual se recurre se ha dictado de conformidad a la ley, por lo que no existe error de derecho susceptible de ser atacado por este recurso de nulidad.

Y visto las disposiciones legales citadas y además a lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 376 inciso 3º, 384 y 399 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público y la adhesión a dicho recurso interpuesto por la defensa de la víctima Easy S.A. en contra de la sentencia del Juez de Garantía de Viña del Mar de fecha quince de abril del presente año que se lee a fojas 1 de estos antecedentes, la que no es nula.

Redacción del Ministro don Alberto Chaigneau del Campo.

Regístrese y devuélvase.

Rol 1630-04.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Enrique Cury U., Milton Juica A., Nibaldo Segura P. y Jaime Rodríguez E.. No firman los Ministros Sr. Juica y Sr. Segura, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios y permiso, respectivamente. Autoriza la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Marcela Paz Urrutia Cornejo.

- **Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la Defensa por la presunta vulneración de garantías constitucionales.**

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

La Defensa interpuso un recurso de nulidad en contra de la sentencia condenatoria dictada contra sus representados fundado en las causales de los artículos 373 letra a) y 374 letra e) del Código Procesal Penal. La Corte rechazó el recurso señalando que el principio de inocencia acompaña a los imputados mientras el Estado no logre acreditar su responsabilidad penal, responsabilidad que en el juicio impugnado se demostró. Respecto de la supuesta vulneración de la garantía del debido proceso por haber estimado como presunción grave la droga encontrada en poder de uno de los acusados, aclaró que la prueba de presunciones, en virtud de la libertad probatoria, es una prueba plenamente válida. Finalmente, y en cuanto a la segunda causal invocada, sostuvo que la sentencia recurrida cumplió con todos los requisitos formales que la ley exige, no siéndole posible a la Corte pronunciarse respecto de la convicción adquirida por los jueces de la libre valoración de la prueba efectuada.

Texto completo:

Santiago, a trece de julio de dos mil cuatro.

VISTOS:

En los antecedentes rol único 0200067927-8 e interno del tribunal 18-2004, se registra la sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Curicó el catorce de mayo de dos mil cuatro, que condenó a los imputados Gilberto José Sánchez Albornoz y Lidia Rosa Sánchez Albornoz, a sufrir, el primero de ellos, la pena de diez años de presidio mayor en su grado mínimo y una multa de cuatrocientas unidades tributarias mensuales con sus correspondientes accesorias, como autor del delito de tráfico ilícito de cannabis sativa, cometido el quince de octubre de dos mil tres en Santiago y dos sanciones de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio cada una más sus accesorias, como autor de tenencia ilegal de arma de fuego y receptación de la misma, perpetrados en el mismo día y lugar del anterior; y la segunda, a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo con sus accesorias y multa de cien unidades tributarias mensuales, como cómplice del delito de tráfico ya reseñado, siendo ambos condenados al pago de las costas de la causa, sin otorgárseles ninguno de los beneficios de la ley 18.216 y se decretó el comiso de las especies individualizadas a fs. 30.

En contra de esta sentencia, don Eduardo Antonio Cornejo González, en representación de los sentenciados antes aludidos y en su calidad de abogado defensor penal privado interpuso recurso de nulidad fundamentándolo, en primer término en la causal contemplada en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal pues afirma que dicho fallo vulneró sustancialmente el principio de inocencia que le asiste a los imputados, reconocido en los tratados internacionales ratificados por Chile y en actual vigencia. En segundo lugar, se sustenta este arbitrio en el motivo absoluto de nulidad consistente en la garantía general del procedimiento referente a que la sentencia debe basarse en un proceso previo y legalmente tramitado, en relación con lo prevenido en el artículo 19, Nº 3º, inciso 5º, de la Constitución Política de la República.

A continuación expone que el fallo recurrido incurre en la causal de nulidad contenida en la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, la cual preceptúa que son motivos absolutos de nulidad cuando en la sentencia se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e) de dicha compilación. Se pide, acogido cualquiera de los motivos de nulidad, la invalidación del juicio oral y su fallo consiguiente. Concedido el ex-

presado recurso, luego que la Sala Penal lo estimara admisible, se ordenó la vista para el día veintitrés de junio recién pasado y verificada ésta, se dispuso la lectura del recurso para el día trece de julio en curso, según el acta que se agregó a fojas 57.

C O N S I D E R A N D O:

PRIMERO: Que la primera causal de nulidad que se esgrime es la señalada en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, atribuyéndole a la sentencia impugnada infracción sustancial de derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y en actual vigor. Se concreta el defecto en la vulneración del principio de inocencia que se contempla en los artículos 8º, Nº 2º, de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14, Nº 2º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que consagran el aludido principio, asegurando a toda persona imputada de un delito que se le presuma su inocencia mientras no se pruebe legalmente su culpabilidad, lo cual es un estado jurídico, debido a que el encartado debe ser tratado durante todo el juicio como inocente y sólo pierde esta condición con una sentencia condenatoria obtenida en una contienda que respete todas las garantías del debido proceso, derivándose de ello, como primer corolario, que la carga de la prueba corresponde al Estado, de tal modo que si no logra satisfacer un estándar probatorio impuesto por la ley procesal penal, la consecuencia necesaria del incumplimiento del cargo es la absolución del imputado y éste por ende no tiene la carga de probar su inocencia, de lo cual se deriva el segundo resultado de este derecho, como es que el imputado durante el proceso no tiene obligación alguna de probar su inculpabilidad.

SEGUNDO: Que el recurso afirma no haberse respetado por la sentencia impugnada dicho estado de inocencia, por cuanto asevera que ella se fundamentó, para condenar a los imputados, en el sólo hecho de haberse encontrado en el domicilio allanado tal cantidad de droga, como lo refiere el motivo séptimo, sin tomar en cuenta las declaraciones de Gilberto Sánchez, las cuales desestimó por carecer de veracidad. Lo anterior también es aplicable respecto de la condenada Lidia Sánchez, debido a que no se acompañó al proceso la prueba de campo realizada a la droga por la policía en los restos encontrados en la procesadora de alimentos marca Moulinex, la que no es conocida por su parte y por lo tanto no puede utilizarse como medio de convicción, añade que tampoco pueden servir al efecto los dichos de los funcionarios policiales en el sentido que la procesadora tenía un fuerte olor a cannabis sativa porque de esta manera se ha invertido la carga de la prueba, obligando a los acusados a rendir probanzas de descargo en aras a explicar ciertos hechos o circunstancias que se les reprochan. Señala que pese a no tener dicha obligación, Lidia Sánchez aclaró que ella entregó un bolso con un computador y el tribunal le exigió prueba sobre dicha cuestión, no obstante que atendido el principio de inocencia que los beneficia, tanto ella como Gilberto Sánchez pueden mantener una actitud pasiva en la secuela del juicio, sin que sea lícito interpretarse como una conducta susceptible de producir convicción en los sentenciadores acerca de la culpabilidad ni la falta de ésta; lo cual resulta suficiente, en su concepto, para tener por conculcada de manera sustancial la garantía de la presunción de inocencia, lo que acarrea la anulación del presente juicio, debido a que la omisión en la rendición de prueba de descargo fue tomada por los sentenciadores como un hecho positivo para formar su convencimiento, sin que exista una persona que haya acreditado la comercialización, venta, explotación y/o tráfico en cualquiera de sus formas, ni se demostró, más allá de toda duda razonable, que sus representados eran los culpables de los hechos que les fueron imputados, ya que el tribunal sólo consideró que la teoría del caso planteada por el ministerio público es la que mejor se ajusta a la realidad, tal como lo escrituraron en el basamento undécimo de la sentencia recurrida, quebrantando lo estatuido en el artículo 340 del Código Procesal Penal.

TERCERO: Que esta Corte no puede sino coincidir con lo expresado por la defensa de los acusados en cuanto a la importancia, para la legitimidad del enjuiciamiento, que se respete el principio de inocencia que los pactos Internacionales citados en el considerando primero aseguran al imputado de un delito y por ende su contravención, sea en la tramitación del juicio, como en el pronunciamiento de la sentencia, dará lugar a la nulidad que regula la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal. Sin embargo, también es de rigor dejar en claro que este estado de inocencia pierde su eficacia en la medida que en el pleito mismo se produzcan por el órgano acusador probanzas ten-

dientes a comprobar legalmente la culpabilidad del encausado y, por supuesto, siempre que se relacione directamente sobre los hechos de la imputación, lo que importa la verificación fehaciente de la conducta ilícita atribuida a los imputados. Por ello es necesario que la sentencia condenatoria, como lo exige el artículo 340 de la compilación aludida, debe ser el fruto de la convicción del tribunal, sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral que conduzca a los jueces a la certeza, más allá de toda duda razonable, que en estos hechos ilícitos le ha correspondido a los acusados una participación culpable y penada por la ley. En este orden de ideas, es la prueba legalmente obtenida, explicada racionalmente y sometida a la pertinente contradicción, la que permitirá destruir la inocencia que durante todo el litigio acompañó a los enjuiciados.

CUARTO: Que explicado el derecho esencial de inocencia que ha favorecido en su enjuiciamiento a los acusados, será menester determinar si efectivamente la sentencia recurrida violentó dicha garantía constitucional al condenar a aquéllos. Al respecto, es necesario examinar la existencia y consistencia de la prueba que le sirvió para inclinarse por esa opción. La mencionada resolución, dice, en su motivación quinta, que adquirió la convicción más allá de toda duda razonable que funcionarios de investigaciones, Brigada Antinarcóticos de Talca, al enterarse que Abraham Retamal Molina distribuía droga en la ciudad de Curicó, interceptaron contactos telefónicos de éste, antecedentes que les permitió tomar conocimiento que en el mes de octubre de dos mil tres, Gilberto José Sánchez Albornoz ocultaba sustancias ilícitas en un departamento ubicado en calle Alsino número cinco mil setecientos noventa y nueve, Block B de la Comuna de Quinta Normal, al que llegaba habitualmente desde Valparaíso, desplazándose en el automóvil marca Volkswagen, modelo Bora, color gris, placa patente VZ 3479-7. Es así como el quince de octubre de dos mil tres, la Policía de Investigaciones realizó un operativo en el lugar y en los momentos en que el acusado Gilberto José Sánchez Albornoz llegó al domicilio, sin que éste haya opuesto resistencia, proceden al registro del inmueble, deteniéndolo al encontrar allí treinta y ocho mil cuatrocientos noventa y seis gramos de cannabis sativa tipo paraguaya prensada en un dormitorio y un mil quinientos noventa y tres gramos en el entretecho de la vivienda, además de otras evidencias que indicaban que dicha sustancia estaba destinada al tráfico. Con posterioridad al hallazgo, la Policía se constituyó en el domicilio de Lidia Rosa Sánchez Albornoz, ubicado en calle Larraín Alcalde, Playa Ancha, Valparaíso, encontrando en él, entre otras especies, una procesadora de alimentos marca Moulinex que en concepto de los funcionarios policiales tenía en su interior pequeños restos de cannabis sativa con un fuerte olor a la misma. Se hizo presente por parte de los sentenciadores que para llegar a tales determinaciones fácticas, ponderaron los de prueba reunidos durante la audiencia y que corresponden a los testimonios de cuatro funcionarios de la Policía de Investigaciones, dos peritos del departamento de apoyo electrónico de la misma institución, un perito químico farmacéutico del Servicio de Salud del Maule, además de la evidencia material rendida en la correspondiente audiencia. El fallo estimó, en su reflexión sexta, justificado el delito de tráfico ilícito de cannabis sativa y luego, en el razonamiento séptimo explica que con los elementos consignados en el fundamento quinto, se tiene por acreditada la participación de los imputados en el delito por el cual el Ministerio Público los acusó como autores, sin perjuicio de señalar que sólo fue condenado en esta calidad Gilberto Sánchez, al haber intervenido en los hechos de una manera inmediata y directa, mientras que Lidia Sánchez fue cómplice, debido a que sólo cooperó en la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos, como lo consigna el considerando octavo. Asimismo, en el basamento noveno, relativo al delito de tenencia ilegal de arma de fuego, deja sentado que con ocasión del registro del inmueble ubicado en calle Alsino número cinco mil setecientos noventa y nueve, Block B de la Comuna de Quinta Normal, Santiago, ocupado por el acusado Gilberto Sánchez Albornoz, el quince de octubre de dos mil tres , bajo un colchón, se encontró una pistola marca CZ modelo ochenta y tres, calibre siete coma sesenta y cinco, color negro, serie 009210, con su respectivo cargador y trece balas de igual calibre, cuyo robo fue denunciado por Juan Fuad Pido Núñez, domiciliado en Siete Norte número ochocientos sesenta y cinco de Viña del Mar, ante el Primer Juzgado del Crimen de Viña del Mar en los autos Nº 114127; hecho que se evidenció conforme a las declaraciones que los mismos funcionarios prestaron en la audiencia de rigor, además del atestado del perito en armamento y el oficio del Comandante de la Guarnición de Ejér-

cito de Talca, donde se manifiesta que Gilberto José Sánchez Albornoz no tiene armas inscritas en el registro nacional de armas y que ella se encuentra inscrita en el mentado registro a nombre de Pido Núñez, con la novedad que fue robada. Entonces la motivación undécima consideró establecido el delito de tenencia ilegal de arma de fuego y en la reflexión siguiente se dio por acreditada la participación de Gilberto Sánchez con los antecedentes ya consignados, en el delito por el cual el Ministerio Público lo acusó de porte y tenencia ilegal de arma de fuego, siendo en definitiva solamente condenado como autor de tenencia de arma de fuego. En cuanto a la receptación de especie concluyen los sentenciadores que también se encuentra comprobado, con ocasión del registro del inmueble ubicado en calle Alsino número cinco mil setecientos noventa y nueve, Block B de la Comuna de Quinta Normal, Santiago, ocupado por el acusado Gilberto Sánchez Albornoz, el quince de octubre de dos mil tres, bajo un colchón, se encontró una pistola marca CZ modelo ochenta y tres, calibre siete coma sesenta y cinco, color negro, serie 009210, con su respectivo cargador y trece balas de igual calibre, la cual se supo había sido denunciada por robo ante el Primer Juzgado del Crimen de Viña del Mar, en la causa Nº 114127, por Juan Fuad Pido Núñez, sin haber demostrado el acusado la razón legítima de su tenencia. Los sentenciadores señalaron que para arribar a tal conclusión tuvieron presente el testimonio de Juan Fuad Pido Núñez y el informe de la Comandancia de la Guarnición de Ejército de Talca, que refiere que el arma de marras figuraba en la base de datos de la Dirección Nacional de Movilización Nacional como robada. De esta forma, en el motivo decimocuarto se dio como establecido el delito de receptación de especie, toda vez que el encausado tuvo conocimiento del origen o no pudo menos que saber de éste y tenía en su poder, a cualquier título especies hurtadas o robadas y en la reflexión siguiente se dio por probada la participación de Gilberto Sánchez en el referido ilícito en base a las mismas pruebas ya reseñadas, siendo en definitiva condenado como autor del delito de receptación de especies.

QUINTO: Que de lo expuesto en los fundamentos anteriores fluye de manera inequívoca que la sentencia impugnada no ha contravenido el principio de inocencia del cual han gozado durante la litis los imputados, por cuanto resulta evidente que el Estado a través del órgano público acusador comprobó con prueba suficiente, como se consignó en el considerando anterior, fuera de toda duda razonable, que se configuraron los delitos de tráfico ilícito de cannabis sativa, tenencia ilegal de arma de fuego y receptación y, en seguida, con los mismos antecedentes del pleito debidamente ponderados por los jueces, se declaró que en los ilícitos les correspondió a los convictos una participación culpable y penada por ley, en calidad de autor de los tres primeros el varón y cómplice del inicialmente señalado, la segunda. La valoración que de dichos antecedentes hizo el tribunal le permitió formar la convicción de la condena, con lo cual resulta desvirtuado el estado de inocencia, ya que dicha certeza aparece formada como colofón de una apreciación racional sobre la base de datos objetivos y, como el principio que se alega se cumple cuando legalmente se establece la culpabilidad, el fallo impugnado no ha podido quebrantar la presunción de inocencia que se reclama.

SEXTO: Que también, el recurrente adujo, en forma bastante confusa, que la sentencia en comento infringió sustancialmente los derechos o garantías constitucionales, dado que aquélla debe basarse en un procedimiento previo y legalmente tramitado, tal como lo prescribe el artículo 19, Nº 3º, inciso 5º, de nuestra carta fundamental, en relación con los artículos 188, inciso 3º, y 320 del Código Procesal Penal; y 8º, Nº 2º letras c) y f), del Pacto de San José de Costa Rica, puesto que expone que en el razonamiento séptimo, párrafo tercero, de la resolución en estudio, el tribunal dedujo una presunción grave, al expresar el solo hecho de haberse encontrado en el domicilio allanado tal cantidad de droga.., lo cual conculca la garantía invocada. Además, expresa que respecto de Lidia Sánchez, acorde con la misma declaración del policía Eric Menay, no se rindió ninguna prueba fehaciente en contra de ella, puesto que no se tomaron fotografías y tampoco existe prueba de campo que dé cuenta que en la procesadora de alimentos se hallaron residuos de droga, lo cual desvirtúa totalmente la teoría del caso de la fiscalía, ya que la única probanza consistió en que la policía sintió un fuerte olor a cannabis sativa. Asegura que los sentenciadores deben analizar los procedimientos policiales a fin de determinar si el litigio fue legalmente tramitado, lo cual forma parte de la garantía constitucional que nos convoca, debido a que amén de lo ya reseñado, la policía no

resguardó el sitio del suceso en conformidad a lo ordenado en el artículo 83, letra c), del Código Procesal Penal, lo que redundó en que al cumplir con su obligación en la forma que la ley ordena, no pudieron sus defendidos ejercer los derechos consagrados en los artículos 188 y 320 del Código de Enjuiciamiento citado. Expone que lo anterior se repite en el delito de receptación, desde el momento que en el razonamiento décimo tercero, acápite final, se afirma que el acusado Gilberto Sánchez no pudo menos que conocer el origen ilegítimo de dicha arma. Adicionalmente dice que los falladores restaron importancia a la inobservancia por parte del Ministerio Público de lo dispuesto en los artículos 187 a 189, en relación al 295 del mismo ordenamiento procesal, según lo indica el fundamento noveno de la sentencia, y no se respetaron las formalidades del proceso de investigación, las cuales son obligatorias para la fiscalía y su infracción conlleva a que no nos encontremos ante un proceso legalmente tramitado ni ante una justa y racional investigación de su presupuesto previo del mismo.

SÉPTIMO: Que es pertinente aclarar que en el sistema procesal penal chileno actualmente vigente en todas las regiones del país, salvo la Metropolitana, la prueba no tiene limitaciones en cuanto al medio que exista, siempre que ella se produzca e incorpore con arreglo a la ley, tal como lo dispone el artículo 295 del Código Procesal en estudio, por lo que la prueba de presunciones sigue siendo un medio de convicción vigente y plenamente aplicable. En relación a las demás observaciones del recurrente, esta Corte estima por lo pronto que el motivo del presente recurso es velar porque en el procedimiento y en la dictación de la sentencia no se violen los derechos garantidos en la Constitución o por tratados internacionales, pero en caso alguno es una instancia, por lo que los jueces del fondo son absolutamente libres de ponderar los medios de prueba, lograr su convicción acerca de los hechos y otorgar la calificación jurídica que les corresponde, aspecto que veladamente cuestiona la defensa al atacar los medios de prueba a través de los cuales el tribunal oral tomó su decisión. No se observan en el fallo impugnado las transgresiones denunciadas, sin perjuicio de la inexactitud de las referencias de los considerandos que detalla el recurso. A mayor abundamiento y específicamente en lo relativo a las actuaciones del ministerio público, no consta que el recurrente haya preparado el recurso como lo exige el artículo 377, inciso 1º, del Código Procesal Penal, por lo que no podrá prosperar su pretensión.

OCTAVO: Que la segunda contravención que se denuncia se hace consistir en haber omitido la sentencia alguno de los descritos en el artículo 342 del Código Procesal Penal, en el presente caso, la letra c), esto es, la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al agente y la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 297 del mencionado código. Explica que la sentencia conculca las condiciones exigidas por el legislador en dichas normas al omitir una valoración lógica y plausible de los hechos que dan por sentados y que constituyen el núcleo fáctico del caso, lo que se advierte en los motivos séptimo, octavo, noveno, decimotercero y decimonoveno donde los falladores afincan el establecimiento de los hechos punibles y la participación que les cupo a los sentenciados. Añade que el referido fallo les acarrea perjuicio a sus defendidos y que es la Excma. Corte Suprema la llamada a conocer y resolver estos asuntos por expresa disposición del artículo 376 del Código de Enjuiciamiento citado y no es aplicable el artículo 383 de la misma recopilación.

NOVENO: Que baste recordar, como se dijo en el razonamiento cuarto del presente fallo, que la sentencia recurrida, después de consignar en sus fundamentos cuarto, noveno y décimotercero las pruebas aportadas a la audiencia del juicio oral, estableció, conforme a las reglas de la lógica y máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados, que funcionarios de Investigaciones, Brigada Antinarcóticos de Talca, tuvieron conocimiento que Abraham Retamal Molina distribuía droga en la ciudad de Curicó, interceptaron contactos telefónicos, antecedentes que les permitió saber que en el mes de octubre de dos mil tres, Gilberto Sánchez ocultaba sustancias ilícitas en un departamento de Santiago, al que llegaba habitualmente desde Valparaíso. Así el quince de octubre de dos mil tres la Policía de Investigaciones realiza un operativo en el lugar, y en los momentos en que el acusado llega al domicilio, proceden al registro del inmueble, deteniéndolo al encontrar allí treinta y ocho mil cuatrocientos noventa y seis gramos de cannabis sativa tipo paraguaya prensada en un dor-

mitorio y un mil quinientos noventa y tres gramos en el entretecho de la vivienda, además de otras evidencias que indicaban que dicha sustancia estaba destinada al tráfico, amén de encontrar en su poder una pistola sin estar inscrita a su nombre ni acreditar el hechor su legítima tenencia, la cual se encontraba encargada por robo. Con posterioridad al hallazgo la policía se constituyó en el domicilio de Lidia Sánchez, en Valparaíso, encontrando, entre otras especies, una procesadora de alimentos marca Moulinex que en concepto de los funcionarios policiales tenía en su interior pequeños restos de cannabis sativa con un fuerte olor a la misma, hechos que constituyen los delitos de tráfico de cannabis sativa, tenencia de arma de fuego y receptación de especie. En las reflexiones séptima, duodécima y décimo quinta, con la misma prueba se tuvo por acreditada la participación de ambos acusados en calidad de autor y cómplice respectivamente, para luego, en el fundamento décimo octavo, se desestima por el tribunal la petición de la defensa de rebajar el castigo por no ser la droga incautada estimada como dura, atendida la cantidad encontrada, las conexiones y condiciones en que se realizaba el tráfico de la misma.

DÉCIMO: Que el artículo 297 del Código Procesal Penal preceptúa, en primer lugar, la facultad de los tribunales para apreciar la prueba con libertad, lo que permite hacer una valoración de los antecedentes del juicio con mayor latitud, y que el legislador no ha consignado en cada caso límites en dicha ponderación, la única exigencia que se fija para tal raciocinio consiste en no contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. En seguida dicho precepto impone el deber del juzgador de hacerse cargo de toda la prueba producida en el juicio y finalmente, como tercer requisito, se precisa que en la valoración de la prueba la sentencia deberá especificar los medios de prueba mediante los cuales se dieron por establecidos cada uno de los hechos y sus circunstancias, lo que permitirá la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones. Tales exigencias se han concretado en la letra c) del artículo 342 del mencionado Código cuando se especifica como uno de los supuestos de la sentencia una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297. En resumen, es de la esencia para la validez de una sentencia definitiva la exposición de los hechos que se dieron por probados, conforme a una prueba libremente apreciada por el tribunal, pero sin contradecir aquellos principios que explicita el inciso 1º del artículo 297 citado, incluyéndose toda la prueba producida, pero a la vez dicha valoración deberá requerir el señalamiento de los medios de convicción que acrediten dichos hechos o circunstancias que se dieron por probados y que reproduzca de manera válida el razonamiento utilizado para alcanzar la conclusiones del fallo. Este prolijo, pero objetivo ordenamiento, no ha sido alterado de manera sustancial en el fallo en análisis, pues no se discute que el tribunal analizó toda la prueba producida en la audiencia respectiva, también dejaron claramente determinados los hechos demostrados con dichos antecedentes y en su valoración los juzgadores, previo análisis de cada una de las pruebas, tuvieron por comprobados los hechos que les sirvieron para justificar los delitos, fundamentaciones que de la lectura de la resolución recurrida parecen adecuadas para demostrar el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones de condena que por el recurso se reclama.

UNDÉCIMO: Que en esta forma la sentencia recurrida ha sido dictada sin incurrir en el vicio absoluto de nulidad que contempla el artículo 374, letra e), del Código Procesal Penal porque se ha ajustado de manera objetiva a los requisitos legales que el recurso alega omitidos, amén que frente a la libertad que en la valoración de la prueba le otorga el legislador a los jueces, no resulta posible en este recurso entrar a discutir la apreciación que de manera libre la ley le entrega a éstos, sólo se trata de revisar si efectivamente el fallo cumple con los requisitos formales que ya se han señalado y en este aspecto tal resolución no merece reproche. En cuanto a la ausencia de los supuestos de la letra e) del artículo 374, no existe en el recurso ningún argumento para justificar tal omisión.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 372, 376 y 384 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad interpuesto por el defensor penal Eduardo Antonio Cornejo González,

en representación de Gilberto José Sánchez Albornoz y Lidia Rosa Sánchez Albornoz, en contra de la sentencia dictada por la Primera Sala del Tribunal Oral en lo Penal de Curicó, el catorce de mayo de dos mil cuatro y que corre a fojas 1 de este cuaderno, la que, por consiguiente, no es nula.

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro Sr. Rodríguez Espoz.

ROL Nº 2108-04

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Jorge Medina C., y Jaime Rodríguez E., y los abogados integrantes Sres. Fernando Castro A. y Emilio Pfeffer P. No firman los Ministros Sres. Chaigneau, por estar con permiso, Sr. Medina, por estar en otras funciones y Sr. Pfeffer, por estar ausente, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo. Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro.



II Sentencias Comentadas

PRUEBA EN PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Silvia Peña Wasaff
Abogado Asesor del Fiscal Nacional

- **Sentencia:**

Valparaíso, tres de septiembre de dos mil cuatro.

Visto:

Se reproduce la sentencia en alzada con las siguientes modificaciones: Se suprimen sus considerandos séptimo, noveno y undécimo. En sus citas legales, se agrega en las del Código Penal, la del artículo 11 Nº 6 y se elimina la del artículo 750.

Y se tiene en su lugar y además presente:

1º.- Que en esta instancia la parte apelante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 361 y 333 del Código Procesal Penal, incorporó en la vista de la causa un certificado de antecedentes para fines especiales del sentenciado Isauro del Carmen Astudillo Campusano, emitido el 16 de Agosto último, documento del que se desprende que no registra anotaciones penales pretéritas y que conforme lo establece el artículo 12 del Decreto Supremo Nº 64 sobre prontuarios penales y certificados de antecedentes, se otorgará cuando leyes especiales o reglamentos exijan que el postulante a algún beneficio que ellos contemplen, deba acreditar su conducta anterior. Que con el mérito de dicho documento se establece a favor del sentenciado, la concurrencia de la minorante de responsabilidad que consagra el artículo 11 Nº6 del Código Penal; Que con relación a las restantes minorantes que se mencionan por el apelante en la audiencia de la vista del recurso, esto sentenciadores consideran que el debate al respecto quedó centrado, como se desprende del acta en la que se aceptó por el tribunal la tramitación conforme a las reglas del procedimiento abreviado, en las de los numerales 7 y 8 del artículo 11 del Código Penal.

2º.- Que el sentenciado se presenta con tres atenuantes y una agravante, de manera que efectuada la compensación racional para la regulación de la pena, concurren dos minorantes de responsabilidad penal, lo que permite llegar a la sanción corporal impuesta en primer grado, que es armónica con la solicitada por el Ministerio Público.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 360 del Código Procesal Penal, se confirma la sentencia apelada de once de Agosto último, escrita a fs. 71 de la carpeta, con declaración que por reunirse con respecto al sentenciado Isauro del Carmen Astudillo Campusano, los requisitos del artículo 4º de al ley 18.216, se sustituye la medida alternativa de reclusión nocturna por la de remisión condicional de la pena, debiendo quedar sujeto a la vigilancia de la autoridad que corresponda por el lapso de SEISCIENTOS DOS DÍAS, cumpliendo con los requisitos que le exige el artículo 5º de la precitada norma legal.

Regístrese y devuélvanse con los antecedentes acompañados. Rol 571-2004. Redacción del Ministro Sr. Martínez.

- **Comentario:**

El fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 3 de septiembre del año en curso, que resolvió la apelación de una sentencia pronunciada en un juicio abreviado[6], en el que no sólo acepta la presentación de un certificado de antecedentes como elemento probatorio, sino que, además, sobre la base de dicho documento, modificó el fallo de primera instancia, otorgando la remisión condicional de la pena —que había sido descartada por el juez de garantía, porque en el extracto de filiación incluido entre los antecedentes de la investigación, figuraba una condena anterior[7]—, plantea una serie de problemas de muy distinta índole, que analizaremos en los párrafos siguientes:

1. Una primera cuestión se refiere a si la acreditación de las circunstancias que habilitan para otorgar alguno de los beneficios que otorga la Ley 18.216 *constituye propiamente prueba o no.* La duda surge porque tales circunstancias no se relacionan con el hecho investigado, sino con antecedentes previos y características personales del condenado. Aun reconociendo que, en lo medular, la prueba se contrae a acreditar el hecho punible y quiénes lo cometieron, no puede desconocerse que, *para determinar la pena aplicable y su forma de cumplirla*, la ley penal toma en consideración una serie de *circunstancias que nada tienen que ver con el hecho mismo*, sino con situaciones anteriores y posteriores a él, tales como las atenuantes de irreprochable conducta anterior, reparar con celo el mal causado o la colaboración con la justicia (art. 11, Nos. 6, 7, 8 y 9), y las agravantes por reincidencia (art. 12, Nos. 15 y 16). Lo mismo ocurre con los requisitos para acceder a alguna de las formas de cumplimiento alternativo de las penas privativas de libertad —entre ellos, la inexistencia de condenas anteriores— los cuales, naturalmente, también es preciso acreditar en el juicio. De manera que dichos requisitos quedan dentro de los *hechos y circunstancias pertinentes* que menciona el art. 295 del CPP, y como tales pueden ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley.

2. Un segundo problema es determinar si en un juicio abreviado, sea en primera o segunda instancia, es posible rendir prueba.

Para contestar esta pregunta es preciso recordar que la razón de ser de esta clase de procedimientos es acelerar la tramitación de aquellos casos en que no existan dudas sobre la existencia misma del hecho que se investiga ni sobre la identidad de sus autores o partícipes, por lo que no es necesario rendir prueba sobre tales extremos[8]. Sin perder de vista que este procedimiento sólo está permitido cuando se trate de delitos de escasa o mediana gravedad[9], requisito fundamental del mismo es que el imputado *acepte expresamente los hechos contenidos en la acusación y los antecedentes que le sirven de fundamento* (art. 406, inc. 2°).

Si bien se mira, se trata, en realidad, de un caso especialmente legislado de convención probatoria; la única diferencia es que los términos de la misma no son propuestos por las partes ni por el juez, sino por el propio legislador, y además no se refiere a hechos aislados, sino al hecho punible en su totalidad, incluida

---

6 Se trata de una condena pronunciada por el juez de garantía de La Ligua por los delitos de homicidio frustrado y porte ilegal de armas; las penas fueron de 541 días por el primer delito y 61 días por el segundo, las cuales debían cumplirse bajo el régimen de reclusión nocturna. Los hechos se habrían originado en la ocupación por parte de la víctima de tierras reclamadas como suyas por el hechor.

7 La condena anterior (a 61 días, remitidos) fue por el delito de conducción en estado de ebriedad y data del 24 de mayo de 2002.

8 Cfr. Roxin, Klaus, *Strafverfahrensrecht*, 14. Aufl., Verlag C.H. Beck, München, 1976, pág. 312. En Chile, Pfeffer Urquiaga, Emilio, *Código Procesal Penal anotado y concordado*, Ed. Jurídica, Santiago, 2001, pág. 485.

9 En la Ordenanza Procesal alemana sólo pueden tramitarse conforme a este procedimiento aquellos hechos en que la pena concreta aplicable no sea superior a un año. (§ 212 b I).

la autoría o participación del imputado en él. De ahí que surta los mismos efectos que los de una convención probatoria ordinaria, esto es, que los hechos que se tengan por acreditados en base a tales convenciones "no podrán ser discutidos en el juicio oral" (art. 275, inc. 1°, del CPP). [10]

En cambio, el reconocimiento o aceptación de los hechos por parte del imputado no tiene ninguna ingerencia sobre aquellas circunstancias independientes del hecho punible que el juez deba considerar para la determinación de la pena o la forma de cumplirla —según se explicó en el apartado anterior—, las que, en consecuencia deberán acreditarse. Como en el juicio abreviado no hay una oportunidad legal para rendir prueba, estimamos que la forma de acreditar tales circunstancias será ante el fiscal, a fin de que éste pueda incorporar los elementos probatorios entre los antecedentes, que junto con el referido reconocimiento sirven de fundamento del fallo.

Las afirmaciones anteriores acerca de las limitaciones de la prueba en el juicio abreviado, son igualmente válidas para el caso de que el asunto pase a segunda instancia: el tribunal de alzada no está facultado para recibir pruebas respecto al hecho punible ni a la identidad de su autor o partícipes, porque, como ya se dijo, tales hechos deben tenerse por acreditados; en cambio, las demás circunstancias no relacionadas con tales hechos podrían ser objeto de prueba, pero sólo en la medida en que sea legalmente posible rendir prueba en la segunda instancia.

En la búsqueda de una respuesta a esta última interrogante, no resuelta expresamente por el CPP[11], es preciso considerar un doble aspecto: por una parte, el CPP hace aplicable en materia de recursos las normas que rigen el juicio oral, y por la otra, el art. 52 remite a las normas del libro I del CPC. En cuanto al primer grupo de normas, si bien ellas regulan detalladamente la forma de rendir la prueba, no resultan aplicables en la segunda instancia por no darse en ésta las condiciones propias del juicio oral, a saber, la presencia de todos los intervinientes y la posibilidad de interrogar y contrainterrogar a los testigos, así como de tomar conocimiento directo de las demás probanzas que se rindan. Es preciso hacer notar que estos inconvenientes han sido la razón invariablemente esgrimida para desechar, como regla general, la doble instancia en el nuevo sistema penal. En tanto, si se atiende a las normas del CPC, éste en su art. 207 dice que, salvo ciertos casos excepcionales[12], en la segunda instancia no se admitirá prueba alguna, lo cual es sin perjuicio de la facultad para solicitar pruebas adicionales como medidas para mejor resolver, facultad que tampoco se concilia con las características del nuevo proceso penal, en que la iniciativa en materia de pruebas está entregada exclusivamente a las partes. De manera que la remisión a las normas sobre juicio oral y al CPC debe entenderse con las limitaciones que dimanan de la propia naturaleza del proceso penal reformado.

Aparte de las limitaciones ya anotadas, no hay que perder de vista que el tribunal de alzada, a diferencia del de primera instancia, sólo es competente para pronunciarse sobre las cuestiones que hayan sido materia de la apelación, no pudiendo extenderse a otros puntos no contenidos en las peticiones concretas, salvo que se trate de alguna facultad que pueda ejercer de oficio. Pues bien, de la simple lectura del recurso de apelación, salta a la vista que el apelante pidió derechamente la absolución del imputado y, subsidiariamente, la calificación de los hechos como delito de lesiones menos graves, solicitando además el reconocimiento de la atenuante la irreprochable conducta anterior, la que ofreció acreditar mediante un certificado de antecedentes, que por la finalidad para la cual se extiende, se califica de *especial*[13]. De

---

10 En el mismo sentido, Andrés Baytelman, en comunicación dirigida al Fiscal Nacional.

11 Nada dice sobre la prueba el art. 358, que regula la tramitación de los recursos en general, mientras que la mención en el art. 359 del solo recurso de nulidad, es un fuerte argumento a favor de la interpretación que restringe la posibilidad de rendir pruebas únicamente a este último recurso.

12 De las excepciones, la única que resulta compatible con las particularidades del proceso penal es la que se refiere a la agregación de documentos, lo que puede hacerse hasta la vista de la causa (art. 348).

13 En el apartado siguiente nos referiremos en detalle a las características propias de esta clase de certificado.

manera que al otorgar una remisión condicional de la pena no pedida por el apelante, la Corte actuó de oficio, pero dentro de las facultades que le entrega el art. 24 de la Ley 18.216 para actuar en esa forma.

De todo lo anterior se desprende que el procedimiento empleado por la Corte de Valparaíso al incorporar un medio de prueba durante la vista de la causa, es de muy dudosa legalidad, ya que no se aviene con los principios que informan el nuevo procedimiento penal, sin que, en todo caso, la cuestión se encuentre zanjada de manera inequívoca en la ley[14].

3. Un tercer problema envuelto en este asunto es el que concierne a la idoneidad del *certificado de antecedentes para fines especiales* para acreditar la existencia o inexistencia de anotaciones prontuariales. Dicho certificado está definido en el art. 12, letra d) del D.S. N° 64, de 1960, sobre prontuarios penales y certificados de antecedentes, y es una de las cuatro categorías de certificados de antecedentes que extiende el Servicio de Registro Civil e Identificación. Según el inciso final del mismo artículo, la finalidad de estos certificados es acreditar la conducta anterior de una persona cuando ella postule a algún beneficio establecido en leyes especiales o reglamentos que así lo exijan. Aunque la ley no lo dice, tales beneficios se entienden referidos a la obtención de algún trabajo o prestaciones asistenciales que permitan la reinserción social. Para reforzar dicha finalidad, el art. 13 faculta al Director General del Servicio de Registro Civil e Identificación, previa petición del interesado, para ordenar que en esta clase de certificados *se omitan anotaciones relativas a condenas por toda clase de delitos*, con la sola excepción de los más graves.

En consecuencia, el certificado de marras no es un documento idóneo para acreditar la inexistencia de condenas anteriores, ya que por un simple acto administrativo es posible obtener que se omita la mención de ellas.

No ocurre lo mismo con el extracto de filiación, que reproduce fielmente todas las anotaciones que figuren en el prontuario, las que sólo pueden eliminarse en conformidad al art. 8° del mismo D.S. 64, y al Decreto-ley 409, de 1932, sobre regeneración y reintegración del penado a la sociedad. El requisito general para eliminar las anotaciones de condenas anteriores es el transcurso de cierto lapso de tiempo a contar del momento en que se haya cumplido la pena. Sin embargo, los plazos establecidos en ambos cuerpos normativos son distintos, pues para el caso de simples delitos, el D.S. 64 exige un plazo de 5 años, mientras que el Decreto-ley 409, fija un plazo general de 2 años; en la práctica, la norma que se aplica es esta última, tanto por su superior jerarquía formativa, como por responder mejor a la finalidad de facilitar la reinserción social del ex-convicto.

Como en el caso que nos ocupa la pena de 61 días a que fue condenado el apelante, fue remitida, la fecha en que se entiende cumplida la pena coincide con el vencimiento del plazo de observación, el cual, según el art. 5° de la Ley 18.216, no puede ser inferior a un año. Entonces, si la condena por el delito anterior fue del 22 de mayo de 2002, la pena se habrá tenido por cumplida el 22 de mayo del 2003, y sólo en ese momento empezó a correr el plazo de dos años para solicitar la eliminación de antecedentes penales. Este elemental cálculo significa que a la fecha del fallo de la Corte —3 de septiembre del presente año— dicho plazo aún no se había cumplido, de modo que el apelante en ningún caso pudo haber obtenido la eliminación de sus antecedentes penales, y por lo tanto el certificado de antecedentes para fines especiales *no reflejaba su verdadera conducta anterior.*

---

[14] En esto coincidimos con la apreciación de Diego Falcone, expresada en el informe que preparó sobre este caso.

Y tampoco podía haberse amparado en el beneficio especial que otorgan a los favorecidos con alguna medida de cumplimiento alternativo de la pena los incisos 1° y 2° del art. 29 de la Ley 18.216, puesto que el inciso 3° de la misma disposición *los excluye expresamente para los efectos de su agregación a un proceso criminal.*[15]

4. Lo más inexplicable de todo es que la Corte haya ignorado el extracto de filiación, agregado por el fiscal a la carpeta de investigación, y que por lo tanto ella tuvo a la vista al momento de fallar el recurso. En esta forma, los juzgadores se encontraron frente a dos documentos contradictorios respecto a la existencia o inexistencia de condenas anteriores: por una parte el extracto de filiación, donde constaba la condena anterior, y por la otra, el certificado de antecedentes para fines especiales, donde se omitió la respectiva anotación. Si bien en el nuevo proceso penal no existe la pena tasada, por lo que los juzgadores tienen amplia libertad para elegir el medio probatorio que mejor logre formar su convicción, no pueden, ante la existencia de dos medios de prueba contradictorios —aún prescindiendo de la clara insuficiencia del certificado de antecedentes para probar la falta de antecedentes penales— inclinarse simplemente por uno de ellos, haciendo caso omiso del otro, pues ello infringe la obligación establecida en el inciso 2° del art. 297 del CPP, de discutir y valorar la totalidad de la prueba rendida.

Conclusión:

De todo lo anterior se concluye que el proceder de la Corte fue absolutamente irregular, pues no sólo recibió una prueba improcedente en segunda instancia, y tuvo por probado un hecho en base a un documento previsto para otras finalidades, ignorando, en cambio, el documento legalmente destinado a probar el hecho en cuestión, a todo lo cual se suma el haber preferido al primero de ellos sin discutir siquiera la existencia y virtud probatoria del otro documento, no obstante tratarse de medios de prueba diametralmente contradictorios.

Sin embargo, el perjuicio que tales irregularidades irrogan al Ministerio Público no es tanto, si se tiene en cuenta que la única modificación que los jueces introdujeron a la sentencia de primera instancia fue sustituir la reclusión nocturna por la remisión condicional de la pena, dejando intacta la pena. Por otra parte, según informaciones proporcionadas por el propio fiscal de la causa, la calificación del hecho como homicidio frustrado fue el resultado de una "negociación" con la defensa, sin que conste en absoluto que el hechor haya actuado realmente con dolo homicida, cosa poco probable, por lo demás, teniendo en cuenta que el disparo sólo causó lesiones menos graves en un muslo de la víctima. Por otra parte, los hechos que concluyeron en la agresión se originaron por la ocupación por parte de la víctima de una parcela de propiedad del hechor, ante lo cual éste buscó infructuosamente ayuda, acudiendo primero a Carabineros y luego al propio tribunal, decidiéndose tras esos fallidos intentos de encontrar una solución "legal" al problema, a ingresar como fuera a su propiedad. Ocurridos los hechos, el agresor se entregó a la justicia y confesó el hecho, y además intentó reparar el mal causado efectuando un pago de $ 4.000.000 por concepto de indemnización.

---

[15] El texto de la citada disposición es el siguiente:
"**Artículo 29.** El otorgamiento por sentencia ejecutoriada de alguno de los beneficios previstos en esta ley a reos que no hayan sido condenados anteriormente por crimen o simple delito, tendrá mérito suficiente para la omisión, en los certificados de antecedentes, de las anotaciones a que dio origen la sentencia condenatoria.
El cumplimiento satisfactorio de las medidas alternativas que prevé esta ley por reos que no hayan sido condenados anteriormente por crimen o simple delito, tendrá mérito suficiente para la eliminación definitiva, para todos los efectos legales y administrativos, de tales antecedentes prontuariales.
Exceptúanse de las normas de los incisos anteriores los certificados que se otorguen para el ingreso a las Fuerzas Armadas, de Orden, Gendarmería de Chile y los que se requieran para su agregación a un proceso criminal."

APELACIÓN DE ACUERDO REPARATORIO APROBADO (RUC N° 0310004886-7). FALLO RECURSO DE QUEJA (ROL DE INGRESO EN CORTE SUPREMA N° 3163-04) COMENTARIO

Sabas Chahuán Sarrás
Fiscal Regional Zona Metropolitana Occidente

I.-ANTECEDENTES.

A) La situación se produce en el contexto de la investigación RUC 0310004886-7, cuyo origen es un hecho ocurrido en una fábrica de explosivos, de la localidad de Alto Hospicio, que provocó la muerte de cinco trabajadores y dejó herido de gravedad a un sexto. La investigación se formalizó el 3 de Mayo de 2004, en contra de cuatro imputados, personeros de la empresa donde se produjo la explosión, por los hechos que, debidamente descritos por el Fiscal Adjunto a cargo, configurarían la figura cuasidelictual contemplada en el artículo 492 del Código Penal, que dispone, en lo atingente: "Las penas del artículo 490 se impondrán también respectivamente al que, con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia ejecutare un hecho o incurriere en una omisión que, a mediar malicia, constituiría un crimen o simple delito contra las personas." Esta hipótesis, como se consagra en la norma transcrita, se encuentra penada en el artículo 490 N° 1, en relación al artículo 391 N° 2, que establece la figura del homicidio simple, y el artículo 397 N° 1, que estatuye la figura de las lesiones gravísimas, todas disposiciones de nuestro Código punitivo. En lo que respecta al caso concreto, las infracciones legales y reglamentarias que trajeron como consecuencia la ocurrencia de la explosión, estarían contempladas en la Ley N° 16.744, sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, y sus reglamentos contenidos en los decretos números 18 (Ministerio de Salud) sobre Implementos de Protección de los trabajadores, 40 (Ministerio del Trabajo) sobre Prevención de Riesgos Profesionales, 54 (Ministerio del Trabajo) sobre Constitución y Funcionamiento de los Comités Paritarios de Higiene y Seguridad y 594 (Ministerio de Salud) sobre Condiciones Sanitarias y Ambientales básicas en los lugares de trabajo. Además se configuraría la violación de la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas y Explosivos y de su Reglamento, contenido en el Decreto Supremo 77, complementario de dicha ley. Finalmente, también se infringieron el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de la empresa Explonor S.A. y el Decreto Supremo N° 72, del Ministerio de Minería.

B) Con fecha 21 de Junio de 2004, en audiencia celebrada ante el señor Juez de Garantía de Iquique, don Rodrigo Urrutia Molina, y previo escuchar en debate a los intervinientes (los imputados, sus abogados defensores, el Fiscal Adjunto y las 6 representantes de los ofendidos por el delito, en calidad de víctimas, según el concepto del artículo 108 del Código Procesal Penal), se resolvió aprobar acuerdos reparatorios entre los imputados y tres de las víctimas, continuando el procedimiento respecto de los otros ofendidos y contra los mismos imputados. La resolución señalada fue adoptada por el Juez referido, a pesar de la oposición expresa del Fiscal a cargo del caso quien, someramente, solicitó se rechazase íntegramente la posibilidad de arribar a acuerdos reparatorios, toda vez que, en el caso sub lite existe un interés público prevalente, básicamente debido a la serie de normas, legales y reglamentarias, infringidas, la magnitud e impacto de los hechos investigados y la necesidad de una pena para los responsables, y prevenir conductas similares en el futuro. Agregó el Fiscal que, la única posibilidad de generar una prevención real y específica en este caso es investigar hasta determinar las condiciones en que se produjo el accidente y establecer la identidad de los responsables,

siendo del mayor interés llegar a establecer ese resultado. La resolución, sin embargo, aprobó los acuerdos reparatorios, en los siguientes términos: "I.-Apruébese el acuerdo reparatorio y sobreséase parcial y definitivamente la causa respecto de los cuasidelitos de homicidio de don Edward Ringo Cortés, don Pablo Solorza Cornejo y don Rodrigo Iribarren Gallardo.
II.-Las acciones a que dé lugar el cumplimiento del acuerdo son de carácter civil y deberán ser discutidas en esa sede jurisdiccional.
III.-En lo que respecta a las demás víctimas, continúa la acción penal del Ministerio Público por no haberse manifestado voluntad para llegar a dicho acuerdo."

C) Contra la resolución anterior, el Ministerio Público dedujo, en tiempo y forma, recurso de apelación, con el objeto que, la Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique, la revocase, por estimar que debió rechazar que las transacciones económicas convenidas por la empresa (extrajudicialmente), y ciertos beneficios adicionales ofrecidos en la audiencia citada, se hubiesen aprobado como acuerdos reparatorios y, asimismo, se dejase sin efecto el sobreseimiento parcial y definitivo decretado.

D) La vista del recurso de apelación se realizó el día 9 de Julio recién pasado donde la única Sala de la Corte de Apelaciones de Iquique, como se transcribirá, declaró inadmisible el recurso de apelación del Ministerio Público.

E) En contra de los Ministros y la Abogado Integrante, que pronunciaron la resolución de alzada antedicha, el Fiscal Regional del Ministerio Público, don Claudio Roe Alvarez, interpuso, dentro del plazo legal, recurso de queja. La vista de dicho recurso se realizó el 28 de Septiembre de 2004, rechazándose aquél por cuatro votos contra uno.

II. SENTENCIAS.

Se transcriben, a continuación, las sentencias pronunciadas por la Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique y por la Excma. Corte Suprema.

a) "IQUIQUE, nueve de julio de dos mil cuatro.
VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:
1°) Que, el Ministerio Público deduce recurso de apelación en contra de la resolución que decreta el sobreseimiento definitivo y parcial respecto de los cuasidelitos de homicidio de don Edward Ringo Cortés López, don Pablo Solorza Cornejo y don Rodrigo Iribarren Gallardo, dictada por el Juez de Garantía don Rodrigo Urrutia Molina en la audiencia de 21 de junio pasado, y solicita se revoque y se deje sin efecto la aprobación de los acuerdos reparatorios, cuya consecuencia procesal ha sido el sobreseimiento aludido, por estimar la recurrente que debieron rechazarse las transacciones económicas convenidas por la empresa y los familiares de las víctimas, por existir un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal.

2°) Que, los recurridos, solicitan se declare inadmisible el recurso de apelación sosteniendo que el Ministerio Público ha intentado incluir dentro de la apelación del sobreseimiento, la apelación a la resolución que aprobó los acuerdos reparatorios, resolución que no es susceptible de ser apelada, puesto que no se enmarca en ninguna de las situaciones contempladas por el artículo 370 del Código Procesal Penal.

3°) Que. según lo dispone el artículo 370 del Código Procesal Penal son apelables las resoluciones que pongan término al procedimiento, hagan imposible su prosecución, la suspendieren por más de treinta días, o bien, en los casos que expresamente lo señale la ley.

4°) Que, así las cosas, el recurso de apelación no procede en contra de la resolución que aprueba el acuerdo reparatorio.

5°) Que, no cabe duda que la finalidad del recurso de apelación deducido por la Fiscalía es cuestionar la procedencia del acuerdo reparatorio, situación que es inalterable, ya que no procede en su contra recurso al-

guno y en consecuencia siendo el sobreseimiento una consecuencia o efecto de aquél, sigue necesariamente su suerte, reservándose la apelación para aquellos casos en que la resolución directa y efectivamente ponga término al procedimiento, haga imposible su prosecución o la suspendiere por más de treinta días, lo que no se da en la especie.

Por estas consideraciones y de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 241, 242 y 370 del Código Procesal Penal, se declara inadmisible el recurso de apelación deducido a fojas 5 de estos antecedentes, en contra de la resolución de 21 de junio pasado dictada por el Juez de Garantía de esta ciudad, don Rodrigo Urrutia Molina, en los autos criminales por el cuasidelito de homicidio y cuasidelito de lesiones, escrita a fojas 4 de los antecedentes traídos a la vista.

Regístrese y devuélvase.
Redacción Ministro Señor Gatica Muñoz.
Rol No 46-2004.
Pronunciada por los Ministros Titulares don HERNÁN SÁNCHEZ MARRE, don ERICO GATICA MUÑOZ y Abogado Integrante, señora MARÍA ANGÉLICA VELOSO CUNEO. Autoriza la señorita Secretaria titular, doña Mirta Chamorro Pinto."

b) "Santiago, veintiocho de septiembre de dos mil cuatro.
A fojas 51: a lo principal y primer otrosí, téngase presente; al segundo otrosí, a sus antecedentes.

Vistos:

Atendido el mérito de los antecedentes, el expediente tenido a la vista y lo informado por los jueces recurridos, esta Corte estima que aun cuando no resulta totalmente ajustada a derecho la inadmisibilidad del recurso de apelación decretada por la Corte de Apelaciones de Iquique y, considerando que no se ha discutido en autos que se trate de un hecho culposo ni se ha acreditado, por otra parte, la existencia de un interés público prevalente en la prosecución de la investigación, tal actuación judicial no constituye una falta o abuso grave que haga necesario el ejercicio de las facultades disciplinarias.

Y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, **se rechaza** el recurso de queja de lo principal de fojas 14, interpuesto por el Fiscal Regional de la Primera Región, del Ministerio Público.
Se previene que la abogada integrante Sra. Jordán, concurre al rechazo teniendo para ello únicamente presente que aun cuando la inadmisibilidad declarada no resulta totalmente ajustada a derecho, ello no constituye una falta o abuso grave susceptible de enmendarse por la vía disciplinaria.

Acordada contra el voto del Ministro Sr. Segura, quien estuvo por acoger el recurso de queja, dejar sin efecto la resolución dictada por los ministros recurridos, y disponer la vista del fondo del recurso de apelación deducido por el Ministerio Público, por tribunal no inhabilitado, por estimar que en el caso sub lite se ha incurrido en falta o abuso grave consistente en violentar el sentido y alcance de lo dispuesto en el artículo 253 del Código Procesal Penal.

Para arribar a tal conclusión el disidente tiene presente:

1°) Que el artículo 253 del Código Procesal Penal establece que el sobreseimiento sólo será impugnable por la vía del recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones respectiva.

2°) Que el sobreseimiento apelado en autos, tiene como fundamento inmediato la aprobación de acuerdos repratorios, de manera que la distinción entre una y otra resolución resulta del todo artificial, pues en la revisión del sobreseimiento por la vía de la apelación, es posible el examen de procedencia y legalidad de estos últimos.

3°) Que en tales condiciones al declarar los Ministros recurridos inadmisible un recurso plenamente procedente, infringen la norma expresa que concede el aludido medio de impugnación, situación que -ante la ausencia de otro recurso procesal ordinario o extraordinario- amerita hacer uso de las facultades disciplinarias conferidas a este tribunal por la Constitución y las leyes.

Déjese copia autorizada de la presente resolución en el mencionado proceso.

Regístrese, devuélvase el expediente traído a la vista y archívese.

Rol No 3163-04.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Enrique Cury U., Milton Juica A., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E. y la abogado integrante Sra. Luz María Jordán A.
Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro."

III. COMENTARIO.

Para la realización de este breve comentario debe tenerse presente, en primer lugar que, en la materia que se analizó por los tres tribunales involucrados, existen envueltos aspectos procesales y sustantivos. Esa primera distinción permite facilitar la aproximación al análisis.

a) Cuestión Previa. En efecto, una primera cuestión que se planteó, por los abogados de los imputados y de las víctimas ante la Corte Suprema, fue acerca de la procedencia o improcedencia del recurso de queja. Respecto a este primer asunto, netamente procesal, se argumentó que los requisitos y exigencias que se imponen por el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, no se cumplían en la especie. Para comenzar, la argumentación de los abogados referidos sobre el punto, discurría sobre la base que, el requisito ineludible, impuesto por la norma citada, respecto que sólo pueden impugnarse, por la vía del recurso de queja resoluciones respecto de las cuales no proceda recurso alguno, ni ordinario, ni extraordinario, no se satisfacía en este caso. Sobre la base de ello se solicitó, en estrados, se declarase inadmisible el recurso disciplinario intentado sosteniendo, fundamentalmente, que, para impugnar la resolución de la Corte de Apelaciones, procedía utilizar el recurso de reposición, previsto en el artículo 201 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil el cual dispone, en lo pertinente que, en contra de la resolución dictada por una Corte de Apelaciones que declara inadmisible una apelación, por interponerse contra una resolución inapelable, puede deducirse, dentro de tercero día y por escrito, tal reposición; lo que no se hizo en la especie. La norma del Código Adjetivo Civil pretendía hacerse aplicable utilizando la remisión genérica que, el artículo 52 del Código Procesal Penal contiene, al señalar: "Serán aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opusieren a lo estatuido en este Código o en leyes especiales, las normas comunes a todo procedimiento contempladas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil."

A esa primera argumentación se contestó, en síntesis, que el artículo 201 no era aplicable en el caso sub lite. En primer lugar porque, por sobre el artículo 52 del Código Procesal Penal, debía aplicarse el artículo 361 del mismo cuerpo legal, que establece: "Los recursos se regirán por las normas de este Libro. Supletoriamente, serán aplicables las reglas del Título III del Libro Segundo de este Código". Al considerarse esta norma, se imponía desechar ese argumento (el que, de hecho, no fue considerado por la Corte Suprema al resolver), teniendo presente que, en el evento que fueren insuficientes las normas particulares del Código Procesal Penal en materia de recursos, debe estarse a las normas sobre Juicio Oral y ***no*** a la remisión del artículo 52, que excluye la aplicación de las normas comunes a todo procedimiento civil, cuando se opongan a lo estatuido en el CPP o en leyes especiales lo que, sostuvimos, ocurría . En este caso las normas que se podrían haber considerado como aplicables, para defender la tesis de los abogados citados sobre que debió utilizarse el recurso de reposición, como recurso ordinario previo al de queja, serían las de los artículos 362 y 363 del Código Procesal Penal. Sin embargo, en contra de tal pretensión, argumentamos en estrados que dichos artículos regulaban situaciones distintas, que impedían aplicarlos en la especie. Así, sintéticamente, el art. 363 regula la reposición en audiencias orales y la permite sólo cuando, la resolución que se busca modificar o dejar sin efecto, ha sido dictada sin previo debate lo que, obviamente, no ocurría con la resolución de la Corte de Apelaciones que se dictó *previa vista* de la causa. Por su parte, en lo que respecta al art. 362, que regula la reposición contra resoluciones dictadas fuera de audiencias, se esgrimió por nuestra parte que, tampoco, podía aplicarse, sobre la base que, la resolución de la Corte de Apelaciones que declaró inadmisible el recurso de apelación fue dictada –precisamente- ***en la audiencia*** sobre la vista de este recurso (la que se suspendió, momentáneamente, para deliberar).

Por último, como otro argumento para explicar por qué el Ministerio Público no pudo haber utilizado la norma comentada del artículo 201 del Código de Procedimiento Civil, al margen de las consideraciones anteriores, se debe tener presente que el precepto citado se refiere a aquellos casos en que un tribunal de alzada declara la inadmisibilidad *de oficio* y sin escuchar a las partes comparecientes, lo que no era el caso.

b) Fondo del asunto.

La resolución dictada por el Juez don Rodrigo Urrutia Molina, por la que se aprobaron los acuerdos reparatorios y se sobreseyó total y parcialmente la causa, como ya se explicó, es una sentencia que, al

margen de estimarse -fundadamente- por el Ministerio Público que va en contra del "interés público prevalente en la continuación de la persecución penal", se encontraba dentro de las posibilidades que, según el artículo 241 del Código Procesal Penal, puede adoptar un Juez de Garantía, en la audiencia respectiva. Sin embargo lo que, derechamente, debe llamar a preocupación es la posición adoptada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique quien pretendió asentar un criterio que, estimamos, no está contemplado en el CPP y que, creemos, no fue refrendado por la Corte Suprema, no obstante el rechazo del recurso de queja. Resumidamente, analizaremos algunos aspectos relevantes:

i) Facultad del Ministerio Público de oponerse a los acuerdos reparatorios.

Como se expuso por el Ministerio Público, a lo largo de todas las etapas procesales que tuvo este asunto, nuestra oposición se fundamentó en el claro tenor del artículo 241 del CPP. En efecto, en el libelo en que se interpuso el recurso de queja, ya se advirtió que, tal pronunciamiento opuesto, encontraba entre otros fundamentos "...estimar que -en este caso- la connotación del hecho, las gravísimas consecuencias del mismo y el número de disposiciones legales y reglamentarias infringidas, implica necesariamente la existencia de un Interés Público Prevalente en la continuación de la persecución penal.

Si bien los delitos culposos están contemplados como aquellos respecto de los cuales puede convenirse un acuerdo reparatorio, en este caso lo impedía un interés superior al legítimo derecho de las víctimas de recibir dinero como reparación. Tal interés superior se traduce en la necesidad de proseguir y terminar la investigación a objeto de conocer realmente las causas de la explosión y las responsabilidades de cada uno de los imputados.

La aprobación judicial debe operar como garantía, para las partes y para la sociedad en su conjunto, que los acuerdos reparatorios no operarán como una forma de abuso de poder por parte de quienes se encuentran en una posición privilegiada respecto de su contraparte. En este contexto, la cláusula de interés público prevalente, ofrece a la sociedad, representada por el Ministerio Público, el mecanismo para evitar los casos de abusos de esta institución.

La existencia de Interés Público Prevalente, se encuentra justificada por los fines preventivos de la pena. El conflicto que ha generado la muerte de cinco personas...debe ser enfrentado mediante una investigación que procure determinar lo que realmente ocurrió y eventualmente por la imposición de una pena y no solamente a través de un acuerdo económico...".

Los párrafos recién copiados –que compartimos plenamente- son coherentes, y así se hizo saber a los tribunales, con la doctrina nacional e internacional en la materia e, incluso con la discusión parlamentaria, habida a propósito de la instauración del artículo 242 del CPP. En efecto, sobre los tópicos esbozados, se ha escrito, en Chile y en el extranjero. Entre ello, reproducimos tres criterios que hacemos nuestros, y que abonan lo justificado que resulta permitir que el Fiscal pueda manifestar su desacuerdo (los destacados son nuestros): "**Si se reduce la función del Derecho Penal a la solución del conflicto surgido entre el autor y la víctima, se niega los intereses de la sociedad expresados en la pretensión penal estatal**, es decir, de conservación del ordenamiento jurídico y protección de las próximas víctimas. No menos importante es una limitación general de la reparación que acaba en la disminución considerable de la prevención general, porque las consecuencias jurídicas del delito se corresponden esencialmente con aquellas que resultan de la obligación de restituir del Derecho Civil. **La protección de la víctima no se vería mejorada** sino, por lo contrario, bastante perjudicada."[16]

Por su parte, reforzando el hecho cierto que, para fundamentar el "interés público prevalente", como causal de la oposición del Ministerio Público a la aprobación de esta salida alternativa, existen los fines de la pena: "La reparación, en sentido amplio, es, así, una meta racional propuesta como tarea del Derecho penal, incluso para el actual, **bajo dos condiciones: que ello no perjudique, sino que coopere con los**

---

[16] HIRSCH (H. J.)."La reparación del daño en el marco del Derecho penal material". En: "De los delitos y de las víctimas". Ed. Ad-Hoc. 1992. Pág.58.

fines propuestos para la pena estatal; que ella no provoque una nueva expropiación de los derechos de la víctima para resolver el conflicto."[17]

Finalmente, y sobre los otros aspectos involucrados en nuestra argumentación: "En el marco de una sociedad en extremo polarizada y desigual como la nuestra subsiste, sin embargo, **una importante objeción** a esta salida alternativa, cual es que los poderosos económicamente siempre tendrán acceso a ella, quedando reservado, una vez más, el instrumento para los más vulnerables social y económicamente. La crítica es inobjetable y es corroborada permanentemente por las investigaciones criminológicas que estudian los factores de la impunidad en el ámbito de la delincuencia económica o de "cuello blanco"...En todo caso, **siempre podrá rechazarse** esta alternativa **por razones preventivas**. En efecto, puede ocurrir que, aun reuniéndose los requisitos que autorizan la solución reparatoria, ella resulte desaconsejable, por razones de prevención general o especial."[18]

ii) Procedencia del recurso de apelación en contra de la resolución que, junto con aprobar el acuerdo reparatorio, sobresee definitivamente una causa.

Estimamos que es lógicamente imposible sostener, como lo hizo la Corte de Apelaciones de Iquique, que se pueda *escindir o separar* la voluntad del juez de aprobar esta salida alternativa, manifestada en su resolución, de la decisión de sobreseer una causa. Tal pretensión es contraria al tenor legal, a las razones de texto y doctrinarias que hemos venido diciendo, e inclusive podría ser contraria a los intereses del imputado o la víctima. En efecto, aunque sea altamente improbable y sólo a modo de ejemplo, podría suceder que un acuerdo reparatorio fuese aprobado, contra la oposición del Fiscal, y el Juez hubiese sido cohonestado o amenazado y, derivado de esa situación, no cautele debidamente los intereses de esos intervinientes. No aparece razonable que se cercene la facultad, legal y legítima del Ministerio Público de apelar. Empero, al margen de la especulativa hipótesis anterior, nos parece que limitar el recurso en alzada, como se hizo por la Corte de Iquique, va contra expreso texto legal y es ajeno al sentido de las normas del Código Procesal Penal.

En tal sentido, y para finalizar, se debe remarcar lo sostenido por el voto de minoría del Excmo. Señor Ministro don Nibaldo Segura quien, expresamente y como se transcribió, afirmó que el artículo 253 del Código Procesal Penal establece que **el sobreseimiento** sólo será impugnable por la vía de la apelación, ante la Corte de Apelaciones respectiva, y que **su fundamento inmediato es la aprobación de acuerdos reparatorios**, de manera que **la distinción** entre una y otra resolución **es del todo artificial**, pues en la revisión del sobreseimiento por la vía de la apelación, es posible el examen de procedencia y legalidad de esta salida alternativa.

iii) Mérito de otras partes de la sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema.

No obstante que la mayoría de la Corte no estuvo por acoger el recurso de queja, no es un punto menor que los otros cuatro integrantes de la Sala hayan, también en forma expresa, expuesto su parecer sobre el hecho que la resolución de la Corte de Apelaciones de Iquique, en mayor o menor grado, no resulta ajustada a derecho, lo que se desprende de la mera lectura del fallo.

Creemos que esta parte de la sentencia debe estimular a los Fiscales del Ministerio Público, por supuesto sin desnaturalizar la importante institución de los acuerdos reparatorios, para que, cada vez que estimen que existe un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal, hagan valer el legítimo e irrenunciable derecho de nuestra institución a oponerse a la aprobación de tal salida alternativa; tanto ante los Jueces de Garantía, como ante las Cortes de Apelaciones, en la vista del recurso de apelación que, eventualmente, se interponga (vía de impugnación absolutamente admisible, como pensamos haber demostrado con estas líneas).

---

17 MAIER (J.B.J.). « La víctima y el sistema penal ». Ídem anterior. Pág. 208.

18 HORVITZ (M.I.). "Derecho Procesal Penal Chileno". Editorial Jurídica de Chile. Tomo I. 2002. Págs. 569, 570.

III Artículos

INFORME PRESENTENCIAL DEL IMPUTADO: OPORTUNIDAD Y SUJETO LEGITIMADO PARA SOLICITARLO

Marta Herrera Seguel
Abogada
Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos
Fiscalía Nacional - Ministerio Público

Planteamiento de la situación:

De acuerdo al artículo 345 del Código Procesal Penal, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, una vez pronunciada su decisión de condena podrá, si lo considera necesario, citar a una audiencia con el objeto de abrir debate sobre los **factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena** que el mismo tribunal señalará, sin que esta audiencia altere los plazos para la redacción definitiva del fallo que el código contempla.

Una cuestión que se ha planteado últimamente dice relación con la actitud de algunos tribunales, sean juzgados de garantía, sean tribunales de juicio oral en lo penal, de exigir que el Informe Presentencial del imputado, antecedente necesario para la definición de si el sujeto cumplirá efectivamente la pena impuesta o se hará acreedor del beneficio de la libertad vigilada contemplado en la Ley N° 18.216, sea incorporado al proceso en forma bastante previa a la realización de la audiencia a la que se refiere el citado artículo 345. Incluso se ha llegado a instruir directamente por el órgano jurisdiccional a Gendarmería de Chile para la confección de este informe en casos concretos, o se ha autorizado a la defensa para solicitar directamente dicho informe a Gendarmería[19].

Las dudas que surgen sobre la base de la situación anterior son las siguientes:

A. Quién es el sujeto legitimado para solicitar de Gendarmería de Chile la confección de dicho informe.

B. Cuál es la oportunidad legal para solicitar la confección del citado informe. En el mismo sentido, si la audiencia a la que se cita para los efectos de debatir sobre la procedencia de la inclusión de un informe presentencial de el o los imputados constituiría un adelanto de la audiencia a la que se refiere el artículo 345 del Código Procesal Penal.

Sujeto legitimado para solicitar de Gendarmería de Chile la confección del informe presentencial.

- Situación de la defensa:

A primera vista, el punto de partida en el análisis de esta materia estaría dado por una cuestión básica: la consabida calidad del Ministerio Público como órgano constitucionalmente encargado de la dirección exclusiva de la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que acrediten la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado. La norma constitucional y orgánica constitucional se ve refrendada en rango legal, según sabemos, por los artículos 79, 80 y 180 del Código Procesal Penal, entre otros.

---

[19] Causa RIT 59-04 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso.

Por esta calidad de director exclusivo de la investigación, los demás intervinientes "proponen" al organismo persecutor aquellas diligencias de investigación que consideren pertinentes y útiles al esclarecimiento de los hechos y, el propio órgano persecutor, decreta que se lleven a cabo aquellas que estime conducentes.

Ahora bien, estamos hablando de "diligencias de investigación", vale decir, de aquellas que persiguen los fines propios de la investigación que podemos, en forma básica, definir de la forma que sigue:[20]

- Determinar si efectivamente se ha verificado el hecho punible.
- Determinar quiénes son los responsables de la comisión de dicho ilícito.

La pregunta que inmediatamente surge es: el informe presentencial, ¿constituye una diligencia que podamos encuadrar dentro de lo anteriormente expuesto?

La respuesta debiera ser negativa; este informe claramente no persigue acreditar el hecho punible, tampoco pretende acreditar la participación culpable del imputado. Este informe sólo pretende, eventualmente**, influir en la determinación de la modalidad concreta que asumirá la pena, en forma aún más específica, establecer si el sujeto cumplirá su condena efectivamente privado de libertad o, por el contrario, accederá al medio libre a través del beneficio de la libertad vigilada.**

En el mismo sentido, este informe no constituye una prueba pericial pues, aun cuando se trate de un informe técnico realizado por profesionales de acuerdo a los conocimientos específicos propios de su ciencia, arte u oficio, no pretende acreditar los hechos materia del proceso.

Desde esta perspectiva, si el informe presentencial no se enmarca dentro de las actividades de la investigación, cuya dirección está confiada en forma exclusiva al Ministerio Público, la solicitud de su elaboración no debiera comprenderse dentro de la proposición de diligencias a las que alude el artículo 183 del código del ramo. No se trata de una actividad que los demás intervinientes deban proponer al Ministerio Público pues no constituye una diligencia de investigación.

Lo anterior se ve ratificado por la modificación efectuada por la Ley Nº 19.806, sobre Normas Adecuatorias del Sistema Legal Chileno a la Reforma Procesal Penal a la Ley Nº 18.216 sobre alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad. En efecto, previo a dicha modificación legal, el artículo 15 letra c) de la Ley N° 18.216 disponía que *"(...) Si dichos informes no hubieren sido agregados a los autos durante la tramitación del proceso, el juez de la causa o el tribunal de alzada los solicitarán como medida para mejor resolver (...)"*. Dada la conocida confusión de roles en el antiguo procedimiento penal, se podía concluir que tal facultad del órgano jurisdiccional le venía conferida en su carácter de organismo encargado de la conducción de la instrucción criminal. No obstante, sabemos que el juez del crimen sufría un desdoblamiento en un momento dado, pasando a transformarse en el sentenciador de la causa y, como tal, requería de todos los antecedentes que le permitieren establecer la pena específica que aplicaría al caso.

Conclusivamente, la facultad de solicitar estos informes confiada al juez del crimen o al tribunal de alzada, venía dada por su carácter de juzgador, de órgano encargado de resolver el conflicto de relevancia jurídica sometido a su decisión y no por su rol de director de la investigación. Por lo mismo, la posibilidad revestía la

---

[20] La referencia está hecha a la investigación como actividad y no como etapa, pues se reconoce que dentro de este último contexto los objetivos son bastante más amplios y abarcan la racionalización de la carga de trabajo, la eficacia de la investigación, la protección de víctimas y testigos, siguiendo a los autores Duce y Riego (Introducción al nuevo sistema procesal penal, Ediciones U. Diego Portales. Santiago, 2002. Pp. 125 y ss.) o, siguiendo a María Inés Horvitz: allegar o producir material probatorio necesario para acusar, impedir que pasen a la etapa de preparación casos de sospecha infundada, operando como filtro, promover en ciertos casos la terminación anticipada del procedimiento (Derecho Procesal Penal Chileno. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2002, pp. 470).

forma de una medida para mejor resolver, instrumento -inquisitivo- propio del órgano jurisdiccional en sus labores de tal y no en labores administrativas como aquellas que dicen relación con la investigación.

Por tales razones, la modificación de la Ley N° 18.216 por las Normas Adecuatorias del Sistema Legal Chileno a la Reforma Procesal Penal no estableció que fuera el Ministerio Público, en forma exclusiva, quien pudiera solicitar del organismo técnico respectivo los referidos informes, en su carácter de sucesor del rol de investigador propio del juez del crimen, sino que confirió dicha posibilidad a todos los intervinientes de acuerdo a la siguiente redacción (artículo 15 letra c)):

> "(...) Si dichos informes no hubieren sido incorporados al juicio oral, **los intervinientes** podrán acompañarlos en la oportunidad prevista en el artículo 345 del Código Procesal Penal (...)".

En consecuencia, la nueva redacción de la norma legal confiere a cualquier interviniente, entre ellos la defensa del imputado, la posibilidad de acompañar los citados informes presentenciales y ello no constituye más que la manifestación de que tal documento **no** constituye un antecedente de la investigación y, por lo tanto, la solicitud no debiera pasar necesariamente por el órgano encargado exclusivamente de la dirección de la misma.

- Situación del resto de los intervinientes

La norma actual se refiere a los "intervinientes" los que, según sabemos, están especificados en el artículo 12 del Código Procesal Penal, y no efectúa distingo alguno en cuanto a los legitimados para acompañar el informe. Sin embargo, ¿qué intervinientes estarán realmente interesados en que el mismo sea incorporado al proceso para ser tenido en cuenta en la oportunidad procesal correspondiente?

i. El Ministerio Público, dado que, dentro del principio de objetividad que regula todas sus actuaciones, descrito ya en los artículos 80 A de la Constitución Política y 1° de su Ley Orgánica, especificado mayormente en el artículo 3° de esta última, se entiende que el órgano persecutor debe sujetarse absolutamente y debe velar por la correcta aplicación de la ley penal. Si, de acuerdo a ella, el acusado –o condenado- debe cumplir su sanción en una forma distinta a la natural y tal situación puede obtenerse gracias a la información proporcionada por este antecedente, el Ministerio Público debe acompañarlo. Ahora si, por otro lado, del contenido del referido informe emana la inconveniencia de que el condenado cumpla su sanción en una forma distinta a la efectiva privación de libertad, el Ministerio Público, también en su función de velar por la correcta aplicación de la ley penal, claramente deberá instar a ello. Sin duda alguna entonces, el organismo persecutor es un interviniente absolutamente legitimado para encargar la confección de este informe y presentarlo posteriormente a los sentenciadores para la adopción de su decisión.

ii. El imputado y su defensa obviamente son intervinientes interesados en la elaboración de este informe pues, del contenido que de éste emane pueden derivar consecuencias favorables para el imputado en virtud de la aplicación de los beneficios contemplados en la Ley N° 18.216. Si bien es cierto, también es probable que la confección de este informe no implique ningún beneficio para el imputado pues su contenido resulte negativo, dicho perjuicio sólo se traduciría en la imposibilidad de acceder al beneficio establecido en la ley pero no implica un cambio de circunstancias respecto de la situación procesal del imputado pues, insistimos, no constituye un antecedente de la investigación.

Respecto del resto de los intervinientes a que alude el artículo 12, vale decir, víctima y querellante, resulta más complejo justificar el legítimo interés que los mismos tendrían en la posibilidad de solicitar el referido informe (en la medida que entendamos que este informe no tiene por objeto acreditar delito ni participación). En efecto, estos sujetos procesales son titulares -o co-titulares- de la acción penal. Si bien el código no nos da una definición de acción penal, podemos a lo menos señalar que ella se concede para la persecu-

ción de los delitos, vale decir, para la determinación del hecho punible y de la culpabilidad del imputado y la aplicación de la sanción que corresponda de acuerdo a la ley. El artículo 10 del Código de Procedimiento Penal graficaba la situación señalando que *"Se concede acción penal para impetrar la averiguación de todo hecho punible y sancionar, en su caso, el delito que resulte probado"* y, pese a las conocidas deficiencias en su conceptualización[21], podíamos advertir que los fines de la acción penal se dirigían a la facultad de poner en movimiento el aparato estatal de justicia con el objeto de que se investigara el delito presuntamente cometido y se sancionara a los que resultaran responsables del mismo. La determinación de la modalidad concreta de ejecución de la pena que debería cumplir el infractor parece exceder el contenido mismo de la acción penal.

En el caso del Ministerio Público, insistimos, su intervención en la materia se justifica por su sujeción al principio de objetividad y el hecho de velar por la correcta aplicación de la ley penal que el mismo conlleva. En el caso del imputado y su defensa, el interés aparece justificado por el eventual beneficio que de esta situación podría obtener.

En conclusión, se estima que la víctima o el querellante, pese a estar mencionados en el artículo 15 c) de la Ley Nº 18.216 (genéricamente al referirse a los "intervinientes") no deberían solicitar la confección de este informe, por exceder al interés que legitima su accionar al interior del proceso penal.

- Situación del órgano jurisdiccional

Cabe ahora preguntarse qué ocurre respecto del órgano jurisdiccional en cuanto a su titularidad para solicitar este informe. La respuesta parece venir dada por el artículo 24 de la Ley Nº 18.216 que expresa: *"El tribunal que conceda, de oficio o a petición de parte, algunos de los beneficios previstos en los artículos anteriores, deberá así ordenarlo en la respectiva sentencia condenatoria, expresando los fundamentos en que se apoya y los antecedentes que han dado base a su convicción"*. Podría entonces colegirse que, si el tribunal puede decretar de oficio los beneficios que la citada legislación contempla, debiendo expresar los fundamentos y antecedentes que han dado base a su convicción, en el caso de la libertad vigilada es claro que un antecedente indispensable estará constituido por el informe presentencial, por lo tanto, el tribunal también tendría la facultad para solicitar del organismo encargado de su elaboración que éste le sea remitido.

Ello también resulta lógico si pensamos que se trata de un antecedente que el sentenciador requiere para los efectos de determinar la modalidad concreta que asumirá la pena, función que le resulta consustancial a su cargo; no implica intromisión en tareas persecutorias, dado que el juez no está recabando antecedentes para acreditar el delito ni la participación culpable.

Sin embargo, una conclusión distinta es la que emana de la historia de la ley. En efecto, en el marco de las Normas Adecuatorias se dejó constancia por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado que:

> "La Comisión coincidió en que, de acuerdo al Código Procesal Penal, no corresponde al tribunal de juicio oral en lo penal solicitar los referidos informes, por ser una materia entregada a los intervinientes. De esta manera, lo que cabe consignar es sólo una nueva oportunidad para que presenten tales informes si no los hubieren acompañado al juicio oral, cual es la prevista en el artículo 345 del señalado Código. Al hacer alusión en general a los intervinientes, se incluye la actividad que sobre el particular pueda realizar el propio Ministerio Público".[22]

---

[21] La responsabilidad recae sobre las personas y, por ende, sobre las mismas recae la sanción, no sobre el delito que hubieren cometido.

[22] Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado recaído en el Proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, sobre normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal. Boletín Nº 2217-07. Valparaíso, 16 de octubre de 2001. Página 88.

No obstante, se estima que una interpretación sistemática debería llevar a la conclusión de que, a lo menos cuando el sentenciador estime por sí mismo la procedencia del beneficio sin que previamente se le haya solicitado, circunstancia reconocida por el artículo 24 de la Ley Nº 18.216, es uno de los sujetos legitimados para solicitar la confección del informe a efectos de contar con todos los antecedentes necesarios para decidir sobre la aplicación del beneficio. Aún cuando la regla general sea la que se desprende de la historia de la norma, vale decir, que sólo los intervinientes pueden acompañarlo en el supuesto de que ellos han solicitado se aplique o no el beneficio de la libertad vigilada.

- Situación práctica

Todo lo anteriormente expuesto refleja las conclusiones que se pueden extraer de la normativa legal vigente y de los principios que orientan el nuevo proceso penal, sin embargo, no constituyen el pensamiento del organismo público elemental en esta materia, vale decir, Gendarmería de Chile, institución encargada de la elaboración de todos los informes presentenciales que se soliciten en el país, a través de sus Centros de Reinserción Social.

En efecto, tras la modificación efectuada por la Ley Nº 19.806, Gendarmería de Chile a nivel central informó de las sustanciales modificaciones que la reforma legal en comento traía aparejadas, en cuanto determinaba quiénes podían agregar los informes presentenciales al proceso penal, esto es, los intervinientes, habiéndose instruido a los Centros de Reinserción Social de las regiones en que la Reforma Procesal Penal estaba vigente, que las solicitudes de estos informes por parte de la Defensoría Penal Pública y el querellante debían canalizarse a través de los fiscales adjuntos del Ministerio Público, "(...) como órgano con facultad exclusiva para la investigación penal".[23]

Entonces, la definición adoptada por esta institución y que constituye una directriz de la misma, consiste en estimar que el único sujeto legitimado para solicitarles el informe es el Ministerio Público. Esta conclusión a la que arribó se ve ratificada por los siguientes aspectos prácticos:

i. El informe presentencial es un instrumento público, vale decir, uno otorgado con las formalidades legales por el funcionario competente. Si este instrumento público se entregara a cualquier interviniente, sin una organización previa, posteriormente otros intervinientes lo solicitarían sin que fuera posible entregarles un nuevo informe presentencial sino tan sólo una copia del mismo. Desde ya se puede advertir las inconveniencias prácticas que tal desorganización acarrearía.

ii. Lo anterior obliga a proporcionar una organización al margen de lo que dispone el texto legal. En tal sentido, sólo debería ser uno de los intervinientes quien solicitara y acompañara el informe presentencial. Según lo anteriormente expuesto, sólo dos de los intervinientes tienen un interés legítimo en dicho informe: el organismo persecutor y la defensa del imputado. Entre ellos, se estima que está mayormente legitimado para cumplir esa función el Ministerio Público por su sujeción al principio de objetividad y su finalidad única de hacer aplicable correctamente la ley penal. La defensa del imputado puede no verse interesada en presentar un informe presentencial desfavorable para el imputado, en cambio, el Ministerio Público tendrá interés en acompañarlo cualquiera sea el contenido del informe pues su único interés se traduce en la correcta aplicación de la ley penal. Esta situación, sin duda, es la que más se acomoda a la lógica dentro de lo que constituye la normativa actual.

---

[23] Oficio Ord. Nº 313 de 16 de junio de 2002 dirigido del Dpto. de Tratamiento en el Medio Libre a los Jefes de Centros de Reinserción Social y, en el mismo sentido, Oficio Ord. Nº 410 de 22 de septiembre de 2003 dirigido de la Jefa del Departamento de Tratamiento en el Medio Libre al Jefe del Centro de Reinserción Social de Punta Arenas cuyos argumentos se reproducen en cada respuesta que se envía por las consultas de los C.R.S. sobre la materia.

Oportunidad legal para solicitar e incorporar el informe presentencial:

Según lo establecido en nuestro código procesal y como se ha venido exponiendo, una vez pronunciada la decisión de condena, el tribunal podrá citar a una audiencia que tendrá como objeto, abrir debate sobre los factores relevantes para la determinación y ***cumplimiento*** de la pena que el tribunal señalará.

Sin duda que, a fin de determinar la modalidad de cumplimiento que la pena impuesta podrá asumir, uno de los factores más relevantes – si no el más – está constituido por el informe sobre antecedentes sociales y características de personalidad del procesado, conducta anterior y posterior al hecho punible y sobre la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito, que permita concluir que un tratamiento en libertad aparece eficaz y necesario, en el caso específico, para una efectiva readaptación y resocialización del beneficiado.

En efecto, el beneficio de libertad vigilada tiene como requisito la existencia de este informe y el hecho de que el mismo sea favorable al condenado. Consecuentemente y aún cuando no constituye un requisito de los mismos, también puede ser de utilidad para estimar concurrentes los requisitos de la remisión condicional de la pena impuesta o el beneficio de la reclusión nocturna.[24]

La redacción que el actual artículo 345 tenía en el proyecto del Ejecutivo señalaba que, en el caso de condena, al citar a la audiencia de lectura de la sentencia el tribunal podría disponer la incorporación de antecedentes o la práctica de determinadas diligencias destinadas al esclarecimiento de los hechos o circunstancias relevantes para la determinación de la pena (art. 403).

En la Cámara de Diputados se explicó que el artículo se refiere al informe de peligrosidad del acusado. Por ejemplo, si se da una pena alternativa, se necesita tener un informe social de la persona. En el Senado se aclaró que la idea no es que se ventilen en esta oportunidad las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal pues ello obstaculizaría la realización de una defensa verdadera durante el juicio oral, más ajustada a los hechos y, para enfatizar esta idea, prefirió hablar de factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena. [25]

Vale decir, la determinación misma de la pena se configurará básicamente con el material aportado durante la audiencia de juicio oral dado que las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que pueden incidir en la misma deberían ser discutidas y acreditadas en dicha oportunidad procesal, según quedó de manifiesto en la historia fidedigna del establecimiento del Código Procesal Penal.

Por tanto, los antecedentes que se ventilen en la audiencia a la que alude el artículo 345 dicen relación con otro material que permita establecer correctamente la pena aplicable al caso concreto, al margen de todo aquello que -en la medida de lo posible- ha debido tener lugar en la audiencia de juicio oral (factores relativos al hecho punible mismo, grado de participación, grado de desarrollo del delito, circunstancias modificatorias de responsabilidad penal).

Sin duda, uno de los antecedentes más significativos para estos efectos está constituido por el informe presentencial elaborado por el organismo público encargado de la ejecución de las penas, es decir, Gendarmería de Chile. Por esta razón, cuando hablamos de informe presentencial asociamos la situación, necesariamente, a lo prescrito por esta norma legal.

---

[24] En este sentido artículos 4º letra c) y artículo 8º letra c) Ley Nº 18.216 que establecen como requisito de dichos beneficios el hecho de que los antecedentes personales del "procesado", su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitan presumir que no volverá a delinquir, lo que puede acreditarse en forma más fehaciente con el informe a que alude la letra c) del artículo 15 al referirse a la libertad vigilada.

[25] PFEFFER URQUIAGA, Emilio. *Código Procesal Penal Anotado y Concordado*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2001. Pp. 347-348.

No obstante, el código señala que el tribunal citará a esta audiencia **cuando lo considere necesario**, de lo cual desprendemos lógicamente que existirán casos en que el tribunal prescindirá de esta audiencia por resultar innecesaria. (Aún cuando le sea solicitada por las partes).

¿Cuáles son estos casos?

Obviamente, aquellos en que el tribunal cuente con todos los antecedentes que le permitan, de acuerdo a la legalidad y para el caso concreto, establecer la pena concreta que el condenado deberá cumplir y la **modalidad específica de su cumplimiento**, ya sea mediante su cumplimiento efectivo, ya sea sujeto a una pena alternativa (reclusión nocturna), ya sea que se le suspenda condicionalmente la pena (de acuerdo a las medidas de remisión condicional y libertad vigilada)[26] .

Si el tribunal NO requiere mayores antecedentes para efectuar esta determinación previa a la ejecución misma de la pena impuesta, muy probablemente será porque esos antecedentes ya obran en su poder. Por lo tanto, como una primera aproximación, en aras de la economía procesal y de la celeridad propia del proceso penal que inspira el nuevo sistema, debemos abogar porque dicho informe sea acompañado al tribunal en forma previa a la realización de la audiencia de juicio oral a fin de que, en la misma, el tribunal aprehenda no sólo lo necesario para emitir su decisión de absolución o condena sino que, en este último caso, todo el material que le permita fijar la pena que concretamente el condenado deberá cumplir.

Por lo tanto, se aprecia el beneficio de economía en el hecho de que el informe presentencial sea acompañado en forma previa a la realización del juicio oral. No obstante reconocer que la situación óptima es que este informe sólo sea confeccionado al momento de pronunciarse la decisión de condena pues sería la única forma de no atentar contra el principio de inocencia que inspira el nuevo sistema. [27]

Si, para los efectos de incorporar este antecedente al proceso se cita a una audiencia, estimamos que ello no constituye un adelanto de la audiencia de determinación de pena a la que se refiere el citado artículo 345 sino sólo una audiencia en la que se debatirá una cuestión incidental cuyo resultado -incorporación u oficio para la realización del informe- puede resultar de la máxima trascendencia para algunos de los intervinientes. Ello, por la simple razón de que no puede adelantarse una audiencia que tiene como requisito esencial el establecimiento previo de una sentencia condenatoria, situación que resulta imposible se produzca en aquellas anteriores situaciones del proceso.

Sin embargo, habida consideración de que el informe puede ser solicitado y su contenido incorporado en forma previa a la ya tantas veces referida audiencia, el problema radica en establecer **con qué anticipación debe o puede ser éste acompañado o, concretamente, definir su procedencia en la etapa de investigación.**

Sabemos que la función natural del informe presentencial consiste en constituir un antecedente que permita al órgano jurisdiccional determinar la forma concreta de cumplimiento de la pena que eventualmente se dicte, o sea, si ésta se cumplirá efectivamente en privación de libertad o se accederá al beneficio de la

---

[26] Cfr. MATUS, Jean Pierre. *Texto y Comentario del Código Penal Chileno.* Tomo I, Libro I, Parte General. Obra dirigida por Sergio Politoff y Luis Ortiz Quiroga. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2002. P. 410.

[27] Los principios que inspiran la Reforma Procesal Penal unidos a la necesaria realización del informe presentencial en forma previa al juicio oral por razones de celeridad, han obligado a Gendarmería de Chile a modificar la estructura clásica del mismo que, por lo demás, es la que corresponde al texto expreso de la ley. En efecto, previo a la vigencia de la Reforma, los Centros de Reinserción Social dividían el contenido de su informe en tres grandes acápites: aspectos psicológicos, aspectos sociales y aspectos criminológicos. Estos últimos quedan fuera de los informes confeccionados en el marco de la Reforma según instrucciones del nivel central y con el objeto de no afectar las garantías del imputado en el nuevo proceso penal.

libertad vigilada, por tanto, ninguna utilidad práctica tendría que este informe fuera invocado en tempranas etapas del procedimiento, en las que incluso podría ignorarse el destino concreto que la causa tendrá una vez cerrada la investigación.

Luego, la razón de invocar este antecedente en etapas tempranas del procedimiento se refiere exclusivamente a la posibilidad de que, sobre su base, se discuta la procedencia o improcedencia de ciertas medidas cautelares personales. Por ende, la pregunta que surge es si **¿resulta ajustado a derecho que el informe presentencial sea invocado y sea utilizado como fundamento para el rechazo o sustitución de una medida cautelar de prisión preventiva?**

Dos son las posibles interpretaciones o respuestas que pueden darse a esta interrogante:

- **Puede invocarse el informe presentencial para solicitar el rechazo de la prisión preventiva:**

La primera aproximación al tema la otorga el artículo 141 letra c) del Código Procesal Penal que, al tratar de los casos de improcedencia de la prisión preventiva establece que uno de ellos será:

> "Cuando el tribunal considerare que, en caso de ser condenado, el imputado pudiere ser objeto de alguna de las **medidas alternativas a la privación o restricción de libertad contempladas en la ley** y éste acreditare tener vínculos permanentes con la comunidad, que den cuenta de su arraigo familiar o social."

Luego, como primera impresión posible de extraer de la lectura de esta norma, el informe presentencial constituye un antecedente que permite ser considerado para los efectos de determinar la improcedencia de la prisión preventiva de acuerdo a lo prescrito por el artículo citado.

Esta interpretación se funda en el tenor literal de la norma: si la circunstancia de que el imputado pueda ser objeto de una medida de cumplimiento alternativo de la pena puede ser -junto a aquellos que se refieran al arraigo social y familiar del mismo- un fundamento que determine la improcedencia de la prisión preventiva, el informe presentencial del imputado, antecedente si no necesario a lo menos útil para determinar la posibilidad de que concurra esta circunstancia, puede ser invocado en la respectiva audiencia de discusión de medidas cautelares.

- **No es posible invocar el informe presentencial para solicitar la improcedencia de la prisión preventiva:**

Una segunda interpretación nos conduce a pensar que el informe presentencial no puede ser invocado para efectos de fundar un rechazo de la medida cautelar de prisión preventiva. Ello, sobre la base de que el citado informe, según la denominación que comúnmente se le ha otorgado, vale decir, "presentencial" nos lleva a pensar que la naturaleza propia de este informe –según la escasa regulación que del mismo efectúa la Ley Nº 18.216- dice relación con las consecuencias de la sentencia condenatoria y, por tanto, con un pronunciamiento acerca de la responsabilidad penal del sujeto, consecuencialmente, una vulneración al principio de inocencia que rige nuestro sistema de enjuiciamiento criminal. En otras palabras, si revertimos la situación, ella queda de la forma que sigue: un informe presentencial favorable es un antecedente útil para optar por la improcedencia de la prisión preventiva; luego, un informe presentencial desfavorable es útil para que la prisión preventiva sea procedente a la luz de lo dispuesto por el artículo 141 letra c).

Vale decir, para determinar la procedencia de la referida cautelar el tribunal llamado a pronunciarse acerca de la misma valorará un informe que se refiere a los antecedentes sociales y características de personalidad del imputado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles

determinantes del delito que permitan concluir que un tratamiento en libertad, en el caso específico, aparezca eficaz y necesario para una efectiva readaptación y resocialización del beneficiado.

La conexión de esta situación con una vulneración de la presunción de inocencia y el prejuzgamiento que la misma implica por parte del tribunal encargado de pronunciarse acerca de la concesión de la cautelar resulta evidente.

Por otra parte, el sistema mismo de cautela judicial se vería seriamente vulnerado. Desde siempre se ha afirmado el carácter adjetivo que tiene el proceso penal respecto del Derecho Material, no siendo más que el instrumento empleado para la aplicación correcta de la ley penal y, siendo la cautela judicial el instrumento necesario para que el proceso penal mismo pueda cumplir sus fines, no es más que el "instrumento del instrumento". Paradójico entonces resulta atribuir a esta providencia absolutamente instrumental, el efecto propio de lo que pretende el propio proceso penal. En efecto, conceder una prisión preventiva sobre la base de un informe presentencial desfavorable, equivale a afirmar, en términos más que adjetivos, la inconveniencia de que el sujeto se mantenga en el medio libre fundados en un pronunciamiento más radical en cuanto a su presunta responsabilidad. Si esto no resulta aceptable, la filosofía del sistema no debería llevarnos a concluir como aceptable la situación contraria, vale decir, la invocación de un informe favorable para abogar por la libertad del sujeto.

Si mucho se ha discutido acerca de la naturaleza y fundamentos mismos del nuevo sistema cautelar personal, si se ha criticado la inquietud lega que pretende transformar la prisión preventiva en un mecanismo al servicio del control de la seguridad ciudadana al margen de sus finalidades intrínsecas, mal podemos entonces aceptar que el informe presentencial constituya un antecedente de fondo para determinar la procedencia o improcedencia de esta cautelar sin que la lleguemos a transformar -en contravención a todo el sistema procesal- en una verdadera pena adelantada.

Finalmente, la naturaleza, el contenido y la finalidad misma de este informe dificultan su compatibilidad con etapas tempranas de la investigación. En efecto, el informe presentencial permite obtener la información que debe servir de base a una correcta decisión del órgano jurisdiccional respecto de otorgar o no la medida de libertad vigilada. Su contenido se refiere a los antecedentes sociales y características de personalidad del acusado, su conducta anterior y posterior al hecho punible, la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito, los que en definitiva permitan concluir que un tratamiento en libertad aparece eficaz y necesario, en el caso específico, para una efectiva readaptación y resocialización del beneficiado. Su objetivo legal y técnico, entonces, es entregar a los juzgadores, quienes finalmente deciden, un pronóstico lo más objetivo posible sobre el comportamiento futuro del condenado y así determinar la conveniencia de sustituir la pena privativa de libertad. Entender la función que cumple, los fines que persigue, los presupuestos que justifican la medida, la profundidad de la indagación permitida al informante, etc., es cumplir con una tarea fundamental para la sociedad y la determinación de la pena aplicable.[28] En resumen, la **única** finalidad de este informe es proporcionar antecedentes necesarios para decidir si procede o no la libertad vigilada. Nada más.

Si bien el tema puede resultar discutible dado que, por un lado, parecemos encontrarnos con el tenor literal de la norma, deberíamos inclinarnos por la segunda interpretación, de forma que no sería posible invocar como antecedente para el rechazo de la medida cautelar de prisión preventiva y la concesión de otra cautelar el informe presentencial del imputado emanado del órgano técnico encargado de su confección, vale decir, los Centros de Reinserción Social dependientes de la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile. Posición que se ve refrendada por dos importantes argumentos:

---

[28] Normas Técnicas de Libertad Vigilada del Adulto aprobadas por Resolución Exenta del Ministerio de Justicia Nº 1006 de 7 de Abril de 2003. Tercera edición, Agosto de 2003, pp. 33.

i. La naturaleza y funciones propias del informe presentencial, a las que ya se ha hecho bastante referencia pero que pueden resumirse en que el mismo constituye un antecedente para que el órgano jurisdiccional pueda decidir informadamente si el sujeto cumplirá o no su pena en la cárcel. Cualquier otra utilidad que pretenda darse al referido informe implicaría su desnaturalización.

ii. Una cuestión de orden práctico: la alta demanda que existe en el organismo encargado de la ejecución de las penas en nuestro país. Efectivamente Gendarmería de Chile, en la actualidad, no pone trabas a la elaboración de los informes presentenciales ligadas con la oportunidad procesal en que éstos serán presentados sino, únicamente, con la incapacidad de evacuar todas las solicitudes por la escasez de recurso humano capaz de hacer frente a toda esa demanda. Es sabido que, afortunadamente, la vigencia de la Reforma Procesal Penal en la casi totalidad de las regiones del país ha implicado una considerable disminución de los tiempos de tramitación de las causas penales: los objetivos de una justicia rápida y eficiente se están haciendo realidad en el nuevo sistema. No obstante, ello ha traído aparejados inconvenientes desde algunos ángulos. Así, sabemos que los exiguos plazos judiciales para el cierre de la investigación no se condicen con la posibilidad de respuesta de algunos organismos auxiliares, a modo de ejemplo, es la situación que existe en la actualidad con las pericias psiquiátricas y psicológicas. De la misma forma, la cantidad de informes presentenciales que pueden requerirse simultáneamente por causas que se encuentran en similar estado pueden provocar la saturación de Gendarmería situación que, al parecer y según información proporcionada por la misma institución, estaría ocurriendo en la actualidad. Sin duda que, siendo una cuestión a lo menos discutible, la sana razón debería conducirnos a no recargar el sistema con peticiones adelantadas, de causas que podrían tener un destino diferente a la realización del juicio oral (recordemos que estamos en la etapa de investigación, por tanto, no ha tenido lugar su cierre y la opción por alguno de los caminos que plantea el artículo 248 del Código Procesal Penal). Por lo demás, no sólo debiera ser el Ministerio Público quien velara por el correcto funcionamiento de las instituciones que, en mayor o menor medida se relacionan con la marcha del sistema, preocupándose de la sobrecarga y sobre exigencia a los mismos, sino que todos los intervinientes deberían propender al mismo fin y al mejor funcionamiento de la reforma misma dentro de los, algunas veces, escasos recursos con que contamos.[29]

La posibilidad de compatibilizar intereses y solucionar estos problemas no es tan lejana. En efecto, la defensa del imputado tendrá interés en que se decrete la improcedencia de la prisión preventiva fundado en que se considere que su representado, en el evento de ser condenado, pudiere ser beneficiado con alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad que establece la ley. Sin embargo, para sostener y acreditar la hipótesis de improcedencia de la prisión preventiva que contempla el artículo 141 letra c) no es necesario y tampoco es correcto que se acompañe el informe presentencial del imputado, el cual reviste la complejidad propia y demanda todas las actividades necesarias para tomar una decisión tan trascendental como que un sujeto que ha sido declarado culpable de la comisión de un delito pueda permanecer en el medio libre.[30] Toda la actividad requerida, el procedimiento necesario para la realización de un

---

29 En este sentido resulta apropiada la solución adoptada por la V Región que, ante los problemas concretos que la alta demanda de informes presentenciales en etapa temprana estaba ocasionando a GENCHI, llegó a un acuerdo con la Defensoría Regional en orden a que estos informes no serían solicitados para argumentar por el rechazo de las medidas cautelares.

30 El procedimiento de confección de un informe presentencial conlleva, desde la recepción de la solicitud proveniente del tribunal o de la fiscalía, la realización de un total de 14 actividades que culminan con la presentación y aprobación del informe por parte del Consejo Técnico. Si en este último no existe consenso en cuanto a la concesión de la medida propuesta por los informantes, deberá llevarse a cabo otra serie de actividades para despejar las dudas. Según información proporcionada por el Departamento de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile, el promedio de tiempo desde que llega una solicitud de informe hasta su despacho por el CRS, en el marco de la Reforma Procesal Penal es de 39 días, los que por supuesto pueden ser mayores dependiendo del caso concreto. Así por ejemplo, ciertos casos requieren que se entreviste a una multiplicidad de personas y por razones geográficas o simplemente circunstanciales pueden retrasar el proceso en demasía.

informe presentencial no se condice con la instancia de discusión de una cautelar. Y sabemos que tampoco se condice con ella el propio contenido del informe.

Sin embargo, para estas instancias preliminares y con aquellos específicos objetivos sería posible que, para la correcta decisión de estas cuestiones, Gendarmería de Chile evacuara un informe diferente, de menor entidad en términos de actividades demandadas y de su propio contenido y que no revistiera la complejidad propia del informe presentencial.

Dicha solución resulta más apropiada en términos de eficacia y de apego a la legalidad. Efectivamente, desde este último punto de vista se respeta el sentido del informe presentencial en los términos que está concebido en el artículo 15 letra c) de la Ley Nº 18.216, es decir, no sería necesario adecuar el mismo, al margen de la legalidad, para hacer procedente una discusión sobre prisión preventiva sino buscar otra modalidad de informe proporcional a la necesidad del mismo.

Desde el punto de vista de la eficacia no se afectaría la gestión del organismo emisor del informe ya que, en la actualidad, se demanda igualmente la elaboración de informes presentenciales con toda la complejidad que los mismos exigen. Si Gendarmería tuviera la posibilidad, normativamente, de realizar informes adecuados sólo al objetivo de discusión de cautelares y, por lo tanto, de una entidad y una complejidad menor que el presentencial, podría responder de mejor forma a los requerimientos y, por lo demás, de un modo más honesto respecto de la naturaleza de las instituciones. Sin embargo, Gendarmería no tendrá tal posibilidad en la medida que lo que se le siga encargando (sea por fiscalía autónomamente, sea obligado a ello por el órgano jurisdiccional o por oficio de este último) sea un informe presentencial propiamente tal.

Conclusiones:

1) La modificación introducida por la Ley Adecuatoria al artículo 15 letra c) de la Ley Nº 18.216 implicó un cambio fundamental en cuanto a los sujetos autorizados para acompañar el informe presentencial del imputado al proceso penal, extendiendo esta facultad a todos los intervinientes.

2) Esta solución -en cierta medida- se condice con la naturaleza misma del informe presentencial: éste sólo constituye un antecedente que permite determinar la procedencia o improcedencia de la medida alternativa de libertad vigilada pero no constituye un antecedente de la investigación ni un informe pericial pues su objetivo excede los fines propios de la investigación y de lo que deberá acreditarse en el eventual juicio oral.

3) No obstante y a fin de propender al correcto funcionamiento del sistema, consistiendo el informe presentencial en un instrumento público que no puede ser evacuado por el organismo emisor cada vez que se lo solicite uno de los intervinientes, **sólo uno de ellos debería poder solicitarlo y acompañarlo**. En este contexto se estima que, por el principio de objetividad que rige todas sus actuaciones, es el Ministerio Público el interviniente mayormente legitimado para cumplir este rol dado que la defensa (el único otro interviniente realmente interesado en el mismo) no sujeta sus actuaciones a dicho principio, por lo que no tendría incentivo en presentarlo cuando éste no resultara favorable a sus intereses. El órgano acusador, velando por la correcta aplicación de la ley penal siempre estará interesado en presentarlo dado que la concesión o no de la medida de la libertad vigilada, en la medida que se ajuste a la legalidad, siempre corresponderá a su ámbito de interés. Desde este punto de vista, es a través del Ministerio Público que debieran canalizarse todas las solicitudes de informes presentenciales como se ha resuelto mayoritariamente en la práctica.

4) El órgano jurisdiccional, en la medida que puede decretar de oficio la medida de libertad vigilada así como otra de las alternativas a las penas restrictivas o privativas de libertad, debería poder solicitar la elaboración de este informe. Sin embargo, si la aplicación del beneficio corresponde a la solicitud de los intervinientes debería cumplir un rol pasivo en la materia.

5) Por su propia naturaleza, por su contenido y por la finalidad que el mismo está llamado a cumplir, lo óptimo sería que el informe presentencial sólo fuera elaborado una vez pronunciada la decisión condenatoria, no obstante la dinámica propia del nuevo sistema exige anticipación.

6) Sin embargo, tal anticipación no puede alcanzar etapas tan tempranas de la investigación, en tal sentido, un informe presentencial no puede ser utilizado para argumentar a favor de la improcedencia de una medida de prisión preventiva pues dicha decisión (improcedencia de la citada cautelar) se estaría tomando sobre la base de antecedentes sobre la culpabilidad del sujeto, en los términos que la Ley Nº 18.216 describe este informe, amén de atentarse contra su función propia que sólo consiste en determinar la procedencia de la medida de libertad vigilada.

7) Si bien el artículo 141 letra c) del Código Procesal Penal establece como una de las causales de improcedencia de la prisión preventiva el hecho de que el tribunal considere que, en caso de ser condenado, el imputado pudiere ser objeto de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad contempladas en la ley y éste acreditare tener vínculos permanentes con la comunidad, que den cuenta de su arraigo familiar o social, en absoluto es indispensable para acreditar este requisito la existencia del informe presentencial y el mismo puede ser acreditado sobre la base, por ejemplo, de un informe distinto que también podría ser elaborado por Gendarmería pero sin necesidad de cumplir con todas las formalidades propias del presentencial.

8) La realidad actual es que el instituto emisor está sobrecargado con solicitudes de informes presentenciales y dicha sobrecarga no se debe sólo a la reducción de tiempos que trajo aparejada el sistema sino a la incorrecta utilización que del referido informe se está efectuando.

9) En tal sentido resulta indispensable que los órganos involucrados en esta problemática adopten acuerdos tendientes a optimizar el texto de la ley en torno a dos aspectos fundamentales: (1) Los sujetos facultados para solicitar el informe. (2) Se respete el sentido del informe presentencial en cuanto a su finalidad y, en lo posible, en cuanto a su contenido y toda aquella información que pretenda finalidades distintas de las asignadas al presentencial sea precisamente solicitada en forma diferente diversificando la capacidad de respuesta de Gendarmería de Chile de modo de obtener, secundariamente, una optimización en sus funciones.

TRÁFICO DE LLAMADAS TELEFÓNICAS

Jaime Retamal Herrera[31]
Fiscal Adjunto
Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte

El autor sostiene que interpretando sistemáticamente las normas específicas sobre diligencias intrusivas, las normas sobre facultades autónomas de actuación de las policías, teniendo en consideración que toda actividad investigativa per se afecta la intimidad de cualquier persona, y apreciando que el listado de las llamadas telefónicas entrantes y salientes de una línea telefónica tiene el carácter de requerimiento de información, es plenamente aplicable el artículo 180 inciso final del Código Procesal Penal, y en consecuencia, no es necesaria una autorización específica de la diligencia por parte del juez de garantía.

1.- Planteamiento del problema

En el curso de numerosas investigaciones por tráfico de drogas, se ha constituido como una diligencia de importancia, el solicitar a la empresa telefónica o de telecomunicaciones, la remisión de un registro o listado de las llamadas telefónicas entrantes y salientes de una línea telefónica, sea celular o fija, a fin de identificar la existencia de comunicaciones entre sujetos investigados, su fecha y duración.

Sobre el particular, la posición jurídica de la asesoría legal de las empresas telefónicas se ha orientado hacia exigir a los fiscales que este requerimiento de información sea autorizado por el juez de garantía, de conformidad con los artículos 9 y 219 del Código Procesal Penal, lo que ha derivado en la práctica por algunas fiscalías, de solicitar previamente esta autorización para proceder a la solicitud de información. Lo anterior, debido a que la entrega de dicha información a un fiscal afectaría la garantía constitucional de la intimidad contemplada en el artículo 19 Nº4 de la Constitución Política, que cautela el respeto y la protección a la vida privada y pública.

Dicha exigencia de autorización previa, sin perjuicio de retardar la persecución penal, implica a mi juicio, el extender la cautela de garantías hasta límites insospechados por el legislador, olvidando que toda actividad de persecución penal siempre implica inevitablemente por sí misma, la afectación de algunas garantías, y como primera de ellas, la intimidad de todo inculpado.

2.- Presupuestos

Me parece que una de las premisas de análisis debe ser el adecuado equilibrio entre persecución penal y vigencia de garantías fundamentales. Este necesario equilibrio conlleva la exclusión de dogmas de garantismo idealista, que pretenden la vigencia de garantías fundamentales sin ningún tipo de límite, e incluso su vigencia a pesar del legítimo interés en la persecución penal de delitos especialmente graves.
Es por lo anterior que nadie duda de la necesidad de que un tribunal cautele garantías en el caso de la práctica de medidas intrusivas (exámenes corporales, allanamientos, interceptaciones, etc.) que implican una afectación grave o de cierta entidad a precisas garantías fundamentales, por lo cual resulta necesario que sea un juez quien las autorice. En este contexto, por cierto, existe una norma de clausura, contemplada en el artículo 9 del Código Procesal, llamada a cobrar vigencia cada vez que se afecte una garantía fundamental de manera relevante, por la actividad investigativa, siendo necesario en estos casos, recabar autorización judicial en forma previa a la actuación.

---

[31] Fiscal Adjunto de la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte. Profesor de Derecho Penal en la Universidad Nacional Andrés Bello, y Master en Derecho Penal y Ciencias Penales por las Universidades de Barcelona y Pompeu Fabra.

3.- Situación especial: Información sobre el tráfico de llamadas

La cuestión reside entonces en discernir si la afectación propia de proporcionar información del tráfico de llamadas entrantes y salientes de una línea telefónica de cualquier persona, exige la autorización judicial previa del art. 9, por afección al derecho constitucional a la vida privada, partiendo de la base que la entrega de dicha información a terceros supone una afectación a la intimidad o al derecho a la vida privada, al revelarse información esencialmente confidencial, y que el titular de la línea, puede en principio resguardar de terceros por pertenecer a un ámbito de su vida cuyo conocimiento está vedado.

Ahora bien, según el profesor Enrique Evans de la Cuadra, el concepto de vida privada está directamente vinculado a la "intimidad", esto es, a ese ámbito en que el ser humano y la gente de sus afectos conviven, conversan, se aman, planifican el presente y el futuro, comparten alegrías y tristezas, gozan del esparcimiento, incrementan sus virtudes y soportan o superan sus defectos, y fomentan sus potencialidades humanas para su progreso integral, todo ello sin la intervención o presencia de terceros[32] . A similar conclusión debemos llegar si tomamos en cuenta la regulación de la referida garantía en los tratados internacionales más relevantes sobre la materia, de esta forma, es posible citar el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación". Asimismo, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 11 prescribe que "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación". En consecuencia, la intimidad como garantía constitucional parece vincularse con un espacio físico de un individuo o con el contenido de sus comunicaciones, lo que deben desenvolverse sin intervención o presencia de terceros.

Es por lo anterior que estimo que el tema debe ser resuelto por dos órdenes de consideraciones:
1) Entidad de afectación de las diligencias intrusivas y ámbito de aplicación del artículo 9º del Código Procesal Penal.

En efecto, es dable concluir que el legislador ha estimado necesario regular las medidas intrusivas de común ocurrencia en la fase investigativa, y que significan una importante afectación a los derechos constitucionales, de ahí que el Código Procesal Penal dedique numerosas disposiciones a regular los exámenes corporales, exámenes médicos, pruebas caligráficas, entrada y registro de lugares cerrados, incautación de objetos y documentos e interceptación de comunicaciones, y no a otra clase de diligencias. Como es natural, la actividad investigativa puede adoptar numerosas formas, imposibles de abarcar por la regulación legal, y junto con ello afectar seriamente alguno de los derechos constitucionales de los involucrados, mediante la práctica de algunas diligencias, siendo necesario en estos casos la autorización de un juez.

La norma del artículo 9º a primera vista parece ser categórica, y sin excepciones, al exigir que toda actuación que importe afectación de garantías sea autorizada por el juez previamente. Ahora bien, ello en rigor no es así, ya que la propia ley, sea el Código Procesal Penal u otra norma, autoriza a que determinadas diligencias de actuación que afectan garantías, sean realizadas sin autorización judicial previa, por ejemplo, el control de identidad (art. 85), la detención por flagrancia (art. 130), las facultades autónomas de la policía (art. 83), y las facultades de investigación propias de los fiscales (art. 180 y 181).

En este contexto, el ámbito de aplicación del art. 9º está dado por la ausencia de regulación expresa de la medida intrusiva -esto es, que no esté normado por los artículos 197 y siguientes-, por la ausencia de una actuación excepcional sin orden -en que se autoriza a la policía o fiscales para actuar sin dicha orden, arts. 85, 130, 83, 180 y 181-, y por la afectación de una garantía constitucional en una entidad suficiente que justifique la intervención jurisdiccional. En este último sentido, la norma del artículo 226 parece ser particularmente clara, al exigir la autorización del juez de garantía cuando se afecta la intimidad o vida privada de cualquier sujeto mediante la fotografía, filmación u otro medio de reproducción, excluyéndose a contrario sensu cuando la afectación a esa garantía no implica el uso de estos medios técnicos.

---

[32] Enrique Evans de la Cuadra. Los Derechos Constitucionales, 2ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, pág. 213.

En consecuencia, sin perjuicio de la apariencia categórica de la norma del artículo 9º, a nuestro juicio, la ponderación de intereses en su aplicación resulta ineludible, de tal forma que sólo la privación, restricción o perturbación de derechos garantidos por la Constitución justifican la intervención del tribunal de garantía, y no la justifican la mera afectación de ellos o la simple amenaza. Precisamente esto señala el inciso 2º del artículo 9º, al hacer alusión a que la diligencia de investigación debe producir alguno de "tales efectos" para solicitar la referida autorización. Es por ello, que su aplicación coherente debe significar que la privación, restricción o perturbación es de similar entidad a las ya reguladas por el Código Procesal Penal, guardando correspondencia las diligencias expresamente normadas con la aplicación de esta disposición como norma de clausura.

En otros términos, y a modo de conclusión provisoria, la aplicación del artículo 9º exige que la afectación del derecho constitucional sea precisamente mediante su privación, restricción o perturbación, y que ella sea ponderada por el juez de garantía, como de similar entidad o gravedad que las situaciones reguladas expresamente por las diligencias intrusivas, ya que de otro modo, la más mínima e incluso irrelevante afectación de una garantía motivaría la intervención del aparato jurisdiccional, lo que resulta innecesario y excesivo, ya que siempre está latente como contrapartida el legítimo interés en la persecución penal.

En este contexto, la mera entrega de información sobre el tráfico entrante y saliente de llamadas de una línea telefónica no puede significar privar o restringir la vida privada o la intimidad. Ahora bien, la perturbación de dicha garantía si bien en principio parece ser clara, no guarda relación con la afectación que suponen las restantes diligencias intrusivas, que sí poseen una significación y afectación de gran relevancia, como el allanamiento, el examen de correspondencia, o las escuchas telefónicas, implicando éstas últimas la observación y registro de todos los contenidos propios de la vida privada, con lo cual, por su mínima afectación no resulta necesaria la autorización judicial previa.

Esta conclusión además parece ser obligada si se distingue adecuadamente entre dos situaciones, por una parte, la invasión de terceros al contenido de la vida privada o la intimidad, propio del allanamiento y registro, y de la revisión de vestimentas, y dentro de las escuchas telefónicas al contenido del mensaje, por citar algunos casos; y por la otra, el mero conocimiento de la existencia de comunicaciones o mensajes, sin entrar a conocer el contenido, o a invadir espacios propios donde se desarrolla la vida familiar o privada de un sujeto, como lo son tradicionalmente su hogar, oficina, efectos personales, vestimentas. Por vía ejemplar, el requerimiento de información que se solicita a las empresas telefónicas, sería equivalente a solicitar a la empresa de correos que informe si ha despachado correspondencia de determinada persona, identificando la fecha y remitente; o en su época, si recibió comunicación telegráfica, fecha y remitente, sin indagar acerca del o los contenidos de los mensajes. Puestas así las cosas, la afectación a la intimidad parece ser sustancialmente menor.

2) Estatuto del requerimiento de información de los fiscales, y la ineludible afectación de la vida privada por la persecución penal.

Sin perjuicio de todo lo anterior, al momento de resolverse la eventual aplicación del artículo 9º en el caso del tráfico de llamadas, no debe perderse de vista la regulación general del requerimiento y entrega de información que realiza el Código Procesal Penal, cuando el requirente es un fiscal a cargo de una investigación.

O en otros términos, un registro de llamadas entrantes y salientes, no deja de ser un requerimiento particular de información, por mucha proximidad que tenga con la existencia de una comunicación privada, y su afectación no tiene ni tendrá jamás la misma entidad que la interceptación y grabación de conversaciones, sino que se limita a la afectación que posee toda información proveniente de la vida privada. En virtud de lo primero, debe recordarse entonces la norma del artículo 19, que compele nada menos que a las autoridades y órganos del Estado a la entrega de toda clase de información, inclusive la estrictamente confidencial de cualquier ciudadano; y la norma del artículo 180 del Código Procesal Penal, que en términos generales faculta a los fiscales para realizar por sí mismos o encomendar a la policía todas las diligencias de investigación. Pero lo que parece ser más decidor en todo este tema, es el inciso final del artículo 180,

que claramente establece la posibilidad de los fiscales de **exigir información de toda persona o funcionario público**, los que no podrán excusarse de proporcionarla, salvo en los casos expresamente exceptuados por la ley.

En otros términos, la regla general y casi sin excepciones, según el Código Procesal Penal, en materia de entrega de información frente a un requerimiento de un fiscal, consiste en la obligación de toda persona de proporcionarla, salvo excepción legal expresa, caracterizada por ejemplo, por el secreto de ciertas actividades profesionales (art. 303 del Código Procesal Penal, que se refiere al abogado, médico o confesor).

En estos términos, no se aprecia la existencia de una excepción legal expresa que autorice a las empresas de telecomunicaciones a omitir la entrega de información requerida por los fiscales, encontrándose éstos autorizados legalmente para requerirla directamente y sin autorización judicial previa, en virtud del imperativo legal ya citado.

Por su parte, los antecedentes legislativos del inciso final del artículo 180 demuestran que la obligación de comento aparecía ya en el proyecto propuesto por el ejecutivo, y que no sufrió mayores alteraciones, salvo el cambio del verbo entregarla por proporcionarla. Lo que sí resulta interesante destacar, es que el proyecto original permitía ordenar al Ministerio Público el arresto de toda persona que dificultare el cumplimiento de cualquier diligencia y mantenerla privada de libertad hasta el cumplimiento de la misma, siempre que dicha situación no se prolongue por más de 8 horas[33].

Lo anterior además se vincula con la naturaleza propia de la actividad investigativa del Ministerio Público, que inevitablemente conlleva una afectación a la intimidad o a la vida privada de cualquier imputado desde el primer instante en que se inicia. En efecto, la actividad de la policía y de cualquier fiscal destinada a identificar al responsable de un ilícito o a atribuirle participación en un hecho siempre entrañará abordar aspectos de su vida privada, de la o las actividades que ha realizado con anterioridad al ilícito, y en ese sentido, todo requerimiento de información dirigido a cualquier persona o autoridad invadirá su intimidad, de tal forma que sin ello, ninguna actividad investigativa es posible. En este contexto, carece de realismo y practicidad, que el más mínimo requerimiento de información obligue a un pronunciamiento jurisdiccional previo, y de esta forma, el registro de llamadas de una línea telefónica no puede ser la excepción, ya que por lo demás no tiene el carácter invasivo de la intercepción, registro o escucha, propios de la interceptación. De aceptarse la tesis jurídica que se impugna, todo requerimiento de información, sin excepción, debiera ser cursado por el juez de garantía mediante su autorización, lo que además de ser impracticable, llevaría a algunas situaciones de absurdo. Visto de otro modo, tampoco parece sustentable que las empresas de telefonía o telecomunicaciones ostenten una situación de privilegio en materia de entrega de información, de tal forma que sólo a su respecto sea posible un requerimiento autorizado judicialmente, mientras que el resto de las entidades, organismos u autoridades deban entregarla sin dicha autorización. Si lo que se pretende por las empresas es resguardar la confidencialidad de información de sus clientes, ello aparece suficientemente cautelado por el artículo 182 del Código Procesal Penal, que establece el secreto de las actuaciones para los terceros ajenos al procedimiento, y que sólo el imputado e intervinientes puedan examinar los registros y documentos de la investigación, donde se contendrá la información de estos registros de llamadas.

4.- Criterio de actuación

Sin perjuicio de que en situaciones urgentes pueda resultar más práctico requerir directamente la información acudiendo previamente ante el juez de garantía, estimo que salvo casos excepcionales, y a fin de dar vigencia a la entrega inmediata de información por parte de las empresas de telefonía, resulta necesario que luego de haber efectuado el requerimiento de información, y ante la negativa o tardanza inexcusable en su entrega, solicitar un apercibimiento al tribunal de garantía, dirigido a la persona responsable de proporcionar la información.

---

[33] En este sentido, Emilio Pfeffer Urquiaga, Código Procesal Penal, Anotado y concordado. Editorial Jurídica de Chile, pág. 200.

DESACATO DE LAS EMPRESAS TELEFÓNICAS

Jaime Retamal Herrera [34]
Fiscal Adjunto
Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte

El autor sustenta que el inciso 5° del artículo 222 del Código Procesal Penal describe una específica forma delictiva de desacato, que afecta a la administración de justicia bajo una modalidad activa y una omisiva. Se sostiene además que la imposibilidad de una empresa telefónica de ejecutar lo debido y obligado legalmente por la orden judicial de interceptación y grabación, no es aplicable como eximente, si este estado fue buscado de propósito por el o los sujetos responsables, o si éste era previsible y en consecuencia, debió haber sido evitada esta incapacidad de cumplir con las órdenes judiciales futuras.

El artículo 222 inciso 5º del Código Procesal Penal señala que las empresas telefónicas y de telecomunicaciones deberán otorgar a los funcionarios encargados de la diligencia las facilidades necesarias para llevarla a cabo. Agrega la disposición que la negativa o entorpecimiento a la práctica de la medida de interceptación y grabación será constitutiva del delito de desacato.

La norma citada está inevitablemente vinculada al denominado delito de desacato, previsto en el inciso 2º del art. 240 del Código de Procedimiento Civil, y cuyo texto es el siguiente: "El que quebrante lo ordenado cumplir será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo", siendo necesario un análisis de su alcance y posibles criterios de actuación.

1) Antecedentes legislativos. Historia de la disposición del art. 222 del CPP.

Los antecedentes legislativos del artículo 222 demuestran que la obligación de las empresas telefónicas y de telecomunicaciones de otorgar facilidades, y la constitución del delito de desacato a través de la negativa o entorpecimiento de la práctica de la medida, ya se encontraba en el anteproyecto de Código Procesal Penal, y que el proyecto de ley enviado por el ejecutivo lo contempló en idéntica forma. Si bien las normas de interceptación telefónica fueron eliminadas por la Cámara de Diputados, y luego repuestas en su integridad por el Senado con algunas modificaciones en otros aspectos, no hay referencias específicas de discusión parlamentaria en la configuración del delito de desacato, el cual parece haber sido aprobado tal y como fuera presentado por el proyecto del ejecutivo.

2) Distinción respecto del desacato contra la autoridad contemplado en los artículos 263 y siguientes del Código Penal.

Un primer análisis debe vincularse con la necesidad de distinguir la figura del artículo 222 y del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, de las descripciones típicas contenidas en los artículos 263 y siguientes del Código Penal, más vinculados a la protección de la honra o seguridad de las autoridades, y que fueran objeto del oficio de la Fiscalía Nacional Nº273 de 18 de junio de 2004.

---

[34] Fiscal Adjunto de la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte. Profesor de Derecho Penal en la Universidad Nacional Andrés Bello, y Master en Derecho Penal y Ciencias Penales por las Universidades de Barcelona y Pompeu Fabra.

3) Bien jurídico

Sobre el particular, el profesor Etcheberry únicamente nos indica que el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil sanciona a quien quebrante lo ordenado cumplir sin agregar nada más, no arrojándonos ninguna luz sobre esta disposición. A su turno, el profesor Labatut no aborda la referida disposición.

Dentro de la legislación comparada es posible hacer concordancias con el antiguo artículo 369 del Código Penal Español de 1973, que castigaba con penas de inhabilitación y multa a los funcionarios judiciales o administrativos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a sentencias, decisiones u órdenes de la autoridad superior. Sobre el particular es posible citar al profesor Juan Bustos Ramírez[35], quien señala que este delito, denominado de desobediencia aparece consustancial al carácter jerarquizado de la administración, sea ésta civil o militar, y que en un Estado social y democrático de derecho, ello no es producto del establecimiento de un sistema autoritario, sino en razón del cumplimiento de deberes específicos que tienen los sujetos al interior de la administración. Para otros, el bien jurídico protegido es el ejercicio legítimo de la autoridad[36], de manera que ese bien jurídico no resulta ni lesionado ni puesto en peligro allí donde la orden desobedecida es abiertamente ilegítima.

Desde otro punto de vista, lo que se protege es el principio jerárquico en la organización de la administración pública cuando a través de ella se persigue directamente la satisfacción de un interés general, por ello la realización del tipo de desobediencia requiere además de que el subordinado incumpla con su deber de cumplir la orden, y genere el riesgo de que no se realicen los fines institucionales asignados a la administración de que se trate[37]. En virtud de lo anterior, se trataría de un delito de peligro abstracto que no requiere resultado alguno, en el que para la realización del tipo no es posible la concreción del peligro.

Para otros, se trataría del normal funcionamiento de la administración, sea la general, o la administración de justicia, exigiéndose que las sentencias, decisiones u órdenes han de tener una apariencia mínima de legalidad[38].

En todo caso, lo que parece ser claro en este ámbito, es que entre quien dicta la orden y quien la recibe, debe existir una relación jerárquica establecida por el derecho administrativo funcionarial, y que ella es distinta de otras situaciones generadoras de deberes, pero no apoyadas en la subordinación, como el deber de colaboración con otros poderes e instituciones[39].

4) Descripción típica

Si bien la descripción original del tipo contenido en el artículo 240 hace referencia a quebrantar lo ordenado cumplir por una resolución judicial, el inciso 5º del artículo 222 del Código Procesal Penal parece entrañar una nueva descripción típica de mayor especificidad, y que supone un cumplimiento más inequívoco del principio de legalidad. Esto significa que sin perjuicio de la norma general sobre desacato, precisamente el negarse o entorpecer la práctica de la medida de interceptación y grabación importarían un delito específico de desacato, existiendo un mero reenvío al artículo 240 del Código de Procedimiento Civil para efectos de asignación de la penalidad de la conducta.

De esta forma, los supuestos parecen partir de la existencia de una orden que ha dispuesto la interceptación y grabación, emitida por un tribunal de garantía, y que ha sido puesta en conocimiento de las empresas telefónicas y de telecomunicaciones. Luego de ello, y encontrándose las personas responsables,

---

35 Juan Bustos Ramírez, Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Ariel S.A., Barcelona, pág. 442.

36 En este sentido, Vives, citado por Jacobo López Barja de Quiroga, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, Editorial Akal, Madrid, España, 1992, pág. 278.

37 En este sentido Alvarez García. El delito de desobediencia de los funcionarios públicos, citado por Jacobo López Barja de Quiroga, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, Editorial Akal, Madrid, España, 1992, pág. 278.

38 En este sentido, José Luis Manzanares Samaniego y José Luis Albácar López. Código Penal, Comentarios y Jurisprudencia, Granada, 1990, pág. 900.

39 Gonzalo Quintero Olivares, Comentarios al Nuevo Código Penal. Varios autores. Editorial Aranzadi, 2001, págs. 1873 y 1874.

jurídicamente obligadas tanto por el texto legal, como por la orden judicial a otorgar las facilidades para implementar ambas medidas, la actividad típica se concreta al negarse éstas, sea en forma expresa o tácita a dar las facilidades a los funcionarios policiales encargados de la diligencia, o al poner trabas en su ejecución. La fuente de esta obligación legal respecto de las empresas telefónicas y de telecomunicaciones no es otra que la ley, en particular, el artículo 222 del Código Procesal Penal, y el fundamento de su instauración radica en las necesidades de persecución penal e investigación de determinados delitos, que por su complejidad o gravedad hacen necesaria esta medida[40].

Como es natural, la orden judicial debe ser cumplida inmediatamente, debiendo cada sujeto responsable dentro de la organización empresarial, cumplir sin dilación alguna, con la labor que le corresponde para la implementación de la medida. De esta forma, el gerente general una vez notificado de la orden deberá dar la instrucción al encargado técnico de realizar las operaciones técnicas respectivas que permitan intervenir la comunicación, y luego de ello, derivar la señal a una línea telefónica que permita la escucha y grabación.

El delito se configura de esta forma, bajo una modalidad alternativa de omisión y acción, la primera, constituida por la negativa a la práctica, y la segunda, por el entorpecer la labor, debiendo delimitarse los ámbitos de responsabilidad que competen a cada uno de los intervinientes en la práctica de la medida.

5) Jurisprudencia sobre la materia

Las decisiones jurisdiccionales referidas al desacato son particularmente escasas y raras, siendo citables únicamente las dos que han sido posible encontrar:

a) Sentencia de 24 de Enero de 2002, del 20º Juzgado del Crimen de Santiago, en que se condenó a Jorge Barraza Riveros, Juan Osvaldo Ponce Santibáñez, Roberto Alfredo Araneda Pérez y Jaime Osvaldo González Aguilar, a la pena de 541 días de reclusión menor en su grado mínimo, como autores del delito de desacato. Los hechos establecidos por la sentencia fueron los siguientes: Que el día 29 de Agosto de 1992, terceras personas pertenecientes a la Policía Civil de este país, en conocimiento que un menor no podía salir del país al extranjero por impedírselo una resolución judicial de arraigo, de 5 de febrero de 1990, emanada del 4º Juzgado de Menores de Santiago, en causa Rol Nº55.136 y plenamente vigente, facilitaron su salida en compañía de su madre por el Paso Los Libertadores, sin que se dejara constancia de su salida. Al respecto, la sentencia realizó el siguiente razonamiento: Que los hechos descritos son constitutivos del delito de desacato, ya que ha quedado acreditado en autos que funcionarios de Investigaciones menospreciando la autoridad que la ley atribuye a la resolución de un juez dotado de potestad jurisdiccional, por delegación de la soberanía que reside en la Nación, quebrantaron lo ordenado cumplir por un tribunal de la República, ya que permitieron y facilitaron la salida al extranjero de un menor respecto del cual se había decretado arraigo, y para quien no se había dado autorización de salida por la autoridad respectiva.

b) Auto de procesamiento de fecha 26 de Febrero de 2004, dictado por el 20º Juzgado del Crimen de Santiago, en contra de Roberto Eduardo Sepúlveda Hermosilla, por el delito de desacato, en su calidad de alcalde de Maipú, ya que se justificó que el 9 de octubre de 2002, la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago pronunció una resolución ordenando al Alcalde de la Municipalidad de Maipú, que suspendiera los efectos de un decreto que días antes había emitido en el que disponía la clausura de un relleno sanitario mientras no se fallara un recurso de protección, lo que fue comunicado a esa municipalidad el mismo día por fax, y al día siguiente por oficio, quebrantando el alcalde lo ordenado cumplir el 11 de Octubre de 2002, en horas de la tarde, cuando ya tenía conocimiento indubitable de la resolución que debía cumplir, al llevar a efecto la clausura fundándose en un segundo decreto que estaba basado en similares predicamentos fácticos que el primer decreto, cuyos efectos habían sido suspendidos, pero argumentando consideraciones jurídicas no hechas valer anteriormente, pero que se encontraban subentendidas en las ya exteriorizadas, clausura que se materializó cuando todavía no se había dictado sentencia en el recurso de protección aludido.

---

[40] En este sentido, María Inés Horvitz y Julián López. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2002, pág. 527.

6) Omisio libera in causa

Un problema de previsible presentación radica en la forma en que se ha estado ejecutando o prestando cooperación por parte de las compañías o empresas de telefonía celular, para la práctica de la diligencia de interceptación y grabación de comunicaciones. Como es de conocimiento generalizado, la realidad en esta materia es bastante diversa, oscilando entre la absoluta expedición de la medida, pasando por la existencia de un determinado número de cupos de interceptación, y llegando hasta el inservible ofrecimiento de un único cupo para interceptaciones a nivel nacional. Las entidades afectadas realizan alegaciones de índole técnico y financiero, que restringirían su capacidad para proporcionar según ellas este "servicio" originalmente no presupuestado dentro de su actividad económica.

Al margen del debate técnico y económico, que parece desvanecerse si se compara con la empresa telefónica que accede sin dilación a todas las interceptaciones, o que se minimiza cuando se trata de adjudicar al Estado como el obligado económico a soportar los costos de las interceptaciones, lo que parece ser claro es que las empresas, a través de sus representantes legales, gerencias generales y asesores legales, están plenamente conscientes de la nueva obligación legal que poseen en virtud de la vigencia del Código Procesal Penal, y parecen haber matizado su respuesta frente a esta nueva exigencia legal.

En estas circunstancias, a mi juicio, cobrará relevancia cada día más, la imposibilidad de esgrimir como excusa o defensa penal frente a un eventual desacato, razones de orden técnico o económico de la propia empresa de telecomunicaciones. Lo anterior, mediante la figura de la omisio libera in causa, de similar estructura a la actio liberae in causa, en efecto, dentro de los supuestos de omissio libera in causa se incluye también los supuestos, en los que, en virtud de un hacer anterior, el sujeto genera una situación en la que, a pesar de estar consciente, cuando surge el deber de actuar, la ejecución de la acción debida aparece como irrealizable[41].

En efecto, si bien la primera es más conocida, y se dirige a resolver las situaciones en que un sujeto ha realizado un hecho antijurídico en estado de ausencia de libertad o anormalidad motivacional, que él mismo ha provocado, y los casos de mayor aplicación se vinculan con la incapacidad de culpabilidad, nadie parece discutir su vigencia en los casos de incapacidad de acción. En otros términos, la imposibilidad de ejecutar lo debido y obligado legalmente por la orden judicial de interceptación y grabación (en rigor, una ausencia de capacidad de acción por deficiencias técnicas, o ausencia de la tecnología necesaria para ello) como eximente, no será aplicable si esta omisión fue buscada de propósito por el o los sujetos responsables, o si ella era previsible y debió haber sido prevista esta incapacidad de cumplir con las órdenes judiciales futuras. En este sentido parece pronunciarse nuestro Código Penal, al exigir que la omisión como eximente, se verifique cuando quien incurre en ella se halle impedido por causa legítima o insuperable. Pues bien, en estos casos, la causa de la omisión no ha sido insuperable, y la representación de la imposibilidad de cumplir con los requerimientos de interceptación y grabación excluye la imprudencia o culpa, configurándose un genuino dolo de primer grado.

7) Imputación de la acción de diversos sujetos o división de la acción

La descripción típica exige negativa o entorpecimiento a la práctica de la medida, lo que en organizaciones de personas de cierta complejidad, como lo son las empresas de telecomunicaciones, implica el delimitar claramente los ámbitos de funciones y responsabilidad en la ejecución de la interceptación. Es por lo anterior, que resulta necesario indagar y que la propia empresa defina quién o quiénes serán los responsables de la interceptación, esto es, el jefe y el personal técnico encargado de realizarla, definiendo las tareas que le corresponde a cada uno para verificar el ámbito de sus responsabilidades y poder imputar responsabilidad penal a la omisión o tardanza inexcusable.

En otros términos, y sin perjuicio de que la ley asigne en forma genérica a las empresas el deber de otorgar las facilidades para la práctica de la medida, la responsabilidad penal debe radicarse en el o las

---

[41] En este sentido, Enrique Gimbernat Ordeig. La causalidad en la omisión impropia y la llamada "omisión por comisión". Colección autores de Derecho Penal. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. 2003, pág. 89.

personas que con su omisión o tardanza inexcusables impidan o entorpezcan la práctica de la interceptación. Dicha atribución significa una definición de las funciones y responsabilidades que competen a cada persona al interior de la empresa, para una vez constatada la omisión poder realizar la imputación de responsabilidad. Como es evidente, y por vía ejemplar, el gerente general cumplirá dando instrucciones a los técnicos, y los técnicos cumplirán a su turno, efectuando las conexiones o realizando las acciones necesarias, pero lo que no resulta admisible es que la responsabilidad se difumine en toda la organización, y en definitiva siempre sea otro, todos o nadie quien deba practicar la medida.

8) Criterios de actuación

A fin de configurar las exigencias de la descripción típica, se sugiere luego de haber obtenido la orden de interceptación y grabación, realizar lo siguiente:

a) Requerir por escrito a la persona responsable del tema en la empresa, la práctica de la interceptación;
b) Solicitar que se informe quiénes son los responsables de la práctica de la medida, con individualización de nombre y apellidos completos, y su función en la implementación de la interceptación, habrá a lo menos una persona de la plana ejecutiva y otra del personal técnico;
c) Señalar que la práctica de la diligencia debe realizarse de inmediato, ya que la dinámica delictiva exige que las escuchas se verifiquen en un plazo brevísimo. De otro modo, la diligencia se verá frustrada, ya que conforme a la experiencia, los imputados cambian periódicamente de teléfono, situación que ya ha ocurrido con anterioridad.
d) Solicitar que se informe de inmediato al Fiscal si la diligencia no puede ponerse en práctica dentro de las próximas 24 horas, explicando la persona responsable el o los fundamentos de ello;
e) Advertir que la negativa o entorpecimiento de la interceptación y grabación constituye el delito de desacato, de conformidad con el artículo 222 del Código Procesal Penal.

Finalmente, y luego de completada la información, deberá evaluarse si es procedente iniciar una investigación por el delito de desacato, teniendo presente que la ausencia de medios materiales o técnicos para la práctica de la diligencia no es una justificación suficiente que exima de responsabilidad penal, ya que ello únicamente eximirá de responsabilidad al personal técnico, pero no al mando gerencial que tiene como obligación el proveer al personal de los medios materiales para poder realizar su actividad.

APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO

Pablo Campos Muñoz
Abogado Jefe
Unidad de Recursos Procesales y Jurisprudencia
Fiscalía Nacional

Se ha consultado al suscrito sobre la situación producida a raíz de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de fecha 4 de agosto de 2004 en la que señala que las normas contenidas en el Libro I del Código Procesal Penal no son aplicables en el procedimiento simplificado.

A fin de analizar esta situación se ha revisado la Historia del establecimiento del Código Procesal Penal, la Jurisprudencia existente sobre la materia y la opinión de la doctrina.

Al respecto y para una mejor comprensión este informe se ha dividido en los siguientes párrafos:

I Normas que rigen el procedimiento simplificado: alcance del reenvío del artículo 389 del Código Procesal Penal.

II Medidas cautelares y procedimiento simplificado:
A) Posibilidad formal de aplicación.
B) Procedencia de fondo.

III Jurisprudencia.

IV Conclusiones.

I Normas que rigen el procedimiento simplificado: alcance del reenvío del artículo 389 del Código Procesal Penal.

El artículo 389 del Código Procesal Penal establece que el procedimiento simplificado se regirá por las normas del Título I del Libro Cuarto y, en lo que éste no proveyere, supletoriamente por las del Libro Segundo de este Código, en cuanto se adecuen a su brevedad y simpleza.

El procedimiento establecido en este Título I del Libro Cuarto, fue originalmente destinado a conocer sólo de las faltas y en el paso del proyecto por el Senado, se amplió para que pudiera aplicarse a simples delitos sancionados con penas de presidio o reclusión menores en grado mínimo.

Ahora bien, en cuanto a las normas de aplicación supletoria, el texto del artículo 389 no ha variado desde el mensaje del Ejecutivo, y siempre hizo referencia al Libro II del Código Procesal Penal.

Cabe eso sí, dejar constancia que en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, se señalaba: "*En el procedimiento en estudio, reciben aplicación supletoria las disposiciones relativas al procedimiento ordinario, en todo lo que no se provea en este título y en la medida en que se adecuen a su brevedad y simpleza*."[42]

---

[42] Sesión 23ª, martes 13 de enero de 1998. Recopilación de la Historia del Establecimiento del Código Procesal Penal, Tomo II, p.258.

Para los miembros de esa Comisión informante, la referencia lo era al procedimiento ordinario, lo que involucra además a todas las normas vinculadas al mismo, lo que guarda una estricta lógica, en tanto las normas del Libro II por sí solas no son suficientes para sustentar un procedimiento íntegro.

En efecto, de entender que la referencia lo es sólo a las normas del Libro II del Código Procesal Penal, implicaría que en el procedimiento simplificado no operaría el principio de presunción de inocencia del imputado (artículo 4 del Libro I); el imputado no tendría derecho a defensa por letrado (artículo 8°, Libro I); no regirían las normas sobre plazos (artículos 14 a 18 del Libro I); no operarían las normas sobre notificaciones (artículos 24 y siguientes del Libro I); las defensas no podrían tener la posibilidad de reclamar de la nulidad de las actuaciones viciadas (artículo 159 y siguientes del Libro I) y no regirían, entre otras, las normas sobre derechos y garantías del imputado (artículos 93 y siguientes del Libro I) ni se podría aplicar medidas cautelares aun de aquellas reales.

Como puede apreciarse, esa interpretación sólo permite arribar a una situación absurda que inclusive involucraría un evidente perjuicio en el ámbito de la defensa y de los derechos del imputado.

A todo ello cabe agregar que en el Libro II, que contiene las normas del procedimiento ordinario, tampoco existe ninguna norma expresa que haga aplicables a su respecto las disposiciones generales que se contienen en el Libro I, pero hasta el momento a nadie se le ha ocurrido aseverar que las mismas no pueden tener aplicación en dicho procedimiento ordinario, lo cual deriva seguramente del hecho que ello implicaría un intento poco serio de interpretar las normas sin observar la debida armonía, la congruencia y la complementariedad que existe entre las diversas partes de un cuerpo legal.

II Medidas cautelares y procedimiento simplificado:

A) Posibilidad formal de aplicación.

Las normas sobre medidas cautelares se contienen en los artículos 122 y siguientes del Libro I del Código Procesal Penal, por lo que según lo expresado en el párrafo anterior, no se observa ningún obstáculo para su aplicación en todos los demás procedimientos si ello fuere procedente.

Reiteramos que el reenvío al Libro II debe entenderse a las normas que regulan el procedimiento ordinario, entre las cuales sin duda alguna se encuentran todas aquellas disposiciones de carácter general que se contienen en el Libro I, incluidas las relativas a medidas cautelares.

B) Procedencia de fondo.

En esta parte de nuestro análisis corresponde referirnos a la procedencia de las medidas cautelares personales en relación a las figuras punibles que se conocen a través del procedimiento simplificado.

Ya hemos señalado que originalmente este procedimiento sólo estaba previsto para las faltas y por consiguiente, la posibilidad de tener que acudir a las medidas cautelares era del todo innecesaria y ello era congruente con el tenor de lo dispuesto en el artículo 124 y en el 141 letra a), ambos del Código Procesal Penal.

Sin embargo, cuando en el Senado se amplió este procedimiento y se agregaron los simples delitos para los cuales se requiriera una pena no superior a la de presidio o reclusión menor en grado mínimo, la situación si bien no cambia, se expone sí a los avatares propios de los cambios legislativos propiciados o impulsados por la preocupación por la falta de seguridad ciudadana en relación a los delitos menores.

En ese contexto, es que el Diputado Sr. Coloma, advierte que la redacción del artículo 153 impide detener, ni siquiera por un rato, al autor de un delito sancionado con penas de presidio o reclusión menor en grado mínimo y propone en consecuencia distinguir entre las faltas y aquellas otras figuras.

Puesta en votación dicha indicación, fue rechazada 24 votos a favor y 56 en contra.[43]

Por su parte el Senador Stange apoyó una indicación al artículo 124 del Código Procesal Penal, para dar al juez facultad para decretar medidas coercitivas aun tratándose de faltas o simples delitos sancionados con pena no superior a la de presidio o reclusión menor en grado mínimo, en ciertos casos como el de reincidencia, existencia de otras formalizaciones, pluralidad de delitos o renuencia a las citaciones judiciales.

Al momento de someterse a votación económica esta indicación renovada N° 135, fue retirada por su autor.[44]

Ahora bien, en las condiciones en que fue promulgado el Código Procesal Penal, y en virtud de lo dispuesto en su artículo 124, en caso de esas figuras menores, no eran procedentes las medidas cautelares que recayeran sobre la libertad del imputado.

La situación cambia con la modificación que a este cuerpo legal introdujo la Ley N° 19.789 de 30 de enero de 2002, toda vez que, atendiendo a la preocupación que existía respecto de la imposibilidad de ordenar la detención de quienes fueren imputados de cometer una falta o delito que la ley no sancionare con penas privativas o restrictivas de libertad o bien cuando ellas no excedieran de presidio o reclusión menor en grado mínimo, se propuso modificar varias normas del Código Procesal Penal.

Al respecto en el Mensaje del proyecto de ley se señala que "*Como consecuencia de ello, muchos de los delitos menores, de aquellos que producen una mayor inseguridad en la población, quedaron dentro de esta limitación, imponiéndoles a los policías un serio obstáculo para llevar adelante su labor preventiva y represiva de los hechos constitutivos de delito*".

Si bien esta preocupación decía relación puntual con la situación de los delitos flagrantes, al introducir la modificación al artículo 124 del Código Procesal Penal en el sentido de eliminar la restricción para que procedan las medidas cautelares personales tratándose de simples delitos para los cuales la ley fije una pena no superior a presidio menor en su grado mínimo[45], dicha modificación va a recibir una aplicación general y no sólo referida a la actuación policial frente a los casos de flagrancia.

De lo anterior se deriva que a contar de la vigencia de las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.789, es plenamente procedente la aplicación de medidas cautelares personales respecto de aquellos delitos que se sancionan con penas no superiores a presidio o reclusión menor en grado mínimo, que son precisamente aquellos que se conocen a través del procedimiento simplificado.

---

43 Cámara de Diputados. Sesión 29ª, de fecha miércoles 21 de enero de 1998.

44 Diario de Sesiones del Senado. Sesión 8ª, del 5 de julio de 2000, p. 1307.

45 El texto actual del artículo 124 es el siguiente: "**Art. 124.-** *Exclusión de otras medida*s. Cuando la imputación se refiere a faltas, o delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad, no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, con excepción de la citación."

III Jurisprudencia.

La sentencia de la **Corte de Apelaciones de Valparaíso** que motiva este informe, dictada con fecha 4 de agosto de 2004, en autos ingreso N° 523-2004, estableció que "*Teniendo presente que, en la especie, el Ministerio Público ha optado por el procedimiento simplificado, el que se rige por las normas del título primero del Libro Cuarto, y en forma supletoria por el Libro Segundo, ambos del Código Procesal Penal, reglamentación esta última que no contempla dentro del procedimiento de impugnación, el recurso de apelación, lo que corrobora el artículo 364 del mismo texto legal, al señalar que son inapelables las resoluciones dictadas por un Tribunal del Juicio Oral en lo Penal, se declara inadmisible el recurso de apelación en contra de la resolución que no dio lugar a la medida cautelar de prisión preventiva, requerida por el Ministerio Público, en contra del imputado.*"

Al señalar este fallo que en el Libro II no se contempla la apelación, entiende que las normas contenidas en el Libro I del Código Procesal Penal no se aplican al procedimiento simplificado.

De acuerdo a la jurisprudencia encontrada resulta que este criterio aparece como aislado, ya que inclusive la Corte Suprema -como veremos- ha determinado que el Libro I del Código Procesal Penal sí es aplicable al procedimiento simplificado.

En efecto, el resto de la jurisprudencia tenida a la vista razona en sentido contrario, como en el caso de la sentencia de fecha 30 de diciembre de 2003 de la **Corte de Apelaciones de Rancagua**, dictada en autos ingreso N° 2-2003. En ella se establece que *"...el Libro Primero del Código Procesal Penal, en cuanto contiene disposiciones generales, se aplica necesariamente a todos los procedimientos regulados en los libros posteriores. De otra manera, no se comprende qué aplicación podría alcanzar. Y es en ese Libro, dentro de esas normas generales, que se regula, para todos los procedimientos tratados luego, la prisión preventiva".*

> *"...Que aún si ello no fuere así, hay dos normas que indudablemente se aplican al procedimiento simplificado, pues de otra manera carecerían por completo de sentido, porque no podrían regir para ningún otro. Una es la del artículo 124 y otra la del artículo 141, ambas del Código citado..."* .

Basada en ello, procedió a confirmar la resolución que se apelaba, reconociendo que el artículo 141 del Código Procesal Penal era la norma que resolvía precisamente estas situaciones en delitos menores, cuando existía peligro de fuga del imputado y que para aplicarla no había necesidad de interpretación analógica o extensiva.

En el mismo sentido encontramos una sentencia dictada el día 24 de enero de 2004 por la **Corte de Apelaciones de Concepción**[46], en la que se rechaza un recurso de amparo presentado a favor de un imputado contra el cual se había ordenado la medida cautelar de presentarse periódicamente ante el Tribunal de Garantía, por estimar su defensor que el artículo 155 letra c) del Código Procesal Penal no era aplicable en el procedimiento simplificado.

La Corte de Concepción falló el asunto señalando:

"*1. - Que de acuerdo con lo prevenido en el artículo 124 del Código Procesal Penal, modificado por la Ley 19.789, de 30 de enero de 2001, no procede la aplicación de medidas cautelares únicamente o cuando se trata de delitos o faltas sancionadas con penas no privativas ni restrictivas de libertad.*

2.- Que en el caso de autos el delito que se atribuye al imputado Luis Hernán Jorquera Espínola se encuentra sancionado con pena privativa de libertad, según lo prescrito en el artículo 446 N°3 del Código Penal.

3. - Que en las condiciones anotadas la medida cautelar decretada por el juez de garantía no es ilegal."

---

[46] Ingreso Corte N° 480-2004.

Finalmente resulta necesario traer a colación el fallo dictado por la **Corte de Apelaciones de Copiapó** con fecha 11 de junio de 2004[47], que estimó aplicables al procedimiento simplificado todas las normas del Libro I del Código Procesal Penal, señalando: "*... las normas referidas a las medidas cautelares personales, específicamente, las que regulan la aplicación de la prisión preventiva, son aplicables en la especie, toda vez que el procedimiento simplificado, según se desprende de la atenta lectura del título I del Libro Cuarto del Código Procesal Penal, en especial del artículo 389, se rige no sólo por las normas del mencionado título, sino que supletoriamente por las del procedimiento ordinario, y necesariamente también, por las disposiciones generales del Libro Primero, donde precisamente se encuentran las reglas de la prisión preventiva, y demás cautelares, y callando el legislador respecto, las medidas referidas aplicables a los requeridos en este tipo de procedimiento, encuentran plena aplicación en el mismo".*

Este fallo, que se rechazó un recurso de amparo, fue confirmado por la **Corte Suprema** con fecha 22 de junio de 2004[48], con el voto en contra del Ministro Sr. Cury, quien estimó que se debía acoger el recurso ya que no se encontraba comprobada ninguna de las circunstancias del artículo 140 del Código Procesal Penal. Como se puede apreciar, aun el voto de minoría entendió que las normas sobre medidas cautelares -entre las cuales está el artículo 140- podían ser aplicadas al procedimiento simplificado.

IV Conclusiones.

1. La jurisprudencia **mayoritaria** recogida hasta este momento, ha establecido que las normas del Libro I del Código Procesal Penal y particularmente las relativas a las medidas cautelares, son perfectamente aplicables en el procedimiento simplificado.

2. Desde el punto de vista de la posibilidad de aplicar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado en el procedimiento simplificado, la modificación del artículo 124 del Código Procesal Penal introducida por la Ley N° 19.789 de 30 de enero de 2002, no deja lugar a dudas de que ello es procedente, ya que la intención del legislador fue precisamente excluir del ámbito de protección de esa norma a aquellos imputados por delitos que la ley sanciona con una pena de presidio o reclusión menor en grado mínimo, los que en consecuencia y bajo determinadas circunstancias, pueden ser objeto de este tipo de medidas.

---

47 Ingreso Corte N° 98-2004.

48 Ingreso Corte Suprema N° 2511-2004.

INFORME EN DERECHO: DE LA IMPROCEDENCIA DE ORDENAR LA MODIFICACIÓN DE LA PENA SOLICITADA EN LA ACUSACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO, POR LA VÍA DE LA CORRECCIÓN DE VICIOS FORMALES.[49]

Raúl Tavolari Oliveros
Profesor de Derecho Procesal
Universidad de Chile
Universidad de Valparaíso

Distinguido señor Fiscal Nacional:

Ha tenido Ud., a bien solicitar mi opinión, en Derecho, en relación a los siguientes hechos:

Confirmando un fallo de primera instancia, con fecha 31 de agosto de este año, en los autos rol 105-2004 (R.P.P.), la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, ha mantenido un sobreseimiento definitivo, dictado en aplicación de lo prevenido en el artículo 270 inciso 3° del Código Procesal Penal, como consecuencia de la negativa del Ministerio Público a modificar la petición de pena consignada en su acusación, accediendo a una solicitud de la defensa en orden a que se efectuara tal cambio por constituir, a su juicio -la petición del fiscal, de una pena superior a la legalmente procedente- un "vicio formal" de la acusación.

DESARROLLO

Sin pronunciarme sobre la circunstancia de si se ajusta o no, a las regulaciones legales la pena solicitada por el fiscal ni, menos aún, a las consideraciones que él tuviera en cuenta para formular su pedido de penalidad, me permito expresarle:

Como es sabido, el Código Procesal Penal tuvo, en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, su referente más importante: no sorprende así, que disposiciones de ese trabajo continental común, aparezcan reproducidos fielmente en nuestro nuevo cuerpo de enjuiciamiento penal. Una demostración elocuente de lo anterior, la constituyen los artículos 268 N° 1 y 269 N° 2 del Código iberoamericano que autorizan, respectivamente, al querellante y al imputado para *"señalar los vicios formales en que incurre el escrito de acusación, requiriendo su corrección..."*, redacción no parecida, sino simplemente idéntica a la que presentan los artículos 261 b) y 263 a) de nuestro Código, que aluden a las mismas facultades procesales del querellante y del imputado, respectivamente.

Establecido el origen de las disposiciones, corresponde anotar que en el tránsito del Código por el Parlamento, a pesar de lo incoherente que resulta que el querellante denuncie vicios de un acto de postulación que no le afecta, ellas no merecieron comentario, análisis o referencia especial alguna.

Formuladas las observaciones, ya en el desarrollo mismo de la audiencia de preparación del juicio oral, y asumiendo la función depuradora o saneadora de la litis, el tribunal ordenará la subsanación de los vicios formales, sin suspender la audiencia. Si la corrección no es posible en ese momento, dispondrá suspender la audiencia, por un plazo no superior a cinco días, para que el procedimiento sea corregido (art. 270 C. Procesal Penal).

---

[49] Nota del Editor: La sentencia analizada en este informe se encuentra publicada en la sección **Sentencias, Cortes de Apelaciones**, página 110.

Con esta normativa como gran escenario, y a la vista de resoluciones judiciales controvertibles, es necesario determinar cuál es el sentido y alcance de la expresión "vicios formales": la Corte de Apelaciones de Punta Arenas parece entender que son "los defectos que pueden producir un efecto que altere la corrección del procedimiento..." (Consid. 5° in fine).

Aclarando su pensamiento, la Corte alude a diferentes posibilidades en las que, en su concepto, el Tribunal, en afán de velar por la corrección del procedimiento, está facultado para adoptar medidas para que se subsanen vicios. Cita al efecto y entiendo que en vía ejemplar, los casos en que el fiscal solicite una pena equivocada:

a) Sea porque no es la que determina para el ilícito el Código Penal,
b) Sea porque haga rebajas o aumentos de penas que la ley sólo obliga o permite a los jueces sentenciadores;
c) Sea porque califique o cuantifique las circunstancias modificatorias de responsabilidad haciendo una apreciación que no corresponda;
d) Sea porque hasta considere como muy calificada una circunstancia que aminore dicha responsabilidad.

En estos casos, le parece a la Corte, el Juez de Garantía, ejerciendo las atribuciones que le otorga el artículo 270, deberá tomar las medidas que correspondan para velar por el procedimiento correcto, evitando posibles nulidades o contiendas de competencia entre tribunales como podría haber ocurrido en la especie si no se hubiere exigido, como lo solicitó la defensa, el saneamiento del vicio -solicitud de una pena superior a la que normalmente corresponde - y el Tribunal Oral [50] (sic) estimare que corresponde seguir el procedimiento según las normas establecidas en el artículo 388, para los juicios simplificados, ante el mismo Juez de Garantía...

La primera cuestión que debe abordarse, es el significado de la expresión "vicios formales": de la lectura de los artículos 263 y 270 del Código Procesal Penal y recordando lo dispuesto en el artículo 303 del Código de Procedimiento Civil, casi sin necesidad de recurrir al sentido natural y obvio de la expresión, amparados por la interpretación sistemática pero, por sobre todo, en función de una necesaria interpretación teleológica, se puede concluir pacíficamente, que los vicios formales mencionados en las normas, son aquellos que afectan la validez del procedimiento y, por tanto, impiden la generación de una relación procesal válida o, en general, impiden el ejercicio del derecho de defensa. A fin de recurrir a terminología no sólo conocida, sino aplicada reiteradamente por los operadores procesales -jueces y abogados-, diré que el vicio formal es el que autoriza que prospere una excepción de aquellas que nosotros denominamos "dilatoria" y por las que, precisamente, perseguimos que se corrija el procedimiento con una clara y aceptada limitación: SIN AFECTAR EL FONDO DE LA ACCIÓN DEDUCIDA.

Vicios formales – casi apunto un lugar común – sólo pueden ser defectos que afecten las formas del procedimiento, en otras palabras, constituyen vulneración de las formas procesales. Éstas, conforme se ha podido enseñar clásicamente, imponen un cierto orden y un cierto modo de expresión a las deducciones de las partes y, al prohibir al juez que tenga en cuenta las defensas o pretensiones presentadas en formas diversas, aseguran el respeto del contradictorio y la igualdad de las partes; las mismas no sirven, pues, como podrían pensar los profanos, para hacer más complicado y menos comprensible el desarrollo del proceso, sino para hacerlo más simple y más rápido en cuanto fuerzan a las partes a reducir sus actividades al mínimo esencial y a servirse de modos de expresión técnicamente apropiados para hacerse entender con claridad por el juez .[51]

---

[50] Aunque se piense que no es más que una distracción, me parece francamente indiciario que la Corte se equivoque al nombrar al tribunal de juicio oral en lo penal. ¿Cómo podría admitirse que la Corte no sepa que no existen "tribunales orales"? ¿No revela el error, una cierta desaprehensión o, simplemente, falta de cabal manejo de las instituciones?

[51] Cfr. Piero Calamandrei "Instituciones de Derecho Procesal Civil vol 1 (trad. S Sentís M.) Edit EJEA, Bs Aires. 1962. pág. 322

Diversa es, por consiguiente, la naturaleza (y las consecuencias) del error de derecho, según que se refiera a la relación sustancial o a la relación procesal; si el juez se equivoca al aplicar al mérito el derecho sustancial, incurre en un error de juicio (error in iudicando), en cambio si el juez comete un error de actividad (error in procedendo) [52] afecta a la relación referida, todo lo cual es idénticamente predicable -sin perjuicio de las modalidades diferentes por los distintos roles de cada cual - de las equivocaciones de las partes o intervinientes. El error del litigante en la fundamentación de sus pretensiones o en las peticiones concretas elevadas a la consideración jurisdiccional, conduce a que las mismas sean denegadas; sus confusiones en las formas o modos de someter pretensiones al juicio, provocan invalidez de lo obrado.

No sólo son diversas las consecuencias de los distintos errores, también lo son las oportunidades para ponerlos de relieve o, simplemente, para sancionarlos: así, al que pide aquello que el derecho sustancial no le reconoce u otorga, se le pone en evidencia su equívoco, en la sentencia definitiva, mediante el pronunciamiento de un fallo desestimatorio. El pedido de absolución del acusado, respecto de quien concurren las condiciones previstas en el ordenamiento para que se le condene, se deniega en la sentencia final; la solicitud de admisión de prueba jurídicamente improcedente, se rechaza en el auto de apertura del juicio oral. A la equivocadísima pretensión de condena de que se sancione al que merece 541 días de reclusión menores en su grado medio, con petición de pena de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio, se le niega lugar en el fallo definitivo; lo propio acontece con la solicitud de que se reconozcan inexistentes circunstancias aminorantes de la responsabilidad penal; la proposición de prueba pericial, efectuada sin identificación del perito, se rechaza en el auto de apertura, etc.

Si la forma es "la figura o determinación externa de la materia," según el Diccionario y lo formal es lo que de ella deriva o a ella se refiere, no puede sino admitirse que un vicio formal es el que apunta a externalidades, a cuestiones que dicen con aspectos de afuera y no de adentro de la controversia penal: ninguna vinculación existirá entre el debate de la forma y el que persigue establecer si el acusado es o no culpable; o si concurre o no la circunstancia que modifica su responsabilidad; o si la pena se le aplica en su extremo superior o inferior, en fin, a qué seguir, la discusión sobre los elementos del delito y los referidos a la participación y punición, quedan marginados de la posibilidad de ser objeto de vicios formales porque, si a su respecto hay error, la cuestión será sustantiva o de fondo.

El vicio formal, entonces, integra la condición de errores u obstáculos al desarrollo de un proceso penal válido, sea porque se infringen específicas normas procedimentales; sea porque el error afecta el derecho de defensa de la parte contraria, etc.[53] Desde esta perspectiva, la consecuencia última de tal error vulnera el derecho a un juicio justo para el contradictor y, de allí, la militancia de este vicio, entre los motivos de ineficacia del acto procesal.

Para confirmar categóricamente, que el vicio formal constituye un motivo de aquellos que, en el terreno civil, permite la oposición de las excepciones dilatorias, basta reparar, en primer término, en que el procedimiento penal nuevo, no hace alusión alguna a tales excepciones, por lo que, dada la evidencia en el sentido que siempre podrá haber la necesidad de corregir el procedimiento sin afectar el fondo de la acción deducida, a virtud de errores de los intervinientes, lo sensato es darse cuenta que esta fórmula de vicios formales, es la que empleó el legislador para conseguir la finalidad referida.

En segundo término, debe observarse que los vicios formales pueden haberse cometido no sólo en la acusación del fiscal sino en la del querellante y en la demanda civil, actos de postulación que se

---

[52] id.pág. 347

[53] Son de esta categoría, errores en la indicación de uno de los apellidos o nombres de algún interviniente como la víctima; la equivocación en la fecha de los hechos o el nombre de la calle o lugar en que ellos ocurrieron.

tendrán por no presentados, si no se corrigen oportunamente, pero que constituyen un elemento formidable para demostrar lo severamente equivocado del criterio de la Corte de Punta Arenas: si el vicio formal de la acusación lo constituye el hecho de que el fiscal solicite una pena que, en concepto del juez o de la defensa, es superior a la legalmente procedente, esto es, si la pretensión punitiva es excesiva, debería concluirse que también adolecerá de "vicio formal", la demanda civil que cobra un daño que no se infirió o que pide una indemnización 10 o 50 veces mayor a la que legalmente corresponda...

¿Alguien, seriamente, se atrevería a afirmar que la demanda que cobra un daño no inferido, contiene un "vicio formal" que, de no corregirse, permite al tribunal tenerla por no presentada? ¿O que idéntica suerte debe correr la demanda que solicita una indemnización escandalosamente mayor de la procedente?

Como pensar del modo que se propone, constituye un verdadero absurdo jurídico, queda demostrado que el criterio con arreglo al cual se calificó de "vicio formal", el pedido de una pena superior a la legalmente procedente, es inadmisible.

¿Por qué razón se autoriza por la ley a "corregir el procedimiento" cuando se comprueba la existencia de un vicio formal?

Sin dudas, porque el que se está realizando no se ajusta a las prescripciones legales, todo lo cual, representa, como ya antes se anticipó, incursionar en el campo de las ineficacias que, en lo que interesa, tiene en el Código Procesal Penal, un estatuto jurídico singularmente exigente.

Las potestades del órgano jurisdiccional que ejerce competencia penal y las atribuciones constitucionales y legales del Ministerio Público.

La cuestión que se ha planteado con motivo de la decisión de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, dice también relación directa con los roles y con las competencias de los diferentes órganos estatales que intervienen en el proceso penal: constituye, además, una aplicación efectiva de la diferenciación entre procesos inquisitivos y acusatorios.

No puede sorprender que, vigente la normativa que denominamos "Reforma Procesal Penal", con sus características tan diversas de las que tradicionalmente atribuíamos al régimen procedimental criminal, a los antiguos operadores nos haya resultado, en general, complejo, acomodarnos, ya no al manejo del derecho positivo sino, principalmente, al de la filosofía, principios y modo de ser del nuevo Ordenamiento[54]: la sentencia que motiva este comentario -me parece- refleja fielmente lo que se expresa.

El fiscal que pide para el acusado la pena que jurídicamente no corresponde, verá rechazada su pretensión en la sentencia: pero no es posible – sin vulnerar de manera flagrante el artículo 80 A de la Constitución Política de la República y los artículos 1 y 2 inciso 2°, de la Ley 19.640, Orgánica del Ministerio Público y 77 del Código Procesal Penal, normas todas que no sólo autorizan a los fiscales a ejercer y sustentar la acción penal pública, sino le imponen que tal ejercicio se efectúe de manera "**autónoma"** - que algún órgano del Estado o algún particular, puedan imponer a los fiscales de ese Ministerio, solicitar penas diversas, sean mayores o menores a las que estos fiscales estimen procedentes.

---

[54] Una demostración paradigmática de lo que se afirma en el texto, lo constituye una de las primeras sentencias dictadas por la Corte de Apelaciones de Temuco, cabeza judicial de la IX Región, pionera en el tema, tribunal que, no obstante estar llamado a fallar un recurso de nulidad, en base a los hechos establecidos en el juicio oral, no pudo olvidar su tradición de tribunal de apelación e incursionó, sin rubor, en el establecimiento de los mismos.

Entre las personas y órganos a quienes se veda, absolutamente, el intentar alterar o modificar las peticiones de los fiscales, se encuentran, desde luego, los órganos jurisdiccionales: sin infringir frontalmente las disposiciones legales y constitucionales citadas ni los artículos 4, 6 y 7 de la Carta Política y 4° del Código Orgánico de Tribunales,[55] un juez o un tribunal no pueden pretender obtener que el fiscal ajuste su acusación a criterios diferentes de los que este funcionario estime son los que corresponden, ni están ellos facultados para ordenarlo.

Al margen de la claridad de los preceptos recordados, se opone a este distorsionador intento, el conjunto de principios sobre los que descansa la reforma: si el juez pudiere quedar autorizado para determinar el *quantum* de la pena – no de la que se impondrá – sino **de la que se pide**, caería de modo incontenible, una de las más emblemáticas manifestaciones del sistema acusatorio: el que acentuando la diferenciación de los roles, entrega a un órgano estatal determinado – el **Ministerio Público** – la responsabilidad de ejercer la acción penal (lo que comprende el solicitar la imposición de las penas) y, a otro, **el tribunal,** la de fallarla, absolviendo o condenando y, en este caso, determinando la sanción final. [56]

Todavía, la cuestión incursiona peligrosamente, no sólo en el ejercicio del derecho de acción, que como lo explicara en sus conocidas lecciones Couture, constituye una modalidad del derecho constitucional de petición, sino, además, en el de acceso a la justicia o derecho a la jurisdicción, tan exhaustivamente detallados en el colosal estudio de Mauro Cappelletti, de las últimas décadas del siglo XX: el derecho de accionar ante los órganos jurisdiccionales, expresión concreta de las nociones constitucionales de igualdad en la protección de los derechos e igualdad ante la ley, abarca la irrestricta facultad de someter pretensiones a la decisión jurisdiccional y, en especial, el de determinar el contenido de las mismas pretensiones, sin censura ni control previos.

No sería justo ni racional, un procedimiento que autorizara a uno de los litigantes o al tribunal, para determinar el contenido de las pretensiones que el otro desea hacer valer.

---

55 Creo importante recordar que el **artículo 4 de la Carta** declara que Chile es una república democrática, lo que nos convierte en un Estado de Derecho, en que los poderes públicos se controlan recíprocamente y reconocen sus respectivos ámbitos de actuación; que el **art. 6 de ese mismo cuerpo,** establece que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella y que los preceptos de la Carta obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo; **que el art. 7** prescribe que los órganos del Estado (sólo) actúan válidamente...dentro de su competencia y, finalmente, **que el 4 del C.O.de T.** prohíbe al Poder Judicial mezclarse con las atribuciones de otros poderes públicos...

56 Es decisivo para el análisis, tener en cuenta que el Ministerio Público constituye, no un simple litigante penal, sino el órgano autónomo, constitucionalmente encargado del ejercicio de la pretensión punitiva del Estado

La sentencia de la Corte, la nulidad procesal penal y los riesgos que se persigue evitar.

El fallo de la Alzada sureña discurre sobre la base de prevenir nulidades procesales que, aparentemente, estima sobrevendrían si, por pedir el fiscal una pena superior a la que la Corte y la defensa creen procedentes, terminara sustanciándose la controversia por un procedimiento diferente al que legalmente corresponde. En efecto, la Corte deja expresa constancia que, con su decisión se evita el peligro de que la causa se hubiera tramitado conforme a las normas del juicio oral y no a las del procedimiento simplificado.

En otras palabras, defensa y Corte creen advertir en la tramitación conforme a un juicio oral y público, verificado ante un tribunal colegiado, cuyos integrantes no han tenido la menor vinculación con la investigación precedente, esto es, son efectivamente independientes e imparciales, un perjuicio para el imputado, que corresponde atajar, modificando la pena que para él se pida...

Antes, expuse que los vicios formales constituyen causales de ineficacia procesal; en cuanto tales, sólo pueden generar el efecto de corrección de procedimiento, en cuanto el hecho mismo ocasione perjuicio o el acto de que se trate no hubiere cumplido su finalidad. En la especie, es evidente que perjuicio no puede existir, porque si la petición de pena del acusador, no se ajusta a la ley ni a la realidad de la situación, un tribunal colegiado de jueces imparciales y de carrera, aplicará regularmente el derecho, esto es, la cuestión se dilucidará bajo un conjunto de condiciones significativamente más favorables a la mejor impartición de justicia, lo que, en la especie, beneficiaría tanto al acusado -que por ello, no podría reportar perjuicios- sino también al Estado de Derecho.

Adicionalmente, la Corte avizora la posibilidad de producirse un conflicto de competencia entre un tribunal de juicio oral en lo penal y un juez de garantía: desde luego, la cuestión no sólo tiene inciertos ribetes hipotéticos, sino presenta manifiestos caracteres de sofisma, desde que la eventual colisión de competencia sólo podría concebirse aceptando que algún tribunal pudiere enmendar la solicitud de penalidad del fiscal, lo que es jurídicamente inadmisible.

No me parece que este punto pueda discutirse: si concluida la investigación, el fiscal, libérrimamente, esto es, sin que, bajo circunstancia alguna, se confiera a otro órgano estatal competencia para cambiar su decisión, puede resolver no perseverar en el procedimiento por no haberse reunido antecedentes suficientes para fundar la acusación (art. 248 letra c) o, por el contrario, puede decidir deducir acusación (art. 248 letra a) con cuánta mayor fuerza, cabrá reconocer que la misma libertad que se le reconoce al fiscal en la adopción de la decisión mayor – acusar – habrá que observarla en relación a la decisión menor, a saber, la pena a solicitar...!

En términos simples: es perfectamente inconstitucional e ilegal, la decisión de un tribunal que, a pretexto de acoger una solicitud de la defensa, dispone que el fiscal modifique el monto de la pena solicitada.

La sujeción del fiscal al principio de legalidad y los efectos vinculantes de sus decisiones.

El régimen procedimental nacional impone al Ministerio Público someterse a un sistema de legalidad, conforme se desprende de los artículos 6 y 7 de la Carta y no sólo debe actuar con sujeción a un criterio de objetividad, sino debe velar por la correcta aplicación de la ley. Este Ministerio constituye un órgano estatal dotado de autonomía constitucional, razón por la cual en sus relaciones con otros Poderes, personas o instituciones, si no puede arrogarse atribuciones que a tales restantes órganos competan, tampoco puede subordinar sus facultades a ellos, por importantes o tradicionales que sean.

Desde una perspectiva procedimental, el Ministerio Público es, en general un interviniente y, para estos efectos, un litigante. [57] Desde otra, es un órgano del Estado con autonomía que ningún Poder puede desconocer, con lo que se genera un estatuto dual que, en ocasiones, el legislador destaca en las tramitaciones ante los tribunales: así, en tanto la regla general es que, obviamente, los tribunales no resulten jurídicamente vinculados por las peticiones del fiscal, no faltan los episodios en los que la respuesta del legislador consiste en privilegiar las decisiones del Ministerio Público. De este modo, sólo al fiscal le es permitido dirigir una investigación penal; en la misma línea, no es posible a los jueces resolver el inicio de una investigación penal, desde que la cuestión queda entregada a los fiscales o, en ocasiones a particulares u otros órganos; las medidas cautelares no pueden emanar de la iniciativa judicial sino de la del fiscal o del querellante; sólo aquél, resuelve si formula acusación o efectúa la declaración del art 248 letra c) y si concurren los requisitos para la aplicación del procedimiento abreviado, el juez no puede imponer un pena mayor o más desfavorable de la requerida por el fiscal (art. 406).

Para determinar la pena que solicitará, el Ministerio Público no sólo no necesita la anuencia del juez sino que, definitivamente, éste carece totalmente de atribuciones para inmiscuirse en la materia. Es que el actuar del fiscal que pide la sanción que estima corresponder a los hechos, representa el ejercicio del jus puniendi estatal, materia que, bajo el actual régimen procesal penal, escapa completamente a las atribuciones de los jueces.

La dificultad radica en que se trata de un estatuto nuevo, esto es, que innova en lo que conocíamos, toda vez que bajo el régimen anterior, tal jus puniendi se ejercía a través y por los jueces y Tribunales del Crimen. Este recuerdo reafirma mi convicción en orden a que en la sentencia de la Corte de Punta Arenas no parece haberse percibido cabalmente la intensidad del cambio y se mantiene la vieja convicción, en el sentido que aún puede un Tribunal Superior dar órdenes en torno a como debe ejercerse el poder sancionador penal estatal [58].

¿Existe "vicio formal"?

(El requerimiento de pena del fiscal, en materia de simples delitos, **es vinculante para los jueces** en función del procedimiento a que la controversia penal deba someterse).

Entendiendo que lo que la defensa pretende es, al final, que la sanción que se imponga al acusado sea menor a la pedida por el fiscal y, asignándole la condición de legítimo intento de atender los derechos que se le han confiado, puede excusarse su afán de anticipar una decisión jurisdiccional en la materia, que dejaría la cuestión casi definida, antes del juzgamiento mismo de los hechos y circunstancias, por el tribunal

---

[57] Para aquellos que se empeñan en conferir al Ministerio Público un mero rol de interviniente en el proceso penal, es llegada la hora de proceder con consecuencia: sería inimaginable que en la esfera civil, un demandado se opusiera a que se le cobraran más de 500 Unidades de Fomento, sosteniendo que hasta este monto la cuestión se ventila por un procedimiento de menor cuantía y que el cobro de 1.000 de tales Unidades supone un juicio de mayor cuantía...pero más insólito resultaría que un tribunal accediera a tamaña argumentación, imponiendo la rebaja de lo demandado. No se piense que por tratarse de materia penal, el análisis ha de cambiar: acusando conforme a su exclusivo criterio, el M.Público ejerce su autonomía constitucional y cumple con el imperativo jurídico de ejercer la acción penal. Si cumple sus funciones de modo injustificadamente erróneo o arbitrario, el afectado tiene derecho a obtener del Estado que responda por los daños que el proceder ocasionare (art. 5 Ley 19.640).

[58] Estas reflexiones parecen volvernos a los años anteriores a la entrada en vigencia de la Reforma cuando algunos pensaban que ella constituía un movimiento contra el Poder Judicial o encaminado a desmedrar sus atribuciones. Afortunadamente, la mayoría del pensamiento jurídico nacional coincide en que no sólo no se restan atribuciones a los jueces, sino se les realza en la majestad de la función que les ha sido encomendada, cuando se les reconoce, pero al mismo tiempo se les exige, que cumplan el papel que históricamente les ha correspondido: declarar el derecho en resguardo de las garantías de las personas y para hacer efectivo el ordenamiento jurídico que asegura la convivencia social armoniosa.

llamado a sentenciar: así mirada, la gestión del defensor es digna de encomio. El panorama y juicio consiguiente, resultan empero, completamente diversos para los Tribunales que han dictado resoluciones aceptando el criterio: es que no se entiende cómo se ha podido, en primera y en segunda instancia, olvidar que de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 388 del Código Procesal Penal, citado en la decisión de la Corte, el procedimiento simplificado se aplica, no sólo para el juzgamiento de las faltas, sino para conocer y fallar los "**hechos constitutivos de simples delitos para los cuales el Ministerio Público requiriere la imposición de una pena que no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo...".**

Es sabido que en el Proyecto que el Ejecutivo presentara al Congreso, el procedimiento simplificado, que no obedecía a esta denominación, tenía por exclusivo propósito conocer y fallar los hechos constitutivos de faltas [59], siendo aprobada la iniciativa, en esa forma, en la Cámara de Diputados.

En la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se efectuaron las transformaciones que se señalan en el informe emitido por ese grupo de trabajo, en los siguientes términos:

"La Comisión ha ampliado la aplicación del procedimiento por faltas denominándolo procedimiento simplificado, para comprender también a los **simples delitos para los cuales el fiscal solicite una pena que no exceda de 540 días de privación de libertad**. En esta medida, será un procedimiento supletorio, no sólo del juicio oral ordinario, sino que del procedimiento abreviado, respecto del conjunto de los simples delitos a los que pudieren serles aplicables ambos..." [60], constancia perfectamente coherente con la que se dejara a propósito del análisis de la disposición en concreto, ocasión en la que se expuso:

"La Comisión acordó que este procedimiento, además de aplicarse a las faltas, se aplique respecto de aquellos **hechos constitutivos de simples delitos para los cuales el Ministerio Público requiriere la imposición de una pena que no exceda de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, es decir, hasta 540 días.** Sin perjuicio de aplicar el procedimiento abreviado cuando concurrieren los requisitos de acuerdo a las reglas generales." [61]

Establecido que la penalidad de los simples delitos es de presidio o reclusión menor (art. 21 Código Penal), lo que representa una escala que va desde 61 días a cinco años (art. 56 Código Penal), la aplicación del procedimiento simplificado – primitivamente contemplada sólo para las faltas – se extenderá a los simples delitos, siempre y cuando **EL FISCAL requiriere una pena que no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo,** vale decir, de 61 a 540 días.

Éste constituye, en mi opinión, el punto central: la pretensión sancionadora penal estatal se ajusta a determinados procedimientos previstos en la ley, **EN FUNCIÓN DEL REQUERIMIENTO PUNITIVO DEL FISCAL...**y no, de la pena que la conducta tenga asignada en la ley ni dependiendo del nomen juris del delito. Lo anterior importa que los jueces deberán tramitar el proceso, no con sujeción a las reglas que ellos estimen procedentes, sino ajustándose a las reglas previstas en la ley, **de acuerdo a lo que el Fiscal requiriere.**

---

[59] Recibida por el Ministerio Público la denuncia de un hecho constitutivo de alguna de las faltas contempladas en el Libro III del Código Penal o que leyes especiales atribuyeren a la competencia de los jueces de letras, sostenía el artículo 456 del Proyecto, aquél solicitará al tribunal competente la citación inmediata a juicio a menos que los antecedentes fueren insuficientes, se encontrare extinguida la responsabilidad penal del imputado o decidiere hacer aplicación de la facultad que le concede el artículo 259.

[60] Cfr: Boletín N° 1630-07. Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley en segundo trámite constitucional que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal. (pág. 8).

[61] Id.pág. 426.

Esta decisión o declaración del fiscal – la pena pedida – en cuanto constituye el elemento determinante del procedimiento a seguir **ES VINCULANTE PARA LOS JUECES…** y constituye un enfoque nuevo, no contemplado en la cultura procedimental tradicional, al tiempo que conformador de un régimen de relaciones - en lo que se refiere a la determinación de normas de procedimientos -distinto entre jueces y fiscales, que sólo se entiende cuando se percibe la dualidad aludida precedentemente en este Informe: en efecto, por regla general, el fiscal es un interviniente o litigante más en el proceso penal, pero en determinados aspectos, constituye el órgano constitucional a través del cual se expresa la voluntad estatal y, en tal dimensión, por mandato constitucional, otros Poderes han de someterse a esta voluntad.

En función de las reflexiones precedentes, formulo las siguientes

CONCLUSIONES

1) Constitucional y legalmente, corresponde al Ministerio Público y a otras personas que señala la ley, entre las que no figuran los órganos jurisdiccionales, ejercer y sustentar la acción penal**;**

2) Ejerciendo y sustentando ante los tribunales la acción penal, con la autonomía que el Ordenamiento le confiere, el Ministerio Público es libre para solicitar la pena que, en su concepto, corresponda imponer al acusado, petición ésta que no vincula a los jueces para pronunciar su sentencia, salvo en el caso del procedimiento abreviado y en lo que se refiere a la pena máxima que se puede imponer;

3) La discrepancia de la defensa con la solicitud de pena deducida por el fiscal, se hará valer en la contestación de la acusación; la del tribunal, se expresará en el pronunciamiento de la sentencia;

4) En materia de simples delitos, es, en cambio, vinculante para el tribunal, en función de la aplicación o no del procedimiento simplificado, la petición de pena que formule el fiscal, por lo que si pide la consignada en el inciso 2° del artículo 388 del Código Procesal Penal, la cuestión se conocerá y fallará por el juez de garantía, en procedimiento simplificado y, en caso contrario, por el tribunal de juicio oral, en procedimiento ordinario;

5) De la circunstancia de sustanciarse por el procedimiento ordinario, una causa que pudo haberse tramitado en procedimiento especial, no se desprende perjuicio alguno en contra del imputado, quien ve, por el contrario, incrementadas sus posibilidades de defensa y queda entregado a la decisión de un tribunal colegiado, lo que disminuye la posibilidad del error humano;

6) La solicitud de imposición de pena del fiscal que no se compadezca con el mérito de la causa o que no se ajuste a las expectativas de la defensa, no constituye "vicio formal" de los mencionados en los artículos 261, 263 y 270 del Código Procesal Penal.

7) Comete gravísima falta y abuso judicial, el juez de garantía - y los jueces superiores que lo respaldan - que, arrogándose atribuciones que constitucional y legalmente son privativas del fiscal, intenta, o en los hechos impone, que éste cambie su petición de penalidad.

VALOR CONSTITUCIONAL DE LA NEGATIVA DE LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA PARA DAR A CONOCER LOS INFORMES ELABORADOS, POR ENCARGO DE ELLA, DURANTE LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN

Miguel Ángel Fernández González [62]
Abogado
Asesor Externo del Fiscal Nacional

RESUMEN

El artículo 80° A de la Constitución dispone que el Ministerio Público dirigirá, en forma exclusiva, las investigaciones de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado. La legislación complementaria, integrada por el Código Procesal Penal, la Ley Orgánica Constitucional de dicho Ministerio y la ley de la Defensoría Penal Pública confirman aquella exclusividad, de manera que si esta Defensoría realiza, directamente o indirectamente, actuaciones propias de la investigación penal, dichos actos adolecen de Nulidad de Derecho Público.

La defensa de los imputados, en armonía con lo anterior, puede requerir del Ministerio Público la práctica de las diligencias destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formulen, en conformidad al artículo 93° letra c) del Código Procesal Penal, las cuales deben ser realizadas por dicho Ministerio conforme al principio de objetividad que rige sus actuaciones durante la etapa de investigación. Sólo de esta manera se ejerce, en conformidad a la ley, el derecho a defensa que la Constitución asegura en su artículo 19° N° 3 inciso 2°, con respeto de la presunción de inocencia.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta inadmisible que la Defensoría Penal Pública niegue el conocimiento de los informes elaborados, por encargo de ella, por terceros, al Ministerio Público o al Juez de Garantía, pues ello vulnera los artículos 80° A y 73° de la Constitución. Dicho Ministerio y el Juez pueden requerirlos en conformidad al artículo 19° del Código, ya que no han sido declarados, en texto expreso, reservados por la ley ni darlos a conocer puede comprometer la seguridad nacional. Tampoco resulta admisible sustentar aquella negativa en el derecho a defensa, ya que el secreto profesional no cubre dichos informes ni procede sostener que ella se explica porque el Ministerio Público es un interviniente más en el proceso penal, dado que se trata de un órgano constitucional y autónomo que no puede quedar sujeto, en el ejercicio de sus funciones, a los designios de otras entidades estatales, menos cuando éstas integran la Administración del Estado, todo lo cual debe ser así resuelto por los Tribunales Superiores de acuerdo a dicho precepto legal.

I. INTRODUCCIÓN

El Fiscal Nacional del Ministerio Público me ha solicitado dilucidar, en un Informe en Derecho, el valor constitucional de la decisión en virtud de la cual se ha negado a dicho Ministerio, por parte de la Defensoría Penal Pública, acceso a los informes elaborados, durante la etapa de investigación, por investigadores privados, ex policías o terceros, contratados por aquella Defensoría, para desvirtuar la participación del imputado en los hechos investigados.

---

[62] El autor es abogado; Magíster en Derecho Público por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Profesor de Derecho Político y Constitucional en la Universidad Católica de Chile, en la Universidad de Chile, en la Universidad de los Andes y en la Universidad Alberto Hurtado. Es miembro de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional.

El Fiscal Nacional, mediante Carta FN N° 056, de fecha 30 de julio de 2004, ha planteado el asunto en los siguientes términos:

> " 1.- Algunos defensores de la Defensoría Penal Pública que han contratado investigadores privados, ex policías o terceros, pretenden que la norma mencionada **(el artículo 19°** del Código Procesal Penal) **no se aplica a los informes que ellos manejan en uso del derecho de defensa**, **porque** en síntesis **los defensores son los adversarios de los fiscales y por lo tanto no pueden ser considerados como autoridad para los efectos de colaboración a que se refiere la norma**...
>
> También, **se ha insinuado que las investigaciones privadas son secretas y no se pueden revelar** al fiscal **por formar parte del llamado secreto profesional**.
>
> 2.- **Órgano judicial que resuelve la reclamación del fiscal en contra de la negativa de los defensores de informar** a los fiscales.
>
> En un fallo que está recurrido de queja ante la Corte Suprema, la Corte de Apelaciones de Copiapó sostiene que no es competente en un caso como el mencionado en el punto 1°, dado que **únicamente puede conocer de los reclamos cuando la autoridad requerida se niega a informar a pretexto de su carácter secreto o reservado**.
>
> ...**si no fuera competente la Corte**, **cuál es el tribunal que debe conocer del reclamo del fiscal** ".

Con el objeto de absolver las dos consultas que me han sido formuladas, explicaré, **en primer lugar**, **la función**, encomendada **exclusivamente** al Ministerio Público por la Carta Fundamental, **para dirigir la investigación**, la cual tiene que situarse en la **jerarquía constitucional** y el **carácter autónomo** de que goza dicho Ministerio. Enseguida y sin perjuicio de las conclusiones que se deriven de aquello, **analizaré el artículo 19°** del Código Procesal Penal, especialmente para verificar su exigibilidad respecto de los informes aludidos.

Finalmente y sobre aquellas bases, **absolveré las dos dudas** que me han sido planteadas, esto es, si se ajusta a la Constitución y al referido artículo 19° la negativa de la Defensoría Penal Pública en orden a entregar los informes investigativos cuya elaboración ella ha encomendado y, en segundo lugar, cuál es el órgano competente para resolver la controversia, en cuanto a si dichos informes deben o no ser entregados a requerimiento del Ministerio Público.

II. EXCLUSIVIDAD PARA DIRIGIR LA INVESTIGACIÓN

Aun excediendo el encargo del Fiscal Nacional, estima el suscrito **indispensable verificar la constitucionalidad de la decisión** adoptada por la Defensoría Penal Pública, **en orden a encargar**, en total desconocimiento del Ministerio Público, **diligencias tendientes a investigar** los hechos materia del proceso penal y la participación en ellos del imputado.

1. Función Constitucional y Exclusivamente Reservada al Ministerio Público

De acuerdo al **artículo 80° A** inciso 1° de la Constitución, corresponde al Ministerio Público dirigir, **en forma exclusiva**, **la investigación** de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible **y los que acrediten la inocencia del imputado** y, en su caso, también le compete ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponde adoptar las medidas para proteger a las víctimas y a los testigos, sin que pueda, en caso alguno, ejercer funciones jurisdiccionales.

Investigar, conforme al sentido natural y obvio de las palabras, al que debe acudirse, pues ese término no está definido en nuestro ordenamiento jurídico[63], quiere decir, en su primera acepción, "**hacer diligencias para descubrir algo**"[64] y, en la tercera, " **aclarar la conducta de ciertas personas sospechosas de actuar ilegalmente**"[65], dando lugar a lo que se denomina, en el Código Procesal Penal, la **etapa de investigación**, regulada en sus artículos 166° a 258°. Trátase, por ende, de una etapa en la que se recaban y examinan las informaciones y antecedentes necesarios para la averiguación de los hechos constitutivos de delito y la posible participación en ellos de los imputados o la determinación de su inocencia, sin que dichos antecedentes sean constitutivos de prueba, según se desprende del artículo 296° de aquel Código.

La dirección de las indagaciones, vale decir, las decisiones que permiten conducir las indagaciones hacia los tres objetivos establecidos en el artículo 80° A, corresponde, exclusivamente, al Ministerio Público, **sin que ella pueda ser ejercida por otro órgano** estatal y ni siquiera por los tribunales que instaura el nuevo proceso penal, como lo ha aclarado la jurisprudencia:

> " Que, según consta de los autos remitidos a esta Corte, el aludido conflicto derivado de **una resolución dictada por el Juez de Garantía** de Calbuco... expedida en los siguientes términos: " **Se ordena oficiar al Mayor de Carabineros de la Comisaría de Calbuco a fin de que en el evento de existir detenido en dicha dependencia comunique dicha situación no sólo al Ministerio Público** de Calbuco, **sino también a la Defensoría** Regional de Puerto Montt...
>
> Que, del tenor, alcance y contenido de la resolución…, aparece como de toda evidencia que **se contiene en ella una instrucción de carácter general y futura**, **encaminada a determinar el modo en que la Policía debe cumplir sus funciones**. Sin embargo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 87° del Código Procesal Penal, **tal forma de regulación ha quedado reservada al Ministerio Público**. Esta aseveración se ve refrendada si se considera lo prescrito en el artículo 80° de este texto legal, conforme al cual a los jueces de garantía sólo les está permitido expedir órdenes 'para la tramitación del procedimiento'; vale decir, mandatos de índole específica o restringidos a un caso determinado o concreto "[66].

Tan nítido es lo anterior que, **con anterioridad al nuevo proceso penal**, **aquella función se encontraba incorporada en la facultad de conocer** las causas criminales que corresponde, **conforme al artículo 73° inciso 1°** de la Constitución, a los tribunales establecidos por la ley. Por ello, cuando **se decidió separar dicha función investigativa de la jurisdiccional**, **resultó indispensable hacerlo en virtud de una reforma constitucional**, contenida en la **Ley N° 19.519**, publicada en el Diario Oficial el 16 de septiembre de 1997:

> " Que, **como la función jurisdiccional es expresión del ejercicio de la soberanía**, **sólo la pueden cumplir las autoridades que la Constitución establece**. El mandato de su artículo 5º, inciso primero, no admite dudas sobre el particular, sea que las autoridades jurisdiccionales a que alude se encuentren dentro o fuera del Poder Judicial. De esta manera, **a la Corte Penal Internacional el Tratado**, precisamente, **le otorga jurisdicción para eventualmente conocer de conflictos ocurridos dentro del territorio de la República**, y **que deberían ser de competencia de algún tribunal nacional**. **Este específico reconocimiento de potestad jurisdiccional para ser ejercida por una autoridad no establecida por nuestra Carta**, **entra en frontal colisión con la norma recordada**, por **lo que hace evidente su inconciliabilidad**;

---

63 Artículo 20° del Código Civil.

64 **Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española** (Madrid, Ed. Espasa, 2002) p. 879.

65 **Id**.

66 Considerandos 2° y 3° de la sentencia pronunciada el 24 de marzo de 2004 por la **Corte Suprema**, reproducida en **La Semana Jurídica** N° 182 (3 al 9 de mayo de 2004) p. 5.

Que, **cuando el Constituyente quiso delegar el ejercicio de una de las funciones por las que se manifiesta la soberanía**, **lo dijo expresamente**, como es en el caso de la delegación de la función legislativa en el Presidente de la República, autorizada por el artículo 61° de la Ley Fundamental...

Que, si bien el concepto de soberanía ha evolucionado y no es absoluto como se le concibió en el siglo XVIII, y prueba de ello es que la propia Constitución le ha señalado un límite -los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana-, **no es dable pretender que las funciones por las que se manifiesta el Poder del Estado puedan ser renunciadas**, ya sea a través de una delegación o cesión no autorizada por el Constituyente "[67].

Desde luego, nadie habría admitido discutir que, en el antiguo procedimiento penal, la función de investigar los hechos constitutivos de delito era una competencia reservada, exclusiva y excluyentemente, al Poder Judicial, pues integraba el haz de atribuciones de que daba cuenta el ya referido artículo 73°. No debe extrañar, en consecuencia, que el Poder Constituyente haya decidido mantener aquella función radicada sólo en un órgano constitucional, como es el Ministerio Público.

2. Jerarquía y Autonomía Constitucionales

La exclusividad aludida queda corroborada, asimismo, por la **historia fidedigna** del artículo 80° A de la Carta Fundamental, de manera que **no existen otros órganos estatales autorizados expresamente para investigar en materia penal**, con lo cual, si se ejecuta un acto de esa naturaleza, adolecerá de **Nulidad de Derecho Público**, conforme al **artículo 7° inciso 3°** de la Constitución.

En efecto, de la **historia oficial** del precepto constitucional se desprende, inequívocamente, cómo, desde una concepción original donde aquella actividad **no** quedaba reservada al Ministerio Público, se llegó a la actual configuración, ya que, según consta del **Mensaje**, con que el Presidente de la República dio inicio al proyecto de ley de reforma constitucional, en virtud del cual se creó el Ministerio Público, la **función investigativa**, inicialmente, **no quedaba reservada** a dicho órgano constitucional, pues el proyecto proponía el siguiente artículo 80° bis inciso 1° (actual artículo 80° A):

" Existirá un organismo autónomo, con patrimonio propio denominado Ministerio Público, **que tendrá a su cargo la persecución penal pública** en la forma prevista en la ley. Con este propósito, **le corresponderá la investigación de los delitos**... ".

Fundamentando aquella configuración de funciones, el Jefe del Estado señalaba en su mensaje:

" Durante la fase de investigación, que será pública y desformalizada, **cada una de las partes deberá recopilar las pruebas y antecedentes** que les permitirán sustentar su posición durante el juicio oral ante el tribunal colegiado "[68].

Sin embargo, ya con motivo del Informe evacuado por la **Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado**, durante el primer trámite constitucional de aquella iniciativa, se acordó asignar al Ministerio Público la función de dirigir la investigación con **carácter exclusivo**:

---

67 Considerandos 45°, 52° y 53° de la sentencia pronunciada por el **Tribunal Constitucional** el 8 de abril de 2002, Rol N° 346.

68 **Diario de Sesiones del Senado** (Anexo de Documentos) correspondiente a la 9ª sesión, celebrada el 19 de noviembre de 1996, p. 1.054.

" La función de investigar **es privativa** del Ministerio Público, que la ejerce impartiendo órdenes directas a la policía, **lo que es otro corolario de su autonomía**...

Se dejó constancia que las atribuciones que la Constitución y la ley orgánica constitucional entreguen al Ministerio Público, en razón de su función investigadora, no importan de ninguna manera alterar el principio universalmente aceptado de presunción de inocencia: **No es el investigado quien debe acreditar que no le cabe responsabilidad penal**, sino el fiscal quien debe probar lo contrario, si es el caso "[69].

Hállase aquí una **cuestión cardinal**, pues sólo su recta comprensión permite dilucidar adecuadamente las consultas que me han sido formuladas.

Ella consiste en que la exclusividad para dirigir la investigación halla su **fundamento en la jerarquía constitucional** del Ministerio Público y, al mismo tiempo, en su **carácter autónomo**, siendo insostenible con la Carta Fundamental conferirle nada más que la categoría de interviniente en el proceso penal, situándolo al mismo nivel de los demás participantes en él.

Efectivamente, **la jerarquía constitucional** de que goza el Ministerio Público impide homologarlo a los órganos estatales creados a nivel simplemente legal y menos subordinarlo, para el cumplimiento de sus funciones, a las decisiones de otros órganos públicos, superlativamente a los que integran la Administración del Estado, pues desempeña **labores que son decisivas en la tarea que corresponde al Estado para contribuir a la consecución del bien común**, conforme al **artículo 1° inciso 4°** de la Carta Fundamental:

" **Los órganos estatales se clasifican**, principalmente, **en constitucionales o supremos y dependientes o subordinados**...

...**Los primeros** son llamados también supremos e inmediatos, porque **están situados en el vértice superior o cima del sistema de instituciones estatales y han sido establecidos directamente por la propia Carta Fundamental**, en la cual se contemplan, además, los rasgos matrices del órgano respectivo. **Los segundos**, en cambio, son órganos mediatos en su nexo con la Carta Fundamental; y **están subordinados a los de jerarquía constitucional** porque dependen de los principios, normas y recursos que le otorguen estos últimos.

Son órganos constitucionales... el Ministerio Público... Los demás, es decir, la mayoría de los órganos públicos son subordinados, dependientes o mediatos en ligamen con la Carta Fundamental, pues su creación, organización, control y financiamiento se hallan definidos en virtud de leyes y otras disposiciones de nivel jurídico inferior...

...la doctrina extranjera se ha preocupado de pormenorizar los rasgos característicos de los órganos constitucionales, puntualizando al respecto que son tales los que reúnen, copulativamente, las notas distintivas siguientes: **Esencialidad** para la existencia del Estado Nación, aunque pueden ser sustituidos por otro; **posición máxima**, suprema o en el vértice superior de la organización estatal; **calidad de independencia recíproca y de igualdad** o paridad **con los demás órganos constitucionales**; **control** o fiscalización ejercido, como freno y contrapeso, **únicamente por órganos de la misma jerarquía y jamás por otros de posición inferior**; **participación en el ejercicio de las**

---

69 **Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado**, recaído en el proyecto de ley de reforma constitucional que crea el Ministerio Público, evacuado el 8 de abril de 1997, contenido en el **Diario de Sesiones del Senado**, sesión 39ª, p. 4.568.

funciones inherentes al Poder o Soberanía, formando la voluntad estatal y dirigiéndola al cumplimiento de los objetivos permanentes y superiores; **autonomía organizativa**, es decir, creación, estructura, competencia, financiamiento y funcionamiento trazado, de manera inmediata y directa, por la propia Carta Fundamental, debiendo la ley regular tales bases, rasgos y finalidades esenciales del órgano respectivo "[70].

Asimismo, la exclusividad para dirigir la investigación se explica como secuela ineludible de la **autonomía** con que la Constitución tipifica al Ministerio Público para el desempeño de sus funciones:

" Con la palabra **autonomía** ocurre en la Constitución una cierta **paradoja**, puesto que ella aparece pocas veces mencionada y, sin embargo, **constituye uno de los pilares del Sistema Político**, **Social**, **Económico y Cultural** que ha configurado el Poder Constituyente de 1980.

En efecto, la autonomía que se reconoce por la Carta Fundamental, a grupos intermedios y **a órganos constitucionales**, **resulta indispensable para que unos y otros puedan cumplir sus fines específicos**, ejerciendo los derechos o ejecutando las atribuciones que el ordenamiento jurídico les reconoce. ...**los órganos estatales** sin autonomía **estarían subordinados al poder absoluto de uno o algunos de ellos**, **constituyéndose en fachada el Principio de Separación de Órganos y Funciones** y, con ello, del **Estado de Derecho**, o quedando aquel Principio y esta especie de Estado reducido a concepciones clásicas de división tripartita ya superadas.

...la autonomía **siempre supone un nivel** -mayor o menor- **de independencia de otros**, v. gr.,... en el caso de los órganos constitucionalmente autónomos, se los dota de autonomía **para excluirlos de los Órganos Constitucionales que desempeñan las funciones clásicas**, esto, la Función Gubernativa -con sus tres subfunciones, Política, Administrativa y Ejecutiva-, la Función Judicial y la Legislativa. Particularmente, en el caso del **Gobierno**, entendido éste en sentido estricto, el efecto de dotar de autonomía a un ente es **excluirlo de la Administración Pública y del control** que se ejerce sobre ella, sea que el examen se ejerza por la denominada Administración Pasiva o el que tiene carácter político "[71].

Por lo expuesto y perfilando la extensión de la autonomía constitucional:

" ...bien puede sostenerse que **son órganos autónomos para la Constitución los organismos que presentan especiales caracteres de independencia de frente a los poderes del Estado**, hallándose **sometidos sólo a la Constitución** Política **y a la ley que conforme a ella regula su organización**, **funcionamiento y atribuciones** "[72].

Llevado lo que acaba de expresarse al Ministerio Público, consta de la **historia fidedigna** de su creación que:

" Se entiende por autonomía la potestad para dirigirse a sí mismo, sin intervención de terceros; ella tiene una dimensión funcional consistente en el **libre y expedito cumplimiento de las funciones otorgadas**, **y una operativa**, **que permite hacer cumplir las decisiones adoptadas**... La autonomía en la especie está

---

70 José Luis Cea Egaña: **Teoría del Gobierno** (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2000) pp.40 - 42.

71 Miguel Ángel Fernández González: "Autonomía de los Grupos Intermedios y Determinación de sus Propios Fines Específicos" en XXX **Jornadas Chilenas de Derecho Público** (Valparaíso, Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso, 1999) pp. 77 ff.

72 Luis Cordero Vega: " La autonomía constitucional " en **La Semana Jurídica** N° 34 (2 al 8 de julio de 2001), p. 5.

referida a los Poderes del Estado. Este concepto fue **una de las claves** del consenso alcanzado en el estudio del proyecto, porque **es consustancial a las funciones investigadoras** que se otorgan a la nueva entidad... "[73].

En conclusión, la jerarquía constitucional y el carácter autónomo del Ministerio Público condujeron, naturalmente, al Poder Constituyente a conferirle, con rasgo exclusivo, la función suprema de dirigir la investigación, de manera tal que no puede desempeñarse esa labor por otros órganos estatales, sin incurrir con ello en **Nulidad de Derecho Público**. Precisamente, cuando se sostiene que el Ministerio Público es sólo un interviniente más en el proceso penal, equivalente a los demás y que se sitúa, particularmente en relación con la defensa, como mero contradictor, **se está desconociendo la jerarquía constitucional y la autonomía** que caracterizan a aquel órgano del Estado rebajando sus funciones o provocando que ellas terminen siendo compartidas, incluso con rasgo de secreto o confidencialidad, por órganos de creación meramente legal, con infracción del artículo 80° A de la Constitución[74].

3. Principio de Objetividad

En coherencia con haber reservado la dirección de la investigación al Ministerio Público, el Poder Constituyente, sobre la base de la jerarquía máxima y del carácter autónomo con que caracteriza a dicho órgano estatal, le ha encomendado la realización de aquella función **en términos equitativos para todos los intervinientes** en el proceso penal.

Precisamente y en cumplimiento del rol garantístico que subyace al nuevo proceso penal, derivado de obligaciones asumidas por nuestro país en tratados internacionales que ha suscrito, ha consagrado, también a nivel constitucional, **el principio de objetividad**, en virtud del cual debe investigar, con igual celo y dedicación, los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado:

" De acuerdo con el principio de objetividad, **consagrado tanto en la Constitución como en la ley**...

...los fiscales están obligados no sólo a indagar aquellos hechos relacionados con su propia estrategia de investigación, a partir de los antecedentes disponibles, sino también aquellos invocados por el imputado o su defensa para excluir, eximir o mitigar su responsabilidad penal (cfr. Art. 93 c). **En el proceso penal chileno el Ministerio Público no es una ' parte '** preocupada únicamente de acumular pruebas de cargo en contra del imputado, sino que tiene como **criterio de actuación preponderante velar por la correcta aplicación de la ley penal** "[75].

---

[73] **Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado**, recaído en el proyecto de ley de reforma constitucional que crea el Ministerio Público, evacuado el 8 de abril de 1997, contenido en el **Diario de Sesiones del Senado**, sesión 39ª, p. 4.565.

[74] Véanse otras consecuencias negativas de aquella interpretación errada en **El Mercurio** de Santiago, lunes 19 de agosto de 2002, p. A3, a propósito de la negativa de los Ministerios de Hacienda y Planificación al arrendamiento de un inmueble por parte del Ministerio Público.
Cfr., a propósito de otros asuntos, Olga Feliú: " Sobre sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de 22 de enero de 2002, que recayó en contienda de competencia planteada por el Fiscal Nacional del Ministerio Público " en **La Semana Jurídica** N° 72 (25 al 31 de marzo de 2002), p. 6; Guillermo Piedrabuena Richard: "Atribuciones de los Fiscales en la nueva instrucción" en **Ius et Praxis** Año 6 N° 2 (2000) pp. 281 - 294; y José Luis Cea Egaña: " Posibles conflictos de atribuciones entre los Fiscales y los Jueces de Garantía " en **La Semana Jurídica** N° 22 (9 al 15 de abril de 2001), pp. 5 - 6.

[75] María Inés Horwitz Lennon y Julián López Marle: **Derecho Procesal Penal Chileno** (Santiago, Ed. Jurídica, 2002) p. 453.

Por ello y respetando lo dispuesto en la Constitución, tanto en lo relativo a la exclusividad de la investigación como en relación con el principio de objetividad, el **artículo 3°** del Código Procesal Penal, bajo el epígrafe ***exclusividad de la investigación penal***, reitera ambos principios y, complementándolo, su **artículo 77°**, relativo a las ***facultades*** del Ministerio Público, expresa que:

> " **Los fiscales** ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Con ese propósito **practicarán todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación** y dirigirán la actuación de la policía, **con estricta sujeción al principio de objetividad** consagrado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público ".

En nexo directo con lo anterior, el **artículo 3°** de la **Ley N° 19.640**, Orgánica Constitucional del Ministerio Público[76], explica que:

> " **En el ejercicio de su función**, **los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo**, **velando únicamente por la correcta aplicación de la ley**. De acuerdo con ese criterio, **deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado**, **sino también los que le eximan de ella**, **la extingan o la atenúen** ".

Cuanto viene siendo expuesto, en relación con **la exclusividad para dirigir la investigación**, **no responde solamente ni en primer lugar a una regla de distribución de competencias** constitucionales, conforme a lo requerido en el artículo 7° incisos 1° y 2°, **sino que es una garantía en favor de las personas**, con lo cual aquella exclusividad se **constituye en principio o regla que promueve y protege los derechos fundamentales**, de acuerdo al deber impuesto a todos los órganos del Estado en el **artículo 5° inciso 2°** de la Constitución.

Así, por lo demás, consta de la historia fidedigna:

> " El Senado creyó pertinente establecer en esta norma (el artículo 3° del Código Procesal Penal) **la entidad pública a cargo de dirigir la investigación penal**, para lo cual acordó señalar que **ésta le corresponde al Ministerio Público en forma exclusiva**, **en los términos del artículo 80 A de la Constitución**.
>
> De este modo, **se obvian las eventuales dudas que podría suscitar el hecho de asegurar que una persona sólo puede ser objeto de investigación penal *en los casos y bajo las circunstancias previstas en la Constitución y en las leyes***, pese a que ello se infiere de la propia Carta Fundamental, de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público y de este Código "[77].

Por ello, el principio de objetividad, contenido en el artículo 80° A de la Constitución constituye **la regla fundamental** conforme a la cual debe obrar el Ministerio Público en su tarea de dirigir las investigaciones:

> " En virtud de este principio, y en relación con la garantía de defensa del imputado, se podría exigir a lo menos tres cosas: en primer lugar, **el Ministerio Público debería estudiar durante su investigación**, **todas aquellas hipótesis de hecho que eximan**, **extingan o atenúen la responsabilidad penal** del imputado, siempre y cuando se trate de hipótesis serias argumentadas por la defensa, con el objetivo de confirmarlas o descartarlas.

---

[76] Publicada en el Diario Oficial el 15 de octubre de 1999.

[77] Emilio Pfeffer Urquiaga: **Código Procesal Penal** (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2001) p. 19.

En segundo lugar, este principio debiera imponer un **deber de lealtad** hacia la defensa, en el sentido que **el Ministerio Público no deberá ocultar antecedentes** arrojados por la investigación, así como tampoco demorarse en *mostrar sus cartas* para los efectos que la defensa pueda prepararse adecuadamente.

En tercer y último lugar, **el Ministerio Público debe actuar de buena fe** durante todo el desarrollo del proceso, de manera que se cumpla con el mandato constitucional de desarrollar una investigación y un procedimiento racionales y justos.

...**No obstante el Ministerio Público detentar la potestad exclusiva de la investigación**, en virtud de este criterio objetivo, **deberá acceder a la práctica de diligencias propuestas por la defensa** a fin de lograr un esclarecimiento de los hechos de la investigación, sólo en la medida que sean conducentes y útiles para lograr tal establecimiento.

En este sentido, **la Fiscalía Nacional en su Instructivo N° 12**, a propósito de la solicitud de diligencias por parte del imputado, ha dicho que la ponderación acerca de si acepta o no la solicitud del imputado para la práctica de la diligencia, ' **debe hacerse no sólo desde el punto de vista desfavorable al imputado**, **sino que también desde el punto de vista que lo favorezca**, conforme al principio de objetividad que se establece en el artículo 80° A de la Constitución y en numerosas disposiciones del nuevo Código Procesal Penal'"[78].

En consecuencia, el Ministerio Público es el único órgano constitucionalmente habilitado para dirigir la investigación, sin que puedan otros intervinientes en el proceso penal ejecutar labores en ese sentido, en desconocimiento de la jerarquía y autonomía de dicho Ministerio, el cual debe actuar, en la ejecución de esta tarea, conforme al principio de objetividad.

4. Ámbito de la Defensa

Visto ahora cuanto viene siendo explicado, es decir, la decisión constitucional de haber radicado la exclusividad para dirigir la investigación en el Ministerio Público y el deber de éste en orden a obrar conforme al principio de objetividad, **desde el ángulo de la defensa**, se corrobora el diseño dispuesto por el Poder Constituyente.

Efectivamente, el **artículo 8°** del Código Procesal Penal, que contiene otro de los **principios básicos** del nuevo Código, se ocupa, precisamente, de determinar el ***ámbito de la defensa***, señalando que " el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra ", añadiendo que:

" **El imputado tendrá derecho a formular los planteamientos y alegaciones** que considerare oportunos, así como **a intervenir en todas las actuaciones** judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, **salvas las excepciones expresamente previstas** en éste ".

" En coherencia con lo anterior, el **artículo 104°** aplica lo expuesto al defensor, quien " **podrá ejercer todos los derechos y facultades que la ley reconoce al imputado**, a menos que expresamente se reservare su ejercicio a este último en forma personal ".

Por ello y **no podía ser de otra manera**, el **artículo 93°** del Código Procesal Penal **cierra definitivamente el asunto** al señalar, entre *los derechos y garantías del imputado*, que está facultado para:

---

[78] José Luis Camps Séller: **La Defensa del Imputado** (Santiago, Ed. Lexis Nexis, 2003) pp. 60 - 62.

" c) **Solicitar de los fiscales diligencias de investigación** destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formularen ".

No se olvide, en este punto específico, que, durante la tramitación del proyecto de Código Procesal Penal en el Senado, confirmando que la única vía a través de la cual la defensa puede requerir la realización de diligencias de investigación es solicitándolo al Ministerio Público:

" ...se rechazó la indicación del H. Senador señor Fernández, **de carácter supresivo**, pues esta letra se relaciona con la facultad del juez para disponer la realización de **diligencias solicitadas oportunamente al Ministerio Público** y rechazadas por éste... "[79].

Por ende, **no corresponde a la defensa**, sea ésta ejercida por el imputado personalmente, por la Defensoría Penal Pública o por abogados particulares, **durante la etapa de investigación**, **la ejecución de actividades tendientes a investigar** ni comisionar su ejecución a terceros, tales como investigadores privados o ex policías, pues se trata de una función estatal reservada, exclusivamente, por la Carta Fundamental al Ministerio Público, en razón de la autonomía de que goza, la cual debe ser ejercida conforme al principio de objetividad.

5. Ley de la Defensoría Penal Pública

La **Ley N° 19.718**[80], también respetuosa de la Carta Fundamental en esta materia, **no contiene disposición alguna que autorice a la Defensoría Penal Pública para realizar**, por sí o por terceros, directa o indirectamente, salvo requiriéndolo al Ministerio Público en los términos ya expuestos, **labores de investigación**:

"Por múltiples razones, largamente expuestas y discutidas en la dogmática procesal, que no corresponde reproducir, **se confía** en el proyecto **al Ministerio Público**, **en forma exclusiva**, **la tarea de dirigir la investigación de los delitos**...

Así, se configura un efectivo régimen acusatorio, caracterizado, no sólo por la separación absoluta de los órganos encargados de las funciones de acusar y sentenciar, sino por la exigencia de una acusación previa, para que tenga lugar el proceso... "[81].

En este contexto, el **artículo 2°** de aquella ley señala que **la finalidad de la defensoría** es "**proporcionar defensa penal a los imputados o acusados** por un crimen, simple delito o falta que sea de competencia de un juzgado de garantía o de un tribunal de juicio oral en lo penal y de las respectivas Cortes, en su caso, y que carezcan de abogado " y **no se incluye**, entre las atribuciones que se confieren al Defensor Nacional, en su artículo 7°, o a los Defensores Regionales, en su artículo 20°, la de investigar o disponer actos de investigación.

6. Consecuencias

De cuanto ha sido expuesto, sobre la base de la jerarquía constitucional del Ministerio Público y de su autonomía, aplicada a dirigir, con exclusividad, la investigación de los hechos constitutivos de delito, de aquellos que determinan la participación de las personas en ellos y, con igual celo, de los que eximen de

---

79 Emilio Pfeffer Urquiaga citado en **supra** nota 15, p. 117.

80 Publicada en el Diario Oficial el 10 de marzo de 2001 y sus reformas.

81 Raúl Tavolari Oliveros: **El Proceso en Acción** (Santiago, Ed. Libromar Ltda. 2000) p. 571.

aquella responsabilidad, deriva que **cuando un órgano del Estado**, como la Defensoría Penal Pública, **ejecuta actuaciones que no le han sido expresa y previamente conferidas por la Constitución o la ley**, **se vulnera** lo preceptuado en el **artículo 7° inciso 2°** de la Carta Fundamental, máxime si dicha actuación ha sido encomendada a un órgano de esa jerarquía.

No cabe argumentar en nuestro país, como es bien sabido, la denominada **teoría de los poderes implícitos**, característica del sistema jurídico norteamericano, en virtud de la cual a los órganos del Estado les corresponde no sólo el ejercicio de las atribuciones que le han sido expresamente conferidas por el ordenamiento jurídico, sino también todas aquellas que sean funcionales, indispensables o necesarias para lograr aquéllas, por cuanto **el artículo 7° inciso 2° de la Carta Fundamental sólo permite a los entes estatales desplegar las atribuciones que expresamente** les han sido conferidas, adoleciendo de Nulidad de Derecho Público las actuaciones que contravenga lo preceptuado en dicha norma constitucional.

Ciertamente que podrá discreparse, por algunos, de este diseño, pero corresponde al que ha definido el Poder Constituyente:

> "En el mismo sentido, Cristián Riego, autor del Informe Comparativo de la primera versión de ese estudio, advierte que en todos los casos se observa que el trabajo de los defensores no se extiende más allá de la presencia de un defensor en las actuaciones principales del procedimiento. ' Salvo excepciones muy limitadas en cuanto a su cobertura ', puntualiza Riego, ' **los sistemas de defensa pública no cuentan con la posibilidad de realizar investigaciones paralelas** '... "[82].

Por el mismo razonamiento que viene siendo desarrollado, tampoco puede ampararse el secreto de los informes elaborados por investigadores privados o ex policías, a solicitud de la Defensoría Penal Pública, bajo el alero del secreto profesional.

Desde luego, el secreto aludido rige con alcance estricto cuando el abogado es requerido como testigo, durante el juicio oral, conforme a lo dispuesto en el artículo 303° inciso 1° del Código Procesal Penal:

> "Y de ello no puede dudarse, porque la expresión ' confidencialmente ' no aparecía en el proyecto primitivo, y sólo al estudiarse el asunto ante la Comisión Revisora, don Miguel Luis Valdés (que era fiscal de la Corte Suprema y profesor de Derecho Procesal) manifestó que sería útil determinar con claridad el alcance de la disposición, que en su concepto no era otro que **referirse sólo a los hechos de que el profesional ha tenido conocimiento** ' **únicamente por el secreto que se le ha confiado en razón de su cargo** '; y la Comisión, sin discrepancia, consideró que el artículo tenía precisamente el mismo alcance que le daba el señor Valdés (Actas de la Comisión, p. 135) "[83].

Concretamente, **cuando la Defensoría Penal Pública realiza actuaciones de investigaciones**, directamente o por medio de terceros, como encargar informes a investigadores privados o ex policías, durante la etapa de investigación, **está ejecutando un acto que le ha sido expresamente atribuido** por la Carta Fundamental o la ley a otro órgano del Estado, creado y situado, con cualidad de autónomo, en la máxima norma de nuestro ordenamiento jurídico interno, como es el Ministerio Público, sin que una actuación inconstitucional de aquella naturaleza pueda quedar cautelada por el secreto profesional del abogado defensor.

---

82 Fernando Santelices Ariztía: " Una Pausa sobre las Defensas Públicas " en **La Semana Jurídica** N° 177 (29 de marzo a 4 de abril de 2004) p. 15.

83 Helena Carrera Bascuñán: **El Secreto Profesional del Abogado** (Santiago, Ed. Jurídica, 1963) p. 56; y Luis Ortiz Quiroga: "El Secreto Profesional y el Auxilio de la Justicia", publicado en **Revista del Abogado** N° 13 (julio de 1998).

7. Procedimiento para Requerir Diligencias

Finalmente, el **artículo 183°** del Código Procesal Penal **dispone cómo se lleva a efecto el requerimiento planteado por el imputado al Ministerio Público para que se practiquen las diligencias que considere pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos**.

Frente a dicha solicitud, **el Fiscal puede ordenar que se lleven a efecto las diligencias**, **siempre que las estime conducentes**; o puede negarse, ante lo cual el imputado tiene la facultad de **reclamar ante las autoridades del Ministerio Público**, con el propósito de obtener un pronunciamiento definitivo acerca de la procedencia de la diligencia.

Cabe aquí advertir, desde luego, que la fórmula adoptada por el legislador para resolver el conflicto es consistente con la autonomía constitucional del Ministerio Público:

> " Se entiende por autonomía la potestad para dirigirse a sí mismo, sin intervención de terceros; ella tiene una dimensión funcional consistente en el **libre y expedito cumplimiento de las funciones otorgadas**, **y una operativa**, **que permite hacer cumplir las decisiones adoptadas**... La autonomía en la especie está referida a los Poderes del Estado. Este concepto fue **una de las claves** del consenso alcanzado en el estudio del proyecto, porque **es consustancial a las funciones investigadoras** que se otorgan a la nueva entidad... "[84].

Por último, debe tenerse presente que, explicando el sentido y alcance del artículo 183°, el Fiscal Nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria que emana de la autonomía constitucional del Ministerio Público, ha dictado, en el año 2000, el ya aludido **Instructivo General N° 12**.

Surge nítido, **en consecuencia**, que, si bien la formulación original de la función investigativa estuvo por permitir a todos los intervinientes en el proceso penal que investigaran, se terminó reservando dicha función al Ministerio Público, ya que este órgano no sólo interviene en el proceso penal, sino que lo hace en su carácter de órgano constitucional y autónomo, lo cual es confirmado, sin excepciones, por la legislación complementaria. De ello se colige que, si otro órgano estatal desarrolla labores de investigación penal, sus actuaciones adolecerán de Nulidad de Derecho Público, conforme a lo preceptuado en el artículo 7° de la Constitución.

8. Investigaciones Paralelas

No puede el suscrito, finalmente, soslayar que puede argumentarse, erróneamente, para desvirtuar cuanto acaba de sostenerse que la interpretación aquí sustentada **impide** las que se denominan **investigaciones paralelas**, incluyendo en ellas las indagaciones que llevan a cabo los medios de comunicación social, en el marco de la libertad de expresión, la cual comprende el derecho de toda persona a **buscar informaciones**, como lo reconoce el artículo 13° del Pacto de San José de Costa Rica, esto es, "el derecho de todo individuo de acceder a las fuentes de información y obtener sin intermediarios conocimiento respecto a hechos, datos, opiniones, etc. "[85].

---

[84] **Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado**, recaído en el proyecto de ley de reforma constitucional que crea el Ministerio Público, evacuado el 8 de abril de 1997, contenido en el **Diario de Sesiones del Senado**, sesión 39ª, p. 4.565.

[85] Claudia Latorre Olavaria: **El Derecho Constitucional a la Información** (Santiago, Tesis para optar al Grado de Magíster en Derecho Constitucional, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, 2004) p. 143.

Desde luego, ha quedado aclarado que, efectivamente, **no puede llevarse a cabo aquella especie de investigaciones** sin contravenir la Carta Fundamental y su legislación complementaria, entendiendo que son investigaciones paralelas las indagaciones, realizadas por una entidad distinta del Ministerio Público, que persiguen determinar la participación punible de una persona en hechos constitutivos de delito o que buscan acreditar la inocencia del imputado. Obrar en ese sentido, a mayor abundamiento, impide que el Juez de Garantía pueda cautelar cabalmente los derechos del imputado y de terceros eventualmente afectados por dichas investigaciones, confirmándose, de esta manera, por qué se ha atribuido su dirección en exclusiva al Ministerio Público, constituyéndose así en **garantía dentro del nuevo proceso penal**.

Sin embargo, **no** cabe incluir en aquella hipótesis prohibida **otras investigaciones** que se desenvuelven, **sin efecto jurídico vinculante** en materia penal, aun cuando pueden suscitarse, en principio, dudas al respecto, como el suscrito ha tenido oportunidad de prevenir:

> " En este sentido, sin embargo, cabe tener presente que la investigación, que queda reservada al Ministerio Público, es nada más que aquella que se vincula con los hechos constitutivos de delito y para hacer efectiva la responsabilidad penal, por lo que la exclusividad **no obsta a que otros órganos estatales y aún los particulares puedan llevar a cabo indagaciones acerca de cuestiones diversas**, es decir, que no tengan por finalidad la averiguación y determinación de hechos constitutivos de delito, como ocurre, por ejemplo, con las Ramas del Congreso Nacional en el desenvolvimiento de la acusación constitucional; o cuando se trata de **hechos que dan origen a responsabilidades diversas**, v. gr., de carácter penal y administrativo, donde la **investigación puede ser llevada** a cabo, en conformidad a la ley, **por distintos órganos**, **cada uno en la esfera de su competencia**.
>
> Sin embargo, no resulta aventurado imaginar que esta disposición originará conflictos de competencia, pues no será extraño, por ejemplo, que órganos fiscalizadores de la Administración, como las Superintendencias o la Contraloría General de la República se encuentren desarrollando una investigación, inicialmente radicada en sus respectivos ámbitos de competencia, pero que aparezca, en su secuela, la posibilidad de un delito, lo cual fuerza a sostener su abstención inmediata a favor del Ministerio Público. Asimismo, quedarán más en evidencia lo violatorias de derechos fundamentales que son algunas metodologías empleadas por entes fiscalizadores cuando llevan a cabo sus procedimientos utilizando elementos que sólo pueden emplearse por quien indaga criminalmente, como el interrogatorio de ejecutivos o la incautación de documentos. En este contexto, los órganos fiscalizadores de la Administración deberán **dar cabal cumplimiento** a los principios y normas contenidas en la **Ley N° 19.880** sobre Procedimiento Administrativo " [86].

En otras palabras, reservar la dirección de la investigación penal al Ministerio Público no excluye las indagaciones que otros órganos del Estado o los particulares, como los medios de comunicación social, lleven a cabo en ejercicio de las potestades legales que se hayan conferido a los primeros o en el desenvolvimiento del derecho fundamental a la libertad de expresión por parte de los segundos, aunque ciertamente unos y otros deben obrar con respeto de la Carta Fundamental:

> " **El derecho fundamental a la libertad de información** no puede restringirse solamente a la comunicación objetiva y aséptica de hechos, el derecho **incluye también la investigación de la causación de hechos**, la formulación de hipótesis posibles en relación con esa causación, la valoración probalística de esas hipótesis y la formulación de conjeturas sobre esa posible causación, tal como lo ha sostenido la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Barthold*...

---

[86] Miguel Ángel Fernández González: **Cuestiones Constitucionales en torno del Código Procesal Penal** (Santiago, Universidad de Los Andes, Documento de Trabajo N° 57, 2003).

> En el caso de los profesionales de la información (periodistas, reporteros), el derecho de informarse no consiste únicamente en no tener impedimentos para obtener información, sino que constituye un derecho positivo consistente en **tener acceso a las fuentes** de información para luego informar al público...
>
> El derecho a informarse obliga a los Estados y sus órganos y organismos a **no realizar actos y conductas u omisiones destinadas a evitar o limitar la libre recepción** de la información de carácter público, de relevancia pública o destinada al público, como asimismo, **el deber de promover** las condiciones que posibiliten su pleno ejercicio, eliminando los obstáculos o trabas factuales, jurídicas o conductuales que afecten o entorpezcan a través de limitaciones, controles o formalidades desproporcionales o irrazonables a la recepción de la información.
>
> Un tercer aspecto que **es necesario distinguir**, es aquel que se refiere a la **búsqueda de informaciones referentes a hechos**, **actos o comportamientos relacionados con personas o instituciones privadas que evitan mostrarlos al público**, en tal caso estamos ante el ámbito de **una investigación de facto que no tiene protección como derecho constitucional**, en el mejor de los casos estaremos ante una actividad lícita. Sin embargo, esta licitud desaparece y la investigación se convierte en antijurídica e ilegítima si lo buscado es información respecto del ámbito reservado a la vida privada o a la intimidad de la persona, lo que se encuentra protegido constitucionalmente por el artículo 19° N° 4 de la Constitución, como asimismo, por la ley N° 19.628 de 1999 sobre protección de la vida privada y la utilización de datos sensibles o integrantes de la intimidad de las personas "[87].

En consecuencia, no cabe argumentar, en contra de la recta aplicación del artículo 80° A de la Constitución, sobre la base que, con la interpretación aquí explicada, se impide la labor que despliegan los medios de comunicación social, pues las indagaciones que estos realizan no constituyen investigaciones paralelas, ciertamente inconstitucionales.

Aquellas indagaciones, realizadas siempre con pleno respeto de los derechos fundamentales, consistentes en la búsqueda de informaciones **no tienen por finalidad investigar**, es decir, determinar la participación punible o acreditar la inocencia del imputado, **sino que obtener informaciones veraces**, **en asuntos de interés general y no sujetos a reserva**, **para transmitirlas al público**; y **tampoco tienen fuerza jurídica vinculante** para el Ministerio Público o los Tribunales establecidos por la ley. En cambio, **una investigación paralela** no persigue aquel objetivo informativo, sino que, precisamente, **tiene por finalidad alguna de aquellas finalidades que el artículo 80° A** de la Constitución **reserva al Ministerio Público**, sin que exista el adecuado control preventivo, como ya se ha dicho, de que se ejecuten conforme a la Constitución y a las leyes.

Por esto, el **artículo 70°** del Código Procesal Penal, en armonía con lo preceptuado en el artículo 80° A inciso 3° de la Constitución, en relación con **el principio básico** contemplado en el artículo 9° de aquel cuerpo legal, confiere al **Juez de Garantía** la obligación de velar porque la investigación del Ministerio Público se lleve a cabo con apego a la Carta Fundamental, particularmente en lo que se refiere al respeto de los derechos asegurados en la Constitución. De manera que si otro órgano estatal, sin competencia para ello, o cualquier particular realizan indagaciones por sí mismos, sin requerirlas al Ministerio Público, pueden verse afectados derechos de las personas, como la privacidad o la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas, sin que dichas decisiones sean susceptibles de ser controladas por el Juez, quedando exentas de control preventivo, lo cual resulta inconsistente con el Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

---

87 Humberto Nogueira Alcalá: **El Derecho a la Libertad de Opinión e Información y sus Límites** (Santiago, Ed. Lexis Nexis, 2002) pp. 27 - 28 y 35 - 36.

9. Relación con el Derecho a Defensa

Necesario resulta, finalmente, abocarse a un último argumento que desvirtuaría la tesis aquí sostenida, en cuanto a que la Defensoría Penal Pública no se encuentra autorizada, como lo exige el artículo 7° de la Constitución, para investigar, en el sentido que la facultad para realizar investigaciones, en el ámbito reservado al Ministerio Público, se derivaría del derecho a defensa.

Debe reiterarse aquí, por cierto, la improcedencia de sostener la atribución de potestades para los órganos estatales sobre la base de la teoría de los poderes implícitos, la cual no puede esgrimirse en nuestro Sistema Constitucional, considerando el tenor nítido y sin disidencias en la doctrina y jurisprudencia del artículo 7° inciso 2° de la Carta Fundamental.

El derecho a la defensa, como es bien sabido, se encuentra asegurado a todas las personas en el artículo **19° N° 3° inciso 2°** de la Constitución, y consiste en " la posibilidad de **sostener argumentalmente las respectivas pretensiones y rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular** en apoyo de las suyas "[88].

A. Norma Constitucional

Analizando lo asegurado a todas las personas en el **artículo referido** se desprende que:

- El **derecho a defensa jurídica** hace realidad el amparo o protección de los derechos subjetivos[89], sea que esa defensa se efectúe personalmente por el titular del derecho o por medio de un abogado;

- El derecho en análisis no puede ser **impedido**, **restringido** o siquiera **perturbado**, es decir, el ejercicio de la defensa jurídica no puede ser imposibilitado, reducido o molestado, pues debe realizarse **sin más exigencias que el cumplimiento a la forma dispuesta por la ley**, puesto que no existen los derechos absolutos;

- Por ello, en el ejercicio de la defensa, el letrado debe ceñirse al acatamiento de los **deberes** propios de su actividad con lo cual el carácter **debido** de la defensa jurídica exige del letrado el respeto de las normas de Derecho Positivo que regulen esos deberes, pero **también de los deberes que van más allá de las formalidades impuestas por la ley**, los cuales integran su esfera de ética profesional; y

- Finalmente, el derecho a la defensa **debe ejercerse en la forma que señala la ley**[90].

De singular relevancia se vuelven estas ideas, particularmente en el ejercicio del derecho a la defensa, en conformidad a la ley, respecto de lo cual consta en las **Actas de la Comisión de Estudio** que:

> " El señor **Ovalle**... cree que, de todas maneras, se subentiende que la expresión *debida* implica que **el legislador será quien regulará la participación del abogado en el proceso**.
>
> El señor **Silva Bascuñán** deja constancia que es el autor de la indicación para agregar la palabra *debida* en este inciso y que la entiende en el sentido indicado por el señor Ovalle y que nunca le ha cabido duda de ninguna especie "[91].

---

88 Joan Picó y Junoy: **Las Garantías Constitucionales del Proceso** (Barcelona, Ed. Bosch, 1997) p. 102

89 **Diccionario** citado en **supra** nota 2, p.474.

90 **Id.**, p.695. Véase la **Ley Nº 18.120**, sobre comparecencia en juicio, publicada en el Diario Oficial el 18 de mayo de 1982 y sus reformas.

91 **Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución**, sesión 112ª, pp. 9 - 10.

De manera que **la Constitución encomienda al legislador complementar y regular el ejercicio del derecho a defensa**:

> " **Esa defensa jurídica se reconoce**, **pero en la forma que señale la ley**. Se remite la disposición constitucional, por ende, a las normas que establezca el legislador, trazando una reserva legal fuerte. Tales normas se encuentran en el Código de Procedimiento Civil y Código Procesal Penal, especialmente"[92] .

Efectivamente, el Poder Constituyente ha dispuesto que sea el legislador el encargado de regular el ejercicio del derecho a defensa, sin que haya impuesto un ejercicio único y rígido para todos los procedimientos dispuestos por la ley:

> " Que, la Constitución establece que, en ciertos casos, la regulación de algunas materias por parte del legislador no debe tener la misma amplitud y profundidad que otras. Es por ello que hay casos en que la fuerza de la reserva legal puede ser calificada de absoluta o relativa. En este último caso, incumbe un mayor campo de acción a la potestad reglamentaria subordinada, siendo propio de la ley señalar sólo las bases, criterios o parámetros generales que encuadran el ejercicio de aquella potestad. Ello ocurre cada vez que la Constitución emplea expresiones como ' con arreglo a la ley ', ' de acuerdo con las leyes ', ' con sujeción a la ley ', ' de acuerdo a lo que determine la ley ' o ' en conformidad a la ley ', v. gr. en los artículos 10° Nº 4°; 24° inciso segundo; 32° Nº 22°; 87° y 94° de la Constitución en vigor "[93] .

En suma, el ejercicio del derecho a defensa, asegurado a todas las personas en el artículo 19° N° 3° inciso 2° de la Constitución, **debe realizarse por el letrado en la forma dispuesta por la ley**, sin que exista una regla de actuación predeterminada para todos los procedimientos, sino que **permitiéndole al legislador obrar con libertad**, **pero dentro de lo preceptuado por la Carta Fundamental**.

B. Regulación en Materia Penal

Llevado el ejercicio del derecho a defensa a la sede penal, el Código Procesal del ramo se ocupa de ello a propósito de los derechos y garantías del imputado y en sus artículos 102° a 107°. Hállase aquí la forma dispuesta por el legislador para, en cumplimiento de la Constitución, ejercer el derecho a defensa en el proceso criminal.

Más concretamente y en relación con las consultas que me han sido formuladas, el derecho a defensa, en lo relativo a los **elementos que sirven para acreditar la inocencia** del imputado, **se ejerce en forma distinta según la etapa del proceso penal en que se lleve a cabo**, ya que la forma de su ejercicio depende de si el asunto se encuentra en fase **de investigación o ya sometido al juicio oral**, rigiéndose en la primera fase conforme a la disposición constitucional que ha reservado la investigación al Ministerio Público y al ya aludido principio de objetividad[94] .

Así, **mientras en la etapa de investigación el derecho a la defensa se ejerce en los términos del artículo 93° letra c)** del Código, o sea y respetando la exclusividad del Ministerio Público para dirigir la

---

92 José Luis Cea Egaña. II **Derecho Constitucional Chileno** (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004) p. 144.

93 Considerando 26° de la sentencia pronunciada por el **Tribunal Constitucional** el 26 de abril de 1997, Rol N° 254.

94 Juan Cristóbal Núñez Vásquez: I **Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral** (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2001) pp. 201 - 202.

investigación, solicitándole a los Fiscales que practiquen las diligencias respectivas; en el **juicio oral**, el **artículo 314°** se encarga de aclarar que " el Ministerio Público **y los demás intervinientes** podrán presentar **informes elaborados por peritos de su confianza** y solicitar que estos fueren citados a declarar al juicio oral, acompañando los comprobantes que acreditaren la idoneidad profesional del perito ":

> " A diferencia del sistema procesal inquisitivo, en el sistema que ahora abordamos, **el imputado tiene la calidad de sujeto** dentro del proceso, **reconociéndole la garantía de la defensa** en términos amplios. **La amplitud de dicho reconocimiento en cada etapa del procedimiento** (**investigación y juicio oral**) **varía según el ordenamiento**.
>
> **En la etapa de investigación**, **la garantía en estudio podrá verse razonablemente limitada en muchas ocasiones**, con el objeto de no entorpecer la eficacia de la investigación del hecho punible, **lo que se compensa** entre otras cosas, y como acabamos de sostener, **con la circunstancia que la prueba que debe servir de base a la sentencia**, es aquella que **se practica durante el desarrollo del juicio oral**, sin que entonces, las fuentes de prueba reunidas durante la etapa de investigación tengan valor en la medida que no se incorporen en el juicio oral, momento en que la garantía de defensa adquiere plena vigencia, permitiéndole al acusado, rebatir la acusación y las pruebas aportadas en su contra "[95].

En consecuencia, resulta del todo diferente la actividad que puede desplegar, con sujeción a la Constitución y a la ley, la defensa en una y otra etapa del proceso, lo cual **aparece** consistente con la diversa naturaleza de aquellas etapas, respecto de la primera de las cuales no hay duda que se trata de:

> " ...una fase meramente preparatoria, es decir, cuyo único sentido es el de **permitir a los órganos que tienen a su cargo la persecución penal** preparar adecuadamente su presentación en el juicio, así como tomar las decisiones que determinarán el curso posterior del caso, en especial aquellas relativas a su continuación o terminación anticipada.
>
> ...**el nuevo sistema de investigación no tiene carácter probatorio**, todos los actos que durante él se desarrollen, y que de algún modo puedan contribuir al esclarecimiento del caso, sólo tienen un valor informativo... **pero no se constituirán en elementos de prueba** susceptibles de ser valorados en la sentencia, en tanto no sean producidos en el juicio oral...
>
> Esta característica representa una diferencia substancial con el actual sumario criminal. En este, según hemos visto, los datos recopilados por el juez del crimen constituyen pruebas y pueden ser valorados sin ningún problema en la dictación de la sentencia definitiva...
>
> ...completamente desformalizada... si lo que se acumula durante esta fase no tiene valor probatorio alguno mientras no sea presentado en el juicio oral, no deben existir consecuencialmente reglas rígidas para proceder a esta acumulación de información...
>
> ...**la desformalización de la investigación significa que todas estas actividades dejan de ser desarrolladas por un órgano judicial** que actúa de acuerdo a una cierta ritualidad prevista en la ley **y pasan a ser efectuadas por órganos de carácter administrativo, como es el Ministerio Público** y las policías... "[96].

---

95 José Luis Camps Séller citado en **supra** nota 16, p. 26.

96 Mauricio Duce Julio y Cristián Riego R.: I **Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal** (Santiago, Universidad Diego Portales, 2002) pp. 116 -117.

A mayor abundamiento, si la Defensa obrara con iniciativa, para acreditar la inocencia del imputado y no para desvirtuar lo probado por el Ministerio Público, **estaría precisamente lesionando el principio de presunción de inocencia**, contemplado en el **artículo 4°** del Código Procesal Penal:

> " Por lo mismo, en el proceso penal, **el primer movimiento incumbe a la acusación** y, al estar la inocencia asistida por el postulado de su presunción hasta prueba en contrario, esa prueba contraria debe aportarla quien niega aquélla formulando la acusación.
>
> Ello no excluye, por cierto, el derecho del imputado a acreditar su inocencia mediante la introducción de **pruebas de descargo** "[97].

Por ende, **el derecho a defensa tiene por finalidad sostener los argumentos propios y rebatir los de la contraria**, **debiendo incluirse en aquel derecho la capacidad para acreditar** las alegaciones o desvirtuar las que formule la contraparte, **en la oportunidad procesal correspondiente**, pero es **un derecho que debe ejercerse en la forma dispuesta por la ley** y no en contravención a ella.

Así, cuando la defensa del imputado practica por sí misma o encomendando a terceros, sin solicitarlo y en desconocimiento del Ministerio Público y del Juez de Garantía, actos reservados a quien dirige la investigación, **vulnera el derecho de defensa** y no puede escudarse en éste para desarrollar un acto inconstitucional e ilegal. Más aún, si se aduce el secreto o la confidencialidad para amparar aquella conducta, pues en este caso, no sólo se lesionan las atribuciones constitucionales del Ministerio Público, sino que **también las de los tribunales**, vulnerándose el artículo 73° de la Carta Fundamental, que les encomienda, también en forma exclusiva, el conocimiento de las causas criminales para poder ejecutarlas y hacer ejecutar lo así juzgado, poniéndose en riesgo, en fin, los derechos que ella asegura a todas las personas.

III. RECTA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 19°

No obstante haber demostrado que la Defensoría Penal Pública carece de atribuciones para investigar los hechos que desvirtúen la responsabilidad del imputado, durante la etapa respectiva, a menos que requiera las diligencias del Ministerio Público, y que obrar en contrario es vulnerar y no ejercer el derecho a defensa en la forma dispuesta por la ley, puesto que se incurre en una actuación que adolece de Nulidad de Derecho Público, estima útil el suscrito abstraerse, para efectos de desvirtuar una incorrecta aplicación del **artículo 19°** del Código Procesal Penal, de tan flagrante inconstitucionalidad y examinar la improcedencia de fundamentar en dicho precepto legal la negativa de entregar al Ministerio Público los informes elaborados por investigadores privados o ex policías a solicitud de aquella Defensoría Penal Pública.

10. Sentido y Alcance

El artículo 19° relativo a los *requerimientos de información, contenido y formalidades*, dispone que:

> " **Todas las autoridades y órganos del Estado deberán** realizar las diligencias y **proporcionar**, **sin demora**, **la información que les requirieren el Ministerio Público** y los tribunales con competencia penal. El requerimiento contendrá la fecha y lugar de expedición, los antecedentes necesarios para su cumplimiento, el plazo que se otorgare para que se llevare a efecto y la determinación del fiscal o tribunal requirente.

---

97 José Alejandro Martínez Ríos: " Reflexiones sobre la Prueba en el Proceso Penal Acusatorio " en **Derecho Mayor** Año II N° 2 (Temuco, Escuela de Derecho de la Universidad Mayor, 2003) pp. 106 - 107.

Con todo, **tratándose de informaciones o documentos que en virtud de la ley tuvieren carácter secreto**, **el requerimiento se atenderá** observando las prescripciones de la ley respectiva, si las hubiere, y, en caso contrario, **adoptándose las precauciones que aseguraren que la información no será divulgada**.

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**. La Corte adoptará esta decisión en cuenta. Si fuere el tribunal el que requiriere la información, formulará dicha solicitud directamente ante la Corte de Apelaciones.

Si la razón invocada por la autoridad requerida para no enviar los antecedentes solicitados fuere que su publicidad pudiere afectar la seguridad nacional, la cuestión deberá ser resuelta por la Corte Suprema.

Aun cuando la Corte llamada a resolver la controversia rechazare el requerimiento del fiscal, por compartir el juicio de la autoridad a la que se hubieren requerido los antecedentes, **podrá ordenar que se suministren al Ministerio Público** o al tribunal **los datos que le parecieren necesarios** para la adopción de decisiones relativas a la investigación o para el pronunciamiento de resoluciones judiciales.

Las resoluciones que los ministros de Corte pronunciaren para resolver estas materias no los inhabilitarán para conocer, en su caso, los recursos que se dedujeren en la causa de que se tratare ".

Cabe advertir, desde el comienzo, que la disposición legal transcrita **no traza distinción alguna respecto de la información** que pueden solicitar el Ministerio Público y los tribunales con competencia en lo penal, por lo que ella **puede referirse a cualquier asunto**, **materia**, **documento o antecedente**:

" Atendido el tenor de este artículo, podemos observar el deber de las autoridades y órganos del Estado en proporcionar información para el fiscal y los tribunales, enmarcándolos en una **obligación de publicidad**. **Bastará con la comunicación de la solicitud**, en la que se indiquen los antecedentes necesarios para su cumplimiento y el señalamiento del plazo en que debieran tener lugar... "[98].

Tan amplio como el objeto del requerimiento son **los sujetos obligados a cumplirlo**, pues sus destinatarios son **todas las autoridades y órganos del Estado**, en tanto que **el requirente se encuentra más acotado**, ya que sólo pueden serlo el Ministerio Público y los tribunales con competencia en lo penal, confirmándose aquí también que la regulación dispuesta por la ley deviene, como consecuencia lógica, de la jerarquía constitucional de que gozan aquellos órganos y de la autonomía e independencia que los caracterizan respectivamente.

La amplitud respecto de los sujetos pasivos queda **corroborada por la historia fidedigna** de la reforma constitucional, relativa al Ministerio Público, ya que, inicialmente, se proyectaba incorporar esta disposición directamente en la Carta Fundamental:

---

[98] Beatriz Alejandra Palma Alonso: **Publicidad y Secreto en el Nuevo Código Procesal Penal** (Santiago, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Derecho, Universidad de Los Andes, 2002) p. 40.

> " El inciso de la indicación que obligaba **a toda autoridad**, **sin distinguir cuál sea su función**, a entregar al Ministerio Público los antecedentes e informes que les fueren requeridos, fue rechazado porque pareció a la Comisión que es propio de ley orgánica y no de la Carta Fundamental. Hubo acuerdo en que **ésta es una importante atribución en orden a hacer eficaz la función de investigar delitos y en que la ley no deberá excluir a ningún organismo**, **autoridad o funcionario** de la obligación de suministrar la información que el Ministerio Público le solicite, **aunque sea reservada o secreta**; en todos estos casos será la misma ley la que regulará la forma de poner los datos a disposición de la entidad requirente, tal como hace, por ejemplo, la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional "[99].

De esta manera, **cualquier órgano del Estado**, incluyendo ciertamente a la Defensoría Penal Pública, **debe entregar** la información que le sea requerida por el Ministerio Público o los tribunales, **sin que resulte admisible aducir causal alguna** para negarse, **salvo** que la información que se le está pidiendo haya sido declarada secreta o reservada **por la ley** o que darla a conocer **puede afectar la seguridad nacional**. En el primer caso, ciertamente, la disposición legal debe contener la declaración de confidencialidad **en texto expreso** para que opere con cualidad estricta, conforme al principio jurídico en virtud del cual las excepciones deben interpretarse y aplicarse restrictivamente:

> " Con ello se permite que en cada caso **la ley establezca** restricciones para la entrega de información secreta o reservada. Se argumentó que **no puede haber información inaccesible**, sin perjuicio que se entregue con las debidas precauciones, porque podría verse afectada seriamente la investigación, y de llegarse a etapas más avanzadas del procedimiento como es el propio juicio oral**, hasta cabría entender que se vulnera la atribución del tribunal consistente en el conocimiento de la causa**, establecida en el artículo 73° de la Constitución...
>
> Se coincidió en primer término en que la información o el documento **sólo** podrá ser reservado o secreto **en virtud de una norma legal** que así lo califique... "[100].

Surge nítido, en consecuencia, que **las únicas causales** que podrían aducirse por la autoridad requerida, son **que la información solicitada haya sido declarada secreta por el legislador** o que su conocimiento pueda **afectar la seguridad nacional**, por lo que **cualquiera otra razón** que pretenda justificar la negativa de entregar los antecedentes solicitados no es suficiente para ello. Desde esta perspectiva, por ende, **debe descartarse que se pueda amparar el secreto de los informes** elaborados por investigadores privados o ex policías, por encargo de la Defensoría Penal Pública, durante la etapa de investigación, **en el carácter de contradictor que aquella Defensoría tendría respecto del Ministerio Público**, por cuanto la tantas veces aludida jerarquía y autonomía constitucional de este último impide situarlo como mero interviniente en el proceso penal, atendidas -especialmente- las funciones que la Carta Fundamental, en su artículo 80° A, le encomienda. Asimismo, **el secreto profesional**, que opera con carácter limitado como ya se explicó, tampoco da cobertura a la confidencialidad sobre los aludidos informes de investigación.

Más aún, en el caso que la causal invocada sea que el secreto de la información haya sido dispuesto por la ley, igualmente debe cumplirse el requerimiento del Ministerio Público, pero observando las prescripciones de la ley respectiva, de haberlas, y, en caso contrario, **adoptándose las precauciones que aseguren que la información no será divulgada**:

---

[99] **Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado**, recaído en el proyecto de ley de reforma constitucional que crea el Ministerio Público, evacuado el 8 de abril de 1997, contenido en el **Diario de Sesiones del Senado**, sesión 39ª, p. 4.569.

[100] Emilio Pfeffer Urquiaga citado en **supra** nota 15, p. 39.

" El Senado acogió una indicación de los senadores señores Bombal, Larraín, Stange y Urenda, para sustituir en el inciso 1°, el verbo *solicitar* y el sustantivo *solicitud* por las expresiones *requerir* y *requerimiento*, respectivamente, en razón de que ello es coincidente con **la obligatoriedad para la autoridad de entregar la información** "[101].

Con todo, el artículo 19° se coloca en la hipótesis que, a pesar de tan claras prescripciones, la autoridad requerida se niegue a entregar la información que se le ha solicitado bajo el pretexto de su carácter reservado, sea por las causales legales o por otras no previstas en el artículo 19° -v. gr., porque erróneamente se considera al Ministerio Público un interviniente más en el proceso penal o porque se aduce que dichos informes integran el secreto profesional-, si el Fiscal, ante la negativa, estima indispensable la realización de la actuación, **debe remitir los antecedentes al Fiscal Regional** quien, si comparte esa apreciación, **solicitará a la Corte de Apelaciones** respectiva que, previo informe de la autoridad incumplidora, recabado por la vía más rápida, **resuelva la controversia**, a menos que la razón invocada por la autoridad requerida sea que el develamiento de la información puede afectar la seguridad nacional, pues en este caso la Corte Suprema debe resolver la controversia.

En fin, cuando el asunto es sometido a la decisión de los Tribunales Superiores, estos pueden **rechazar el requerimiento** del Fiscal, por compartir el juicio de la autoridad requerida, esto es, que se trata de informaciones cuya reserva ha sido dispuesta por la ley o cuyo develamiento puede afectar la seguridad nacional, pero igualmente **pueden ordenar que se suministren al Ministerio Público los datos que sean necesarios** para adoptar decisiones relativas a la investigación.

Queda así de manifiesto que **no existen antecedentes o informaciones que puedan sustraerse del conocimiento del Ministerio Público y de los tribunales**, lo cual es consistente con la jerarquía máxima de aquellos órganos estatales y con la autonomía e independencia de que, respectivamente, los ha dotado el Poder Constituyente para, con objetividad e imparcialidad, cumplir sus funciones.

11. Principio de Publicidad

El diseño dispuesto por el artículo 19° responde, como ya se ha reiterado aún a riesgo de ser majadero, a la jerarquía constitucional y a la autonomía del Ministerio Público, reiterados en los **principios básicos** del nuevo proceso penal, en conjunto con **el principio de publicidad**:

" El eje del procedimiento propuesto está constituido por la garantía del juicio previo, es decir, **el derecho de todo ciudadano a quien se le imputa un delito a exigir la realización de un juicio público ante un tribunal imparcial**... Como **elemento integrante de esta garantía básica** se consagra **el sistema oral**, a partir de la constatación de que **es el único que permite asegurar que el conjunto de actos que constituyen el juicio se realicen de manera pública**, concentrada con la presencia permanente de todos los intervinientes y sin admitir la posibilidad de mediaciones o delegaciones...

Pero además de constituir una garantía, **el juicio público** y su realización por el método oral **constituyen un mecanismo indispensable para que la administración de justicia cumpla con las demás funciones que la sociedad le encomienda**. Una de ellas es la de resolver los conflictos, de un modo que sea percibido como legítimo por la comunidad, con miras a **reforzar la confianza de la ciudadanía en el sistema jurídico**... En el mismo sentido... **permitir una adecuada socialización del trabajo del sistema judicial y de mejorar su percepción por parte del común de la gente**. En este mismo sentido... **resaltar la figura del juez como actor del sistema institucional**.

---

[101] **Id.**, p. 39.

También el proceso penal está llamado a desempeñar **un importante efecto preventivo general**..., permite socializar más directamente el mensaje de que **existe una respuesta estatal rigurosa a los actos que la sociedad considera inaceptables**, inhibiendo con ello a quienes pudieren pretender llevarlos a cabo en el futuro y **reafirmando ante el conjunto de la comunidad la vigencia de los valores del sistema jurídico** "[102].

Llevado el principio de publicidad a la fase de investigación se confirma que allí también constituye la regla general, como no podía ser de otra manera, atendido su carácter básico, al tenor del **artículo 1°** del Código Procesal Penal[103]. Por ello, **la posibilidad de que existan diligencias secretas durante la fase de investigación** se encuentra severamente restringida en dicho Código, conforme a su **artículo 182°**, referido al ***secreto de las actuaciones de investigación***, en virtud del cual:

" **Las actuaciones de investigación realizadas por el Ministerio Público y por la policía serán secretas** para los terceros ajenos al procedimiento.

El imputado y los demás intervinientes en el procedimiento **podrán examinar los registros y los documentos** de la investigación fiscal y policial.

El fiscal podrá disponer que determinadas actuaciones, **registros o documentos sean mantenidas en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes**, cuando lo considerare necesario para la eficacia de la investigación. En tal caso **deberá identificar las piezas o actuaciones** respectivas, de modo que no se vulnere la reserva **y fijar un plazo no superior a cuarenta días para la mantención del secreto**.

El imputado o cualquier otro interviniente podrá solicitar del juez de garantía que ponga término al secreto o que lo limite, en cuanto a su duración, a las piezas o actuaciones abarcadas por él, o a las personas a quienes afectare.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, **no se podrá decretar el secreto sobre** la declaración del imputado o cualquier otra actuación en que hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir, las actuaciones en las que participare el tribunal, **ni los informes evacuados por peritos**, **respecto del propio imputado o de su defensor**.

Los funcionarios que hubieren participado en la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tuvieren conocimiento de las actuaciones de la investigación estarán obligados a guardar secreto respecto de ellas ".

De esta manera, **el secreto**, **respecto de actuaciones de investigación**, **sólo puede ser decretado por el Ministerio Público**, lo cual es absolutamente **coherente** con cuanto ya ha sido explicado, en relación a que **es el único que tiene atribuciones constitucionales para dirigir la investigación** y, más concretamente, para decretar diligencias o actuaciones en ese sentido. Como no existe otro órgano que pueda realizar indagaciones en materia criminal, mal podría la ley conferirle a cualquier otra entidad -pública o privada- facultades para declarar actuaciones secretas.

---

[102] **Mensaje** del Código Procesal Penal.

[103] Puede profundizarse en torno de este principio en Miguel Ángel Fernández González: " La Libertad de Información y la Reserva de Identidad de los Imputados ", publicado en el **Boletín del Ministerio Público** (Santiago, Ministerio Público, marzo de 2004) pp. 161 - 188.

Por otra parte, el **artículo 236°** autoriza para practicar diligencias sin conocimiento del afectado:

" Las diligencias de investigación que de conformidad al artículo 9º requirieren de autorización judicial previa podrán ser solicitadas por el fiscal aun antes de la formalización de la investigación. **Si el fiscal requiriere que ellas se llevaren a cabo sin previa comunicación al afectado**, el juez autorizará que se proceda en la forma solicitada cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se tratare permitiere presumir que dicha circunstancia resulta indispensable para su éxito.

Si **con posterioridad a la formalización de la investigación el fiscal solicitare** proceder de la forma señalada en el inciso precedente, el juez lo autorizará cuando la reserva resultare estrictamente indispensable para la eficacia de la diligencia ".

En resumen, es nítido que los informes elaborados por investigadores privados o ex policías, por encargo de la Defensoría Penal Pública, no tienen el carácter reservado, ya que **no existe disposición legal alguna** que así lo haya establecido ni se advierte que ellos puedan afectar la seguridad nacional, para que dicha Defensoría -sujeto pasivo de aquel requerimiento- pueda excusar su entrega al Ministerio Público, en virtud de lo preceptuado en el artículo 19° del Código Procesal Penal y tampoco, como ya se analizó, puede sostenerse en causales no contempladas en el precepto legal aludido, como el secreto profesional, de alcance restringido en nuestro ordenamiento jurídico, particularmente en un proceso caracterizado por la publicidad y oralidad de sus actuaciones.

IV. TRIBUNALES SUPERIORES DEBEN RESOLVER LA CONTROVERSIA

Finalmente y en relación con la segunda consulta que me ha sido formulada, esto es, **cuál es el órgano competente para resolver** si los informes elaborados, por encargo de la Defensoría Penal Pública, por investigadores privados o ex policías deben o no ser entregados a requerimiento del Ministerio Público, en virtud del artículo 19° del Código Procesal Penal, la respuesta consta del párrafo precedente de este Informe.

Dicha respuesta, como ya se anticipó, en armonía con lo preceptuado en el artículo 80° A de la Constitución, conduce a sostener que, **cualquiera sea la causal invocada** por la Defensoría Penal Pública para negarse a entregar la información solicitada, el Fiscal Regional puede, debidamente requerido por su subordinado, remitir los antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva para que resuelva el asunto en cuenta y previo informe de la Defensoría Penal Pública, a menos que la razón para negarse a entregar los informes sea que con ello se afectaría la seguridad nacional, en cuyo caso la disputa debe ser resuelta por la Corte Suprema.

Y compréndase bien que **la competencia de los Tribunales Superiores para dirimir la controversia surge cualquiera sea la causal invocada**, se trate de las dos únicas admitidas en el artículo 19° o de otras que puedan esgrimirse para eludir la acción del Ministerio Público o de los tribunales.

En todo caso, los Tribunales llamados a dirimir el conflicto, en caso que rechacen el requerimiento del Fiscal, pueden igualmente disponer que se suministre los datos requeridos cuando ello resulte necesario para que el Ministerio Público adopte decisiones relativas a la investigación. En contra de la decisión adoptada por los Tribunales Superiores sólo podrá deducirse **recurso de reposición**, en conformidad al artículo 362° del Código Procesal Penal.

Santiago, 6 de septiembre de 2004



IV Oficios e Instrucciones

OFICIO FN Nº 273 /

ANT.: Boletín de Jurisprudencia del Ministerio Público N° 13 del año 2002, Informe en Derecho del Profesor Alejandro Silva Bascuñán.

MAT.: Criterios de actuación criminal tratándose de delitos cometidos por los intervinientes en los procedimientos penales. Desacato y atentado en contra de la autoridad.

SANTIAGO, junio 18 de 2004

DE : SR. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

A : SRS. FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS DE TODO EL PAÍS

El presente oficio tiene por objeto fijar criterios de este Fiscal Nacional en relación a determinadas actuaciones de los intervinientes en los procesos penales que podrían ser constitutivas de delito.

I- DESACATO

Debido a una serie de situaciones de amenazas, hostigamientos, seguimientos en contra de fiscales, que se han ido presentado a lo largo del país, se efectuará un análisis del delito de desacato.

De esta manera, se procurará que los fiscales puedan identificar el instrumento legal al que pueden recurrir cuando se ven expuestos a esta clase de actos. Con el mismo objetivo se entregarán algunas recomendaciones con respecto del delito de atentado contra la autoridad.

En términos muy generales, siguiendo el significado que señala el diccionario de la RAE, ***el desacato es un "delito que se comete calumniando, injuriando, insultando, amenazando a una autoridad en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ella, ya de hecho o de palabra, o ya en escrito que se le dirija"[104] .***

1. Sujetos protegidos por el delito

El problema central que presenta para estos efectos la figura de desacato, es determinar si los fiscales del Ministerio Público pueden ser considerados entre aquellas autoridades a las que se refiere el artículo 264 del Código Penal.

En el Ministerio Público ya ha habido un pronunciamiento al respecto afirmando tal posibilidad[105] .

---

[104] Diccionario Real Academia de la Lengua Española, 3ª acepción, vigésima primera edición, 1992.

[105] Informe en Derecho "Desacato a los Fiscales del Ministerio Público", realizado por Alejandro Silva Bascuñan y publicado en el Boletín N º 13 del año 2002. Asimismo, existen una serie de documentos de trabajo elaborados por abogados asesores de este Fiscal que se hacen cargo del tema, cuya argumentación ha sido tomada de base para el presente oficio.

En efecto, como señalara por el Profesor Silva Bascuñán en informe en derecho, si bien el Ministerio Público no integra el Poder Judicial, sí participa de la administración de justicia en cuanto tiene a su cargo la dirección exclusiva la investigación de los delitos, función que anteriormente se le encomendaba al juez del crimen. Este mandato se consagra con rango constitucional, reconociéndole la carta fundamental a esta entidad la categoría de organismo autónomo y jerarquizado. Se trata, según este profesor, de una de las autoridades que comparten el ejercicio de la soberanía de acuerdo lo establecido en el artículo 5 de la Constitución[106].

Desde la perspectiva constitucional, por lo tanto, el Fiscal Nacional, los Fiscales Regionales y Adjuntos son autoridades tanto desde el punto de vista orgánico como funcional.

Este es el primer elemento, entonces, que los fiscales deben tener en consideración para abordar el problema: ***los fiscales del Ministerio Público son autoridad en el sentido jurídico constitucional.***

Enseguida corresponde hacerse cargo del concepto de autoridad desde la perspectiva penal y específicamente, su acepción para los efectos de los artículos que regulan el delito de desacato.

Previamente, señalaremos que el término autoridad no se corresponde necesariamente con el de funcionario público, pues este último no siempre está dotado "de un poder de decisión o de mando dentro de un ámbito de competencia propio" que caracteriza a la primera[107]. En consecuencia, se puede estar frente a un funcionario público que no sea autoridad, pero ésta siempre tendrá tal calidad.
En cuanto al significado penal, el artículo 264 N º 3, *Tercero,* señala que comenten desacato contra la autoridad, los que injurien o amenazan " A los ministros de Estado u otra autoridad en el ejercicio de su cargo".

Existe una interpretación restrictiva con respecto al término autoridad, empleado en este numeral, en cuanto se entiende que solo está referido a los miembros del poder Ejecutivo. Sin embargo, no es una interpretación correcta, existiendo sólidos argumentos que permiten sostener lo contrario.

En primer lugar, no existe total correspondencia entre los sujetos pasivos comprendidos en el artículo 263 y en el 264, de tal manera que no se puede sostener que a la luz del primer artículo solo se protege por este delito los clásicos tres poderes del Estado: Ejecutivo, Legislativo y Judicial o a sus miembros. Basta para ello mirar el Nº3 del último de ellos, en su ordinal Cuarto, donde se incluye al superior en el ejercicio de sus funciones lo que no está incluido en al artículo precedente. Tampoco existe esa correspondencia en cuanto a la conducta, pues el artículo 264 incluye a las amenazas con lo que se da pie a sostener que este artículo amplía el ámbito de protección del desacato.

En atención a estas consideraciones, los fiscales deben tener presente como segundo elemento argumentativo, que: ***"las otras autoridades" que señala el artículo 264, no tienen que estar vinculadas al poder Ejecutivo, pues esta disposición maneja un concepto más amplio de autoridad que la referencia comprendida en el artículo 263 del C. P..Este mismo artículo, 264, amplia el ámbito de protección del delito de desacato tanto con respecto al sujeto pasivo como a la conducta.***

Por otra parte, el artículo 266 del Código Penal puede ser invocado por los fiscales como una muestra que, en materia de desacato, se comprenden autoridades no previstas expresamente en los artículos 263 y 264. Este artículo señala:

---

106 Silva Bascuñan, Alejandro, ob.cit, p.161

107 Torres Fernández, M Elena, Los delitos de antentado en el Código Penal 1995, tesis doctoral, U de Granada, 199, p. 7 citado en: Peña W, Silvia:"Herramientas penales para reforzar el trabajo de los fiscales y delitos que éstos podrían cometer en el cumplimiento de sus funciones", trabajo inédito p. 8.

"*Para los efectos de las disposiciones penales respecto de los que cometen atentado o desacato contra autoridad o funcionarios públicos, se entienden que ejercen aquélla constantemente los Ministros de Estado* ***y las autoridades de funciones permanentes o llamadas a ejercerlas en todo caso y circunstancias"***

Según lo señalado por el profesor Silva Bascuñán, la citada disposición permite incluir a "todo órgano que integre el ordenamiento jurídico no precisado en las normas precedentes, referidas a las hipótesis primera y segunda del número 3 del artículo 264[108]. Para este autor no tiene sustento el reducir las autoridades comprendidas sólo a las vinculadas al Poder Ejecutivo, pues quedan incluidas todas aquellas que ejerzan autoridad pública en forma permanente. No cabe duda, que los integrantes del Ministerio Público están en esta situación.

De acuerdo a lo señalado, ***se puede sostener que artículo 266 permite incorporar a las autoridades no enumeradas expresamente en los restantes artículos que regulan el desacato, en la medida que se trate de aquellas autoridades, como los fiscales del Ministerio Público, de funciones permanentes o llamadas a ejercerla en toda caso y circunstancias.***

Por último, el origen constitucional de cargo de fiscal del Ministerio Público al que se ha hecho alusión, corrobora la línea de argumentación, pues aunque se trate de una nueva autoridad es parangonable con las ya existentes, sea por la vía de comparar el rango del Fiscal Nacional con un Ministro de Estado, al fiscal Regional con el Intendente y al Fiscal Adjunto con el antiguo Juez del Crimen.

Lo que no queda comprendido por la protección penal que dispensa el delito de desacato es el Ministerio Público como órgano o institución en sí misma, a diferencia de lo que ocurre con los poderes clásicos del Estado expresamente incluidos como tales en el artículo 263 del Código Penal, pues este artículo no contiene ninguna expresión que permita hacerlo extensivo más allá de los poderes que menciona.

2. Conductas contra los fiscales que pueden constituir desacato

Al analizar este delito es necesario tener presente una consideración previa: ***para estar frente a desacato es preciso que los hechos que los constituyen sean ejecutados o proferidos con ocasión de las funciones o en el ejercicio del cargo de la respectiva autoridad***.

De otra manera, no se atenta contra el principio de autoridad, base del bien jurídico protegido. En consecuencia, aquellos actos que padece un fiscal, pero que se originan en el contexto de su vida privada no se subsumen en este delito.

Lo que ha motivado la preocupación de este Fiscal Nacional son aquellas situaciones que tiene lugar, por lo general, al término de una audiencia pública, donde el imputado, sus familiares o amigos, emiten improperios en contra del fiscal a cargo de la investigación, amenazas de muerte o de lesiones, verbales o de hecho, hostilidades y los hacen objeto de seguimientos. En atención a ello es que se hace necesario distinguir cuáles de estas conductas pueden ser reconducidas a desacato para impetrar las acciones legales pertinentes.

Las conductas de desacato pueden estar representados por:

1. Injurias (artículo 264 y 265)
2. Amenaza (artículo 264 y 265)
3. Ocasionar tumulto o exaltar al desorden en el despacho hasta el punto de impedir o interrumpir sus actos (artículo 268)

[108] Ob cit, p. 164 y 165

La palabra injuria no está tomada en el sentido dado por el artículo 417 del Código Penal al tratar el delito de injuria, sino que su significado en más amplio comprendiendo todos los actos o expresiones ofensivos contra la autoridad, y en el caso que nos ocupa en contra de los fiscales, por lo tanto, se incluye toda ofensa, cualquiera sea su naturaleza.

Lo mismo puede decirse con respecto de la amenaza, la que no requiere cumplir con los requisitos de los artículos 296 y siguientes del Código (amenaza de un mal en la persona, honra o propiedad de otro), pues también está tomada en sentido lato desde el momento que el legislador considera tal la provocación al duelo.

En atención a que las ofensas idóneas para configurar el desacato pueden ser de cualquier naturaleza, es conveniente que los fiscales afectados por ella o a cargo de una investigación por este delito, consideren en qué medida éstas perturban o entraban su desempeño como tales, pues además de la dignidad del cargo, resulta fundamental la protección al desempeño de sus funciones libre de presiones que es lo que interesa salvaguardar especialmente.

Este es un criterio que se debe considerar al momento de analizar si un determinado acto es constitutivo de desacato. De lo contrario, la más mínima ofensa podría ser considerado tal, lo que se aparta del ámbito de protección de la disposición. Debe tratarse de una situación de una cierta gravedad y seriedad.

Esta consideración vale también para las amenazas, aunque éstas pueden ser de suyo merecedora de toda la atención, si son verosímiles. En efecto, la amenaza grave efectuada a un fiscal con ocasión o en el ejercicio de su cargo incide directamente en la labor suya pudiendo coaccionar el proceso de toma de decisiones de él. En atención a la delicada función que ejerce, se justifica dispensar una protección penal especial en este caso.

Corrobora esta afirmación el hecho que el proyecto de ley que modifica el Código Penal en esta materia conserva en el tipo de desacato a la amenaza y las perturbaciones de hecho, por el mayor peligro que entrañan estas conductas.[109]

Se reconoce que el trabajo de los fiscales los expone en un grado más alto que a un particular a padecer ofensas tanto de parte del imputado, familiares, sus amigos y también amenazas u hostigamientos. Sin embargo, esto no significa que tengan obligación de padecerlas ni mucho menos aceptarlas. Rechazamos de plano la pretensión que los fiscales, por la naturaleza de sus funciones, tengan que soportar este tipo de actitudes, mucho menos si constituyen una perturbación para el desempeño de sus funciones.

Con respecto a ocasionar tumulto o exaltar al desorden en el despacho de una autoridad, los fiscales deben tener presente que esta disposición es mucho más amplia que las anteriores, pues puede no estar referida a la actividad funcionaria del ofendido. La protección se dispensa tomando en cuenta las circunstancias del lugar donde se lleva a cabo el tumulto o se exalta al desorden. Siendo así toda perturbación en el lugar señalado por la disposición puede ser subsumida en la descripción típica, en la medida que impida o interrumpa el acto que se desarrolla.

En atención a la consideración anterior, hacemos presente que los fiscales deben tener en cuenta este artículo, el 268, no sólo en los actos que se realicen y perturben el orden en sus propios despachos sino también, y muy especialmente, en el de los jueces cuando atendida la gravedad de los mismos sea insuficiente las medidas disciplinarias que se puedan aplicar.

---

[109] Proyecto de ley que modifica el CP en materia de desacato, Boletín N º 3048-07

3.- Injurias o Amenazas en Audiencia

Si durante el desarrollo de una audiencia se profieren expresiones ofensivas o conductas, gestos inapropiados, el fiscal debe solicitar al juez que la dirige la aplicación de las respectivas medidas disciplinarias, según lo disponen los artículos 71, 292 inciso 3º y 4º, 293 y 294 del Código Procesal Penal.

Si estas ofensas, actitudes indecorosas, etc, revisten caracteres de delito, los fiscales deben considerar quién es el sujeto activo de las mismas, el momento de la audiencia en que se verifican y la imputación que se efectúa.

Si proviene de uno de los intervinientes y consiste en una expresión o acción efectuada en deshonra, descrédito o menosprecio del fiscal o se le imputa a este la comisión de un delito determinado, pero falso, se debe considerar la regulación del artículo 426 del Código Penal, que tipifica la conducta de injuria o calumnia causadas en juicio, según su actual texto modificado por la ley adecuatoria 19.806.

De acuerdo a lo que señala la citada disposición, éstas tienen que ser juzgadas disciplinariamente, sin perjuicio que el ofendido decida deducir la respectiva acción penal, después de la aplicación de la sanción disciplinaria. Para esto, en todo caso, debe esperarse que concluya el proceso donde la injuria o calumnia tuvo lugar.

En los demás casos, vale decir, cuando sean hechos que revisten caracteres de delito realizados por terceros no intervinientes, o se trate de actos distintos de una calumnia o injuria ocasionadas en juicio, se debe estar a lo dicho en el punto 2.

4. Injurias o Amenazas fuera de Audiencia

Tal vez sea éste el caso más frecuente en que los fiscales se ven expuesto a padecer ofensas, amenazas en su integridad física o la de su familia.

De ser así, tanto los fiscales que han sido objeto de estas conductas como a los que se les asigne la investigación del delito cometido, tienen que considerar el contexto en que éstas han sido proferidas o ejecutadas. Si obedecen al ejercicio de sus funciones o son efectuadas con ocasión de éste y cumplen con los requisitos que se señalaron en el punto 2 de este oficio, la calificación jurídica que correspondería hacer es de desacato.

En cambio, si estos actos o expresiones se realizan con ocasión de la vida privada del fiscal contra quien se profieren o ejecutan, correspondería hacer la calificación de acuerdo a los artículos 417 y siguientes del Código Penal (injurias o calumnias contra particulares) o 296 y 297 (amenazas contra particulares), según sea la situación.

5. Las penas del Delito de Desacato.

Si la injuria o amenaza fueran grave, la pena asignada al delito es de reclusión menor en cualquiera de sus grados (61 días a 5 años) y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.
Cuando fuere leve, las penas son de reclusión menor en su grado mínimo (61 días a 540) y multa de seis a diez tributarais mensuales.(Artículo 265 del C. P.)

5. Procedimiento en caso de delito de Desacato

Inicio del Procedimiento

El delito de desacato puede iniciarse por todas las formas que contempla el CPP para los delitos de acción penal pública, esto es denuncia, querella o incluso de oficio.

El fiscal afectado por este delito podrá actuar como denunciante o querellante, de acuerdo a las reglas generales.

Sin embargo, por encontrarse inhabilitado, no podrá iniciar de oficio una investigación por desacato.

En cambio, sin necesidad de denuncia o querella, tanto el Fiscal Regional como el Fiscal Adjunto Jefe, podrán ordenar **de oficio**, la iniciación de una investigación por desacato, la que necesariamente deberá ser conducida por un fiscal distinto a aquel respecto del cual se produjo el desacato.

Entendemos, además, que de este modo se da adecuado cumplimiento a lo previsto en el artículo 86 de la ley 19.640, orgánica del Ministerio Público, que obliga a las autoridades de este Servicio defender a la persona afectada en contra de quienes atentan contra su libertad, su vida, su integridad física o psíquica, su honra o su patrimonio, **con motivo del desempeño de sus funciones**.

Esta decisión de iniciar una investigación por desacato, que es delito de acción pública, deberá ser ponderada debidamente por tratarse de una materia delicada en que está envuelto el prestigio institucional, no pudiendo ordenarse cuando las amenazas o injurias afectan al fiscal en lo relativo a su vida privada y no al ejercicio de sus funciones ministeriales. En este último caso, las injurias o calumnias deberán ser perseguidas mediante un proceso penal por delito de acción privada en que no es parte ni tiene intervención el Ministerio Público, circunscribiéndose la obligación del artículo 86 de la ley 19.640, sólo a aquellos atentados, amenazas o injurias en contra de un funcionario por su desempeño en el ejercicio de sus funciones.

Diligencias

Los fiscales deben decretar a la brevedad las diligencias tendientes a acreditar el delito de desacato en sus diferentes modalidades típicas. En atención a éstas se sugiere ir decretando todas las que permitan dar por configurado cada uno de los elementos del tipo penal, así:

a) Desacato por injuria (ofensas)

i. Para acreditar la existencia de la injuria: sería conveniente recabar declaración de testigos que oyeron las ofensas proferidas como asistentes a la audiencia, policías, gendarmes, registro de audio si lo hubiere, periodistas que hayan cubierto la noticia, relato del ofendido etc. Vale decir todas aquellas que tiendan a dar cuenta que hubo una ofensa expresada en contra de un fiscal.
ii. En cuanto a la calidad del sujeto pasivo: se puede acompañar el decreto de nombramiento del respectivo fiscal
iii. Respecto al contexto situacional: se tiene que demostrar que esta ofensa, cualquiera sea su naturaleza, según lo explicado precedentemente, se efectuó en o con ocasión o en el ejercicio de sus funciones. En este sentido, además de recabar la declaración de testigos y del propio ofendido, sería útil mostrar la vinculación del fiscal con la investigación que ha motivado la reacción ofensiva y también solicitar la certificación de la audiencia que se desarrolló, con indicación de fecha, hora, individualización de intervinientes, objeto y resolución

b) Desacato por amenaza

i- Para acreditar la existencia de la amenaza se requiere de la declaración del ofendido, testigos de los hechos entre los que pueden encontrarse público, policía, gendarmes, periodistas, abogado defensor, miembros de Tribunales. Si se ha efectuado por escrito, el documento donde consta, pericia caligráfica del mismo, sobre el computador, máquina de escribir, etc. Si se ha efectuado telefónicamente es conveniente solicitar el registro de llamados, ver si ha quedado mensaje en buzón de voz u otros.
ii- En cuanto a la calidad del sujeto pasivo: solicitar decreto de nombramiento del respectivo fiscal
iii- Con respecto al contexto situacional: se tiene que demostrar la amenaza se efectuó en o con ocasión o en el ejercicio de las funciones de un fiscal. En este sentido, al igual que en el caso anterior, además de recabar la declaración de testigos y del propio ofendido, sería útil mostrar la vinculación del fiscal con la investigación que ha motivado la reacción ofensiva. Se sugiere solicitar certificación de la audiencia después de la cual los hechos tuvieron lugar, indicando fecha, hora, intervinientes, objeto y resolución.
iv- Tratándose de esta modalidad comisiva se recomienda solicitar medidas de protección para el fiscal o su familia cuando la seriedad de la amenaza así lo aconseje. Éstas pueden tener un carácter policial o extra-procesal.

c) Desacato provocando tumulto o desorden

Con respecto a esta clase de desacato se debe demostrar.

i. Lugar donde tuvo lugar la conducta: informe planimétrico del despacho, constancias de la comparecencia de los sujetos a dicho lugar, hora del acto, declaración de testigos, peritos, certificado de audiencia si corresponde con indicación de fecha, hora, partícipes, objeto y resultado.
ii. El tumulto o exaltación al desorden: declaración de testigos, del fiscal de la causa, registro de audio o filmación, etc

Procedimientos especiales y Salidas Alternativas

1. En atención al bien jurídico protegido, ***los acuerdos reparatorios no tienen cabida,*** aún cuando el hecho con que se haya amenazado haya sido lesiones o un delito con respecto a los cuales los acuerdos reparatorios sean procedentes como por ejemplo, si se ha amenazado con un delito contra la propiedad.

2. Si solo se toma en consideración la pena asignada al delito se tendría que concluir que es uno de aquellos con respecto a los cuales procedería la ***suspensión condicional del procedimiento***. Sin embargo, atendida la gravedad que reviste el hecho de amenazar a un fiscal u ofenderlo con ocasión del ejercicio de sus funciones, **se estima por este Fiscal Nacional que esta medida debe ser en principio descartada por los fiscales, salvo situaciones muy excepcionales, las que en todo caso deben ser analizadas por la Fiscalía Regional. Si el sujeto activo de la conducta es un funcionario público que habría cometido el ilícito en el ejercicio de sus funciones, no se dará lugar a esta alternativa.**

3. Con respecto a otros procedimientos especiales contemplados en la ley procesal, ***Procedimiento Abreviado, Juicio Simplificado***, no existen consideraciones especiales que formular y se ciñe al cumplimiento de los requisitos legales.

II. ATENTADO EN CONTRA DE FISCALES

Interesa destacar el delito de atentado contra la autoridad, regulado por los artículos 261 y 262 del C. P., en cuanto constituye otro instrumento legal al cual los fiscales pueden recurrir cuando se vean afectados en el ejercicio de sus funciones, por conductas ilegítimas de terceros.

Este delito puede ser definido como "el acometimiento o resistencia violenta, el empleo de fuerza o intimidación contra un depositario de la autoridad pública en el ejercicio legítimo de su cargo o con ocasión de sus funciones, con el objeto de impedir o turbar el ejercicio de su ministerio o tomar venganza de sus determinaciones".[110]

De acuerdo a este concepto, que resulta muy ilustrativo de las disposiciones legales que se hacen cargo de la figura, su característica la representa las agresiones y violencia efectuados con determinado objetivos.

1. Los sujetos del delito

Sujeto activo de la conducta de atentado puede ser cualquier persona incluso si es funcionario público.

El sujeto pasivo está concebido en términos bastante amplios y comprende a toda autoridad en ejercido de sus funciones o sus agentes. Valga lo dicho con respecto a que los fiscales del Ministerio Público son autoridad, a propósito de los sujetos protegidos por el delito de desacato. En este sentido, es conveniente tener en cuenta que el artículo 266 ya analizado, con ocasión de ese delito, también se aplica a los atentados en contra de autoridad.

2. Conductas contra los Fiscales que pueden constituir Delito de Atentado

El N º1 del artículo 261, tipifica la conducta que constituye, sin alzamiento público, sedición o rebelión de acuerdo a los artículos 121 y 126 del CP, respectivamente, empleando violencia o intimidación.

En atención a las autoridades expresamente señaladas por el artículo 121 –sedición - esto es, Presidente de la República, los miembros del Congreso Nacional o Tribunales Superiores de Justicia, no se aplica este artículo a los casos en que se ven afectados los fiscales.

No sucede lo mismo con la remisión hecha al artículo 126 - la rebelión – pues en éste se comprenden los actos consistentes en "coartar el ejercicio de sus atribuciones o la ejecución de sus providencias a cualquiera de los poderes constitucionales, de arrancarles resoluciones por medio de la fuerza o ejercer actos de odio o de venganza en la persona o bienes de alguna autoridad o sus agentes o en pertenencias del Estado o alguna corporación pública".

De acuerdo a esta última remisión, donde se emplea el término autoridad de manera extensiva, al igual que en los artículos 261 y 262, tanto el Fiscal Nacional, los Fiscales Regionales o Adjuntos, si son víctimas de empleo de fuerza o intimidación, aún cuando no se aplique en contra de ellos directa-

---

[110] Labatut, G: "Derecho Penal", tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 96.

mente, motivado por odiosidad o venganza en relación al ejercicio de sus funciones, quedan amparados por la figura de atentado del artículo 261 Nº1.

El número 2 de este artículo es la figura básica de atentado, lo que debe ser tomado en consideración por los fiscales, pues permite reconducir a este número aquellas conductas que no queden comprendido en los numerales que contiene mayores especificaciones.

En otras palabras, en los atentados contra un fiscal es muy probable que siempre exista algún elemento de esta parte de la disposición que permita aplicarla.

La modalidad típica se puede realizar de dos maneras: por acometimiento o resistencia.
a) Acometimiento: en este delito la expresión se usa en sentido de agredir. Por medio de ésta se pretende imponer a la autoridad la ejecución de una conducta específica o bien omitirla.

b) Resistencia: ésta implica una oposición activa a la actividad de la autoridad, no es una mera desobediencia a una resolución.

Tanto las acciones de acometimiento como de resistencia, suponen el empleo de fuerza o intimidación.

Si en la ejecución de la conducta se usan vías de hecho, esto es si se hubiese " puesto manos en la autoridad", se le empuja, se le golpea u otra conducta que implique ejercicio de fuerza física en la persona del fiscal, la disposición que se debe aplicar es el artículo 262, vale decir, la forma agravada.

Se debe tener presente por el fiscal a cargo de la investigación de este delito, que no se requiere la producción de una lesión en el ofendido. Si ésta se verifica debe entrar a considerar las respectivas reglas concursales entre el atentado y el delito de lesión efectivamente provocado.

También son formas agravadas de atentado si se usan armas en la agresión, se "ponen manos " en las personas que acudiesen en auxilio de la autoridad, o si a consecuencia de la coacción se hubiese accedido a la solicitud de los hechores

3. Las Penas del Delito de Atentado.

En su forma simple, la pena asignada es de reclusión menor en su grado mínimo a multa de seis a diez Unidades Tributarias Mensuales, en tanto que a la forma agravada del artículo 262, corresponde la de presidio menor en su grado medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales.

4. Procedimiento en caso de Atentado

Diligencias

Con respecto a las diligencias a efectuar por el fiscal a cargo de una investigación de esta naturaleza, se recomienda que en primer lugar evalúe la necesidad de decretar medidas de protección a favor del fiscal afectado.

Como diligencia se recomienda, dependiendo de la modalidad comisiva, tomar a la brevedad la declaración del ofendido y de los testigos si los hubiese. Si intervino un tercero en auxilio del fiscal es necesario consig-

nar su declaración. Si se ha recurrido a las vías de hecho, examinar por un médico al ofendido de tal manera que deje constancias de hematomas, esquimosis, o bien lesiones en caso de que las últimas se hubiese verificado. Establecer cuál ha sido la actuación del fiscal que motivó el acometimiento o la resistencia, etc.

Procedimientos Especiales y salidas alternativas

En este punto nos remitimos, mutatis mutandi, a lo señalado con ocasión del delito de Desacato.

****

Este oficio deberá ser estudiado por todos los fiscales porque sus criterios representan una política de actuación criminal muy necesaria en la actualidad y, por ello, los fiscales regionales deberán enviar a la Fiscalía Nacional un resumen con las observaciones y dudas de los fiscales, e igualmente informar acerca de las medidas que adoptarán para el cumplimiento efectivo de estos criterios de actuación.

Saluda atentamente a UDS.

GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO

GPR/MCR/crz

OFICIO FN Nº 304 /

ANT.: Oficio N°273 de 18 de Junio de 2004.

MAT.: Criterios de actuación frente al delito de acusación o denuncia calumniosa. Especial referencia la situación de los fiscales.

SANTIAGO, julio 12 de 2004

DE : SR. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

***A* : SRS. FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS DE TODO EL PAÍS**

El presente oficio tiene por objeto entregar orientaciones a los fiscales y establecer criterios de este Fiscal Nacional en relación a determinadas actuaciones de los intervinientes en los procesos penales, que podrían ser constitutivas de delitos en contra la recta administración de justicia, especialmente cuando ésta ha sido llamada a actuar producto de la presentación de una denuncia o acusación deliberadamente falsa.

Conductas de esta naturaleza entorpecen el buen funcionamiento del sistema judicial distrayendo ilegítimamente los recursos humanos y materiales que el Estado ha designado para el adecuado desempeño de esta función.

Por otra parte, estas mismas conductas ponen en entredicho la reputación de una persona individualmente considerada con los consiguientes perjuicios de verse envuelta en un proceso criminal, cuestión que cobra especial relevancia tratándose de acusaciones o denuncias falsas en contra de fiscales adjuntos formuladas con el propósito de entorpecer su labor. Con relación a este punto se viene a complementar, además, el Instructivo N °273 de 18 de Junio de 2004, sobre delitos de desacato y atentado en contra de la autoridad, para que los fiscales tengan a la vista la regulación del Art. 211 del C. P. sobre acusación o denuncia calumniosa en aquellos casos en que estas prácticas obedecen a tal finalidad.

I. Disposición del Artículo 211 del Código Penal.

"La acusación o denuncia que hubiere sido declarada calumniosa en sentencia ejecutoriada, será castigada con presidio menor en su grado máximo y multa de dieciséis a veinte unidades tributarias mensuales, cuando verse sobre un crimen, con presidio menor en su grado medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si fuere sobre simple delito, y con presidio menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si se tratare de una falta".

Esta figura típica constituye un atentado contra la recta administración de justicia, punto de partida para que los fiscales puedan determinar qué conductas se pueden reconducir a este delito.

Mediante la interposición de una noticia criminis falsa se echa a andar el aparato judicial con el consiguiente perjuicio para la actividad del mismo. No es el honor de las personas afectadas por la denuncia lo que se protege de manera prioritaria como podría pensarse de una primera lectura de la disposición.

II. Elementos del Delito

1. Acusación o denuncia:

El término que emplea la ley es "denuncia" o "acusación".

El primero consiste en poner en conocimiento ante la autoridad correspondiente, la perpetración de un delito, sea que se trate de un crimen, simple delito o falta. Puede ser efectuada esta denuncia verbalmente o por escrito, lo relevante es que, mediante esta noticia, se echa andar el sistema de justicia, concretamente el aparato criminal, a causa de un delito que no se ha cometido o en contra de una persona que no ha participado en su comisión.

Según la regulación del Código Procesal Penal, las autoridades habilitadas para recibir una denuncia son los Tribunales con competencia criminal, Policía de investigaciones, Carabineros de Chile, Gendarmería en los casos de delitos cometidos en el interior de los recintos penitenciarios y el propio Ministerio Público. Siendo ésta la regulación, se puede configurar el delito en cuestión si la denuncia ha sido presentada ante cualquiera de las autoridades señaladas, pero no si se efectúa ante autoridad incompetente.

La expresión "acusación" utilizada por el artículo 211 del Código Penal, ha sido entendida como sinónimo de querella[111] y no en su sentido técnico-procesal, existiendo una razón histórica para ello, pues era la expresión empleada por el Código Penal para designar aquélla, antes de que se publicara el Código de Procedimiento Penal de 1906.[112]

Los fiscales deben tener presente, entonces, lo prescrito por el artículo 211 del Código Penal cuando se presente una imputación falsa en contra de una persona determinada, hecha ante una de a las autoridades indicadas, mediante la interposición denuncia o querella para actuar en consecuencia, recordando que el término acusación tiene el significado de querella.

2. Calumniosa.

Para estar frente a este delito, los fiscales deben tener en consideración que no se requiere, que mediante la presentación de denuncia o querella, se configure el delito de calumnia, siendo suficiente para ello que su contenido sea falso, sea porque el hecho imputado no existe o de existir no le ha cabido participación en él a la persona denunciada o querellada. Por lo tanto, como no se precisa estar frente a un delito perseguible actualmente de oficio, quedan también comprendidos en la descripción típica del artículo 211 las imputaciones por delitos de acción privada y acción pública, previa instancia particular, cuestión que no ocurriría si se tratase de una calumnia.

En este sentido, cabe reiterar que el delito obedece a la idea de ser *una denuncia falsa en contra de otr*o, ahí radica la esencia de la conducta delictiva.[113]

La falsedad de los hechos atribuidos debe tener un carácter substancial no siendo relevante los errores, equivocaciones referidas a elementos accidentales aún cuando éstos sean deliberados.

---

111 Labatut, G: "Derecho Penal", editorial jurídica de Chile, II, 1996, p. 65.

112 Siendo así, vale decir, el término acusación del artículo 211 del C.P. entendido como querella, los fiscales del Ministerio Público no podrían cometer este delito mediante la presentación de la acusación. La conducta del delito en comento está concebida para las formas con que se da inicio al procedimiento penal no para aquella mediante la cual se sostiene la acusación en contra de una persona.

113 Morales, M: "El delito de acusación o denuncia calumniosa", Editorial Jurídica, Stgo. 1993, p. 155.

Es preciso además que, a través de esta conducta, se ponga en riesgo la administración de justicia, lo que no ocurre si se denuncia un delito ya prescrito. En tal caso se puede configurar un delito en contra del honor de la persona afectada por la falsa imputación, como ocurre con la injuria grave del artículo 417 N º2 del Código Penal.

En la misma situación anterior se encuentra el delito con respecto al cual ya se ha dictado sentencia. Siendo así, si se efectúa una denuncia por un hecho ya penado, debe descartarse la aplicación del artículo 211 del C. P. pudiendo subsumirse la conducta en el correspondiente atentado contra el honor. Nuevamente en la figura de injuria grave del artículo 417 N º2, delito cuya acción penal es privada por lo que quedaría fuera del ámbito de competencia de los fiscales.

Por su falta de capacidad para poner en riesgo la administración de justicia, también se excluyen las imputaciones consistentes en afirmaciones imprecisas o vagas, sin los detalles que permitan individualizar correctamente a una persona, o que se imputen hechos naturales en los que no le cabe participación a un hombre, sino que son de autoría de la naturaleza.[114] En cambio, sí daría lugar a este delito, la atribución de cuasi-delitos o de formas de imperfectas de ejecución como tentativa o frustración.

3. Declaración por Sentencia Ejecutoriada

El artículo 211 emplea la expresión *que hubiere sido declarada calumniosa en sentencia ejecutoriada* lo que ha presentado problemas de interpretación en cuanto al significado de esta exigencia. En efecto, algunos Tribunales han estimado en sus fallos que se refiere a la necesidad de una declaración previa sobre la falsedad de la denuncia por el Tribunal que conoció de la denuncia falsa, mientras que otros estiman que basta con ello sea declarado en la sentencia definitiva del que persigue el último delito.
En la doctrina mayoritaria y jurisprudencia más reciente tiende a imponerse esta última interpretación, es decir, a no exigir tal declaración previa. Sin embargo, por razones lógicas se requiere la conclusión del proceso en el que se conoció la denuncia o querella contra de una persona determinada y que ésta haya sido absuelta o sobreseída. En este punto debe tenerse en consideración que el delito de denuncia o acusación calumniosa está directamente relacionado con la puesta en marcha del proceso, lo que no ocurre con otras formas de atentados contra la recta administración de justicia.

4. La Pena del Delito

En materia de pena, el artículo 211 distingue si la denuncia o acusación falsa recae sobre crimen, simple delito o falta. En el primer caso corresponde aplicar la pena de presidio menor en su grado máximo (3 años y un día a 5 años) y multa de dieciséis a veinte unidades tributarias mensuales; si se trata de un simple delito, la pena es de presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años) y multa de once a quince unidades tributarias mensuales y en el último caso, presidio menor en su grado mínimo (61 días a 540 días) y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

III. El caso de los Fiscales

Los Fiscales Adjuntos pueden ser objeto de una denuncia o acusación falsa como cualquier particular, cumplidos los requisitos que se han señalado.

---

[114] Morales, Ob. cit. P. 102

Frente a esta situación se debe analizar si el hecho que se le ha imputado se relaciona con el ejercicio de sus funciones ministeriales, en cuyo caso se estará a lo que se señala en el apartado siguiente con respecto al inicio del procedimiento.

Este Fiscal Nacional considera que representa una práctica negativa y delicada valerse de este tipo de maniobras para entrabar el desempeño de los fiscales en sus funciones, sí ese ha sido el objetivo de la presentación en su contra, distinguiéndose éstos de aquellos casos en que un ciudadano legítimamente recurre a la vía judicial para obtener el esclarecimiento de hechos en los que ha intervenido una autoridad.

En el caso concreto, tal conducta no solo afecta la recta administración de justicia como sucede con una denuncia falsa contra particulares y, eventualmente el honor de la persona ofendida, sino que constituye una actuación que se aparta de las reglas de una contienda jurídica limpia y transparente. De ser así, se sugiere que los fiscales pongan de inmediato los antecedentes en conocimiento del Fiscal Regional o Nacional, según corresponda.

En todo caso, para accionar por este delito, en las circunstancias referidas, es necesario que el fiscal que denuncia los hechos constitutivos del mismo lo haga con la certera convicción que sus denunciantes o querellantes le imputaron el delito con pleno conocimiento que se trataba de un hecho falso, bien porque no existió o no tenía participación en él, independientemente de las conclusiones a que se arribe después de abierto el proceso de investigación. En otras, palabras que actúe con el convencimiento que se trató de una maniobra ilegítima para perjudicarlo en el desempeño de sus funciones.

Inicio del Procedimiento

En cuanto a la forma de dar inicio al procedimiento, por tener la acción del delito en comento naturaleza pública, puede iniciarse por oficio, denuncia o querella. En este sentido, es necesario tener presente lo señalado con ocasión del Oficio de este Fiscal Nacional N º 273, de 18 de junio de 2004, sobre delito de desacato y atentado contra autoridades en cuanto a que el fiscal afectado puede actuar de acuerdo a las reglas generales como denunciante o querellante. Pero, por encontrarse inhabilitado, no podrá iniciar de oficio una investigación por este delito, cuestión que si podrían ordenar tanto el Fiscal Regional como el Fiscal Adjunto Jefe la que deberá ser conducida por un fiscal distinto respecto de quien se produjo la acusación o denuncia calumniosa.

IV. Procedimiento por Delito de acusación o Denuncia calumniosa

1. Diligencias de investigación

En cuanto se asigne la investigación a un fiscal determinado, éste decretará las diligencias necesarias para el esclarecimiento del delito.

Particularmente se sugieren las siguientes: solicitar copia autorizada de denuncia o querella presentada en contra de la persona afectada, tomar declaración a los funcionarios receptores de la denuncia si fuera el caso, solicitar copia autorizada de la sentencia absolutoria o del sobreseimiento definitivo, revisar los medios de prueba que fueron presentados en el procedimiento precedente, prestando especial atención a declaración de testigos y peritos si los hubo, citarlos a declarar si fuese necesario.

El elemento más difícil de configurar es la falsedad de la imputación lo que no necesariamente se demuestra con la existencia de la condena absolutoria o el sobreseimiento, pues se requiere la actitud deliberada

del sujeto activo de acusar por un hecho falso. Se sugiere tomar declaraciones de testigos, pesquisar documentos que puedan dar cuenta del conocimiento de la falsedad del hecho investigado, indagar en las actuaciones previas del imputado y los contactos que haya tenido para conseguir antecedentes falsos, eventuales asesoramientos de los que se haya valido, vinculaciones con la persona denunciada de tal manera de poder establecer un motivo, etc.

Si el afectado es un fiscal se sugiere establecer la relación del denunciante o querellante con alguna de las investigaciones que éste ha llevado adelante y que pudiera haber motivado la presentación de una denuncia falsa en su contra.

2. Salidas Alternativas y Procedimientos Especiales

a) En consideración al bien jurídico protegido, ***los acuerdos reparatorios no tienen cabida.***

b) Con respecto a la suspensión condicional del Procedimiento, si bien por la pena asignada al delito podría hacerse uso de esta alternativa cuando los hechos atribuidos correspondiesen a simple delito o falta, este Fiscal Nacional estima que no es conveniente recurrir a ello cuando se trate de una imputación deliberadamente falsa efectuada contra un fiscal con ocasión de su desempeño ministerial, salvo en casos muy excepcionales en que se cuenta con la autorización de la respectiva Fiscalía Regional. Si se tratase de casos en que funcionarios públicos intervienen en la comisión del delito, vale decir, como responsables de tales imputaciones, en el ejercicio de sus funciones no tendrá lugar.

c) Con respecto a otros procedimientos especiales contemplados en la ley procesal, ***Procedimiento Abreviado, Juicio Simplificado***, no existen consideraciones especiales que formular y se ciñe al cumplimiento de los requisitos legales.

****

Este oficio deberá ser estudiado por todos los fiscales porque sus orientaciones representan una política de actuación criminal muy necesaria en la actualidad y, por ello, los fiscales regionales deberán enviar a la Fiscalía Nacional un resumen con las observaciones y dudas de los fiscales.

Saluda atentamente a UDS.

GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO

GPR/MCR

OFICIO FN Nº 344 /

ANT.: Oficio N° 273 de 18 de Junio de 2004.

MAT.: Establece orientaciones con respecto al delito de falso testimonio

SANTIAGO, agosto 5 de 2004

DE : SR. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

A : SRS. FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS DE TODO EL PAÍS

El presente oficio tiene por objeto entregar orientaciones a los fiscales y establecer criterios de este Fiscal Nacional en relación con determinadas actuaciones de los intervinientes en los procesos penales, que podrían ser constitutivas de delitos en contra de la recta administración de justicia, especialmente cuando ésta ve comprometida su labor producto de la declaración falsa de un testigo.

Conductas de esta naturaleza atentan contra la recta administración de justicia pudiendo traer como consecuencia la injusta condena o absolución de un acusado configurándose el delito de falso testimonio.

1. Consideraciones Generales sobre el Delito de Falso Testimonio.

El delito de falso testimonio sólo puede ser cometido por quien tiene la calidad de testigo en un proceso. De esta manera se excluye como sujetos activos del mismo a los peritos y también a quienes se desempeñen como intérpretes[115] .

Por testigo se entiende a la persona que declara en causa ajena ante un tribunal, cumpliendo con las solemnidades del caso.

Como primera consecuencia, podemos señalar que no quedan comprendidas en el delito de falso testimonio las declaraciones que una persona efectúe ante el Tribunal sobre hechos propios, aún cuando haya sido llamado a deponer en calidad de testigo.[116] Tampoco las que efectúa el propio acusado en juicio, cuestión que ha sido reconocida desde los tiempos de los primeros comentaristas del Código Penal[117]

La declaración del testigo para los efectos del presente delito debe ser hecha ante un tribunal, puesto que el artículo 207 del CP lo circunscribe a dar falso testimonio ante el juez. Siendo así, las declaraciones efectuadas ante otra autoridad, entre la que se incluye a los fiscales del Ministerio Público, no pueden ser subsumidas en este delito[118] .

---

[115] La conducta de los peritos puede subsumirse en el delito de prevaricación del art 227 N º3 del C. P.

[116] SCS 28.05.1957; RDJ LIV, 66.

[117] Así Fuensalida, Alejandro:"Concordancias y Comentarios al Código Penal Chileno", III, LIMA, Stgo. De Chile, 1883, p. 166.

[118] Con respecto a esta situación se debe tener presente que actualmente se está tramitando en el Congreso un proyecto de ley que hace extensivo el delito de falso testimonio a las declaraciones prestada ante los fiscales del Ministerio Público.

Entonces, el primer elemento que deben observar los fiscales al momento de calificar un hecho como delito de falso testimonio es la calidad del sujeto activo y la circunstancia de la declaración: debe tratarse de un testigo y ésta prestarse ante un tribunal, ya sea unipersonal o colegiado, con todas las solemnidades que la ley procesal prescribe para su declaración.

No obstante que la declaración tenga que haber sido prestada válidamente los fiscales deben tener presente que la esencia de la conducta en este delito está dada por el hecho de faltar a la verdad mediante la declaración y no en quebrantar el juramento o promesa que la precede.

2. La Falsedad de la Declaración.

Una vez verificada la calidad del sujeto activo y las circunstancias de la declaración, se requiere determinar el contenido mendaz de ésta.

Para efectuar este análisis los fiscales deben considerar los criterios que se han dado para sostener que un testigo falta a la verdad con sus dichos, pues por una parte no cualquier mentira es idónea para configurar la conducta típica y por otra no cualquier dicho del testigo debe ser considerado en el examen.

En efecto, para estar frente a una mentira típicamente relevante ésta debe producir efectos procesales influyendo como un elemento de prueba en la resolución del Tribunal, ya sea a favor o en contra del acusado.[119] De esta manera se entiende que la declaración tiene que versar sobre hechos sustantivos. Por consiguiente, se excluyen las declaraciones falsas que no produzcan tales efectos como las que inciden en la individualización del testigo.

Por otra parte, no quedan comprendidas por este delito los juicios de valor, apreciaciones personales, conjeturas del testigo, meros olvidos o bien la declaración que se ajusta a su conocimiento o entendimiento aún cuando padezca de un error.

Tampoco se considerarían las declaraciones que no se ajustan a las leyes de la naturaleza, la experiencia o el pensamiento como decir " el sol saldrá de noche".

Ante las consideraciones anteriores se puede concluir que lo que se castiga mediante el falso testimonio es la **declaración deliberadamente mendaz** que produzca efectos procesales.

Es importante tener presente la conclusión anterior, pues permitiría a los fiscales diferenciar las conductas reconducibles a este delito de aquellas situaciones en que las declaraciones del testigo no son tenidas por ciertas por el Tribunal en atención a una valoración o apreciación que éste efectúa y no a un elemento que permita establecer que efectivamente mintió.

3. El Falso Testimonio por Omisión.

Una pregunta que suele efectuarse al analizar este delito es si es posible su comisión por la vía omisiva. Vale decir, si llamado a declarar un testigo se niega a hacerlo, se configura o no un delito de falso testimonio. Se parte del supuesto de una persona no exceptuada de la obligación de declarar.

---

[119] (S. C. de A Valpo., 24.05.1921 en GT 1921-I, 710)

En tal caso la respuesta ha de ser negativa, pues por la descripción del tipo penal sólo se concibe su comisión por acción: "dar falso testimonio".

Sin embargo, el artículo 299 del C.P.P. regula la situación del testigo renuente a declarar sin causa justificada lo que se aplica a esta situación. En efecto, esta disposición establece que al testigo que adopta esa actitud se le sanciona con las penas que establece el inciso segundo del artículo 240 del C .P. C, esto es , el delito de desacato. Por lo tanto, los fiscales deben invocar este artículo ante un testigo que no depone ante el Tribunal estando obligado a hacerlo.

4. Consumación del Delito.

Cuando se ha determinado la relevancia típica de la mentira y los efectos que ésta produce, los fiscales deben observar el grado de desarrollo del delito, vale decir, si ésta se ha consumado o no. Con respecto a esto diremos que el momento consumativo del delito de falso testimonio se produce en cuanto el testigo juramentado o prometido ha prestado la declaración[120] .

En los procesos orales no tendría lugar la discusión que se da en torno a la tentativa y la consumación de este delito en los procedimientos escritos y que ha sido abordada por la jurisprudencia de la siguiente forma: antes de prestarse el juramento ni siquiera es posible apreciar tentativa de delito; entre el juramento y la firma de la declaración la retractación del testigo constituiría tentativa de falso testimonio; una vez concluida la declaración del testigo con todas las solemnidades el delito se considera consumado y la retractación no tiene cabida.

5. Participación.

Una vez comprobada la existencia del delito y la participación del autor, los fiscales deben investigar si han tomado parte en el hecho terceras personas, ya sea como inductores o como cómplices, descartando que no se trate de una de las partes que presenta al testigo falso, cuya conducta se sancionaría por el artículo 212 del C.P. y no por las reglas generales de la participación en el falso testimonio.

Por otra parte, los fiscales deben establecer claramente la calidad procesal del autor, vale decir, de testigo, diferenciando su posición del denunciante del hecho, pues en el último caso lo que se configuraría es el delito de acusación o denuncia calumniosa regulado por el artículo 211 del C. P. y no el de falso testimonio. En tal situación habría que esperar que finalice el procedimiento llevado a cabo con ocasión de la denuncia o acusación falsa lo que no es necesario si se trata del delito de falso testimonio.

No se requiere de ese término tratándose de este último delito, pues por una parte, el delito de falso testimonio a diferencia de la denuncia calumniosa no está ligado a echar andar el procedimiento penal cuando no corresponde como sí ocurre con la denuncia falsa, y por otra, se debe tener presente que para la consumación del delito, como lo sostienen algunos autores, no tiene incidencia el efecto que tenga la declaración falsa del testigo en la sentencia definitiva bastando el sentido en que prestó tal declaración para determinar la pena[121] .

---

[120] En este sentido algunos autores han señalado que la consumación se produce cuando el testigo termina de ser interrogado por los intervinientes. Politoff/Matus/Ramírez: "Lecciones de Derecho Penal Chileno". Parte Especial. Editorial jurídica de Chile, 2004, p 518.

[121] Etcheberry, A: "Derecho Penal" . Parte especial. Editorial Jurídica, IV, 3ª edición reimpresión 2004, p. 191.

Siendo así es perfectamente concebible, si se cuenta con los antecedentes suficientes, llevar adelante una investigación por delito de falso testimonio en todas sus etapas, acreditar la existencia del hecho (declaración falsa) y la participación sin tener que esperar el término del proceso donde se vertió la declaración mendaz. Será necesario, en todo caso, identificar claramente si el proceso donde el testigo declaró era por crimen, simple delito o falta, dependiendo del hecho imputado, y si la declaración fue prestada a favor o en contra del imputado.

6. Penalidad.

Para los efectos de determinar la pena, el C. P. distingue si la declaración se ha prestado en causa criminal, civil o no contenciosa.

Tratándose de causa criminal a su vez hay que hacer la distinción si la declaración ha sido hecha a favor del imputado o acusado o en su contra.

En el primer caso, se gradúa la pena en atención al delito que se persigue de la siguiente manera:

a) Si la causa fuere por crimen, corresponde la pena de presido menor en su grado máximo (3 años y un día a cinco años) y multa de dieciséis a veinte unidades tributarias mensuales
b) Si fuere por simple delito, la pena es de presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años) y multa de once a quince unidades tributarias mensuales,
c) Cuando fuere por falta, la pena es de presido menor en su grado mínimo (61 días a 540 días) y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

Si la declaración en causa criminal se ha efectuado en contra del imputado también se distingue, como en el caso anterior, según la naturaleza del delito:

a) Si la causa fuere por crimen, corresponde la pena de presidio mayor en su grado mínimo (5 años y un día a 10 años) y multa de veintiuna a veinticinco unidades tributarias mensuales.
b) Si fuera por simple delito, la pena es de presidio menor en su grado máximo (3 años y un día a cinco años) y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.
c) Cuando fuere por falta, corresponde la pena de presidio menor en su grado medio (541 días a tres años) y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales e inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y por el tiempo de la condena para cargos y oficios públicos.

Sin embargo, el artículo 208 del C. P. establece la siguiente regla que contiene una cláusula de subsidiariedad expresa: “si en virtud del falso testimonio se hubiese impuesto al acusado una pena respectivamente mayor que las determinadas en el artículo precedente se aplicará la misma al testigo falso”.

La pena del delito de falso testimonio en causa civil se gradúa en atención a la cuantía de la demanda: si el valor de ésta no excede de cuatro unidades tributarias mensuales, la pena será de presido menor en su grado mínimo (61 días a 540 días) y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales. En los demás casos, la pena es de presido menor en su grado medio (541 días a 3 años) y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

Para el caso de prestarse falso testimonio en causa no contenciosa el artículo 210 del C. P. establece la pena en presido menor en su grado mínimo a medio (61 días a 3 años) y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

7. Aspectos Procesales

El delito de falso testimonio es de aquellos delitos de acción penal pública por lo que corresponde iniciar su investigación mediante denuncia, querella o de oficio por el Ministerio Público.

a) Diligencias

Los fiscales deben decretar en el menor tiempo posible las diligencias tendientes a establecer la existencia del hecho punible y la participación. En especial se sugiere encomendar las siguientes:

- Solicitar registro del audio del juicio oral o del procedimiento donde se vertieron las declaraciones
- Citar a declarar al encargado de dicho registro del tribunal
- Solicitar la certificación de la audiencia donde tuvo lugar la declaración indicando individualización de la causa, intervinientes, individualización del testigo,
- Solicitar lista de personas que comparecieron a la audiencia y que oyeron los dichos del testigo.
- Si el caso fue cubierto por la prensa y específicamente el hecho de haberse prestado falso testimonio citar para tomar declaración a los periodistas que cubrieron la noticia.
- Asimismo, sería conveniente tomar declaración al afectado por el falso testimonio si ha sido en su contra y en tal caso también a su abogado defensor para que aporte los antecedentes que estuvieren en su disposición.
- Citar y tomar declaración a todas aquellas personas que puedan establecer el motivo del testigo para declarar falsamente.
- Certificación de la sentencia en su caso.

b) Procedimiento:

Con respecto a los procedimientos a aplicar cabe destacar que no tiene lugar los acuerdos reparatorios ni el procedimiento monitorio.

La suspensión condicional del procedimiento sólo puede ser solicitada excepcionalmente y en casos en que se cuente con antecedentes justificados siempre que tal alternativa cuente con la aprobación del respectivo Fiscal Regional, quien hará la calificación correspondiente. Sin embargo, si el sujeto activo es un funcionario público que ha participado en el ejercicio de sus funciones esta suspensión no tiene cabida.

****

Este oficio deberá ser estudiado por todos los fiscales porque sus orientaciones representan una política de actuación criminal muy necesaria en la actualidad y, por ello, los fiscales regionales deberán enviar a la Fiscalía Nacional un resumen con las observaciones y dudas de los fiscales.

Saluda atentamente a UDS.

GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO

GPR/SMG/MCR

OFICIO FN N° 421 /

ANT.: Instrucciones sobre delitos contra la recta administración de justicias. Oficios Nº 273 de 18 de junio, Nº 304 de 18 de julio, Nº 344 de 5 de agosto, todos del año 2004.

MAT.: Orientaciones y criterios de actuación sobre el delito de obstrucción a la justicia del artículo 269 bis del C.P.

SANTIAGO, agosto 24 de 2004

DE : SR. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

A : SRS. FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS DE TODO EL PAÍS

El presente oficio tiene por objeto entregar orientaciones a los fiscales y establecer criterios de este Fiscal Nacional en relación con determinadas actuaciones de los intervinientes en los procesos penales, que podrían ser constitutivas de delitos en contra de la recta administración de justicia, especialmente, cuando ésta constituye el delito de obstrucción a la justicia.

Disposición Legal

El artículo 269 bis sobre el delito de obstrucción a la justicia prescribe:

"*El que se rehusare a proporcionar a los tribunales de Justicia antecedentes que conozca o que obren en su poder y que permitan establecer la existencia de un delito o la participación punible en él, o que, con posterioridad a su descubrimiento, destruya, oculte o inutilice el cuerpo, los efectos o instrumentos de un crimen o simple delito, será sancionado con la pena señalada para el respectivo crimen o simple delito, rebajado en dos grados.*
***Estarán exentas de las penas que establece este artículo las personas a que se refieren el inciso final del artículo 17 de este Código y los artículos 302 y 303 del Código Procesal Penal*."**

Este delito, pese a su ubicación en el título "De los crímenes y simples delitos contra el orden y seguridad públicos cometidos por particulares" constituye un atentado contra la recta administración de justicia.

Puede ser cometido por cualquier persona, siempre que no se trate de aquellas exceptuadas por la propia ley. El artículo 269 bis inciso final se refiere, como sujetos exceptuados, a las personas indicadas en el inciso final del artículo 17, esto es: cónyuge, parientes legítimos (hemos de entender matrimoniales) por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, de sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos (no matrimoniales). Asimismo, la disposición excluye a las personas facultadas a no declarar por motivos personales, señaladas en el artículo 302 del Código Procesal Penal, y aquellas que pueden abstenerse de hacerlo por razones de secreto del artículo 303 del mismo Código.

Del juego de los preceptos citados, tampoco quedan comprendidos como sujetos activos del delito de obstrucción a la justicia, entre otros, el conviviente del imputado, el pupilo, guardador, adoptante o adoptado.

Por otra parte, el imputado no se considera como sujeto activo de este delito, ya que para estar en su presencia es menester que se trate de antecedentes que recaigan en causa ajena.

Las personas señaladas en el artículo 175 del Código Procesal Penal, obligadas a hacer una denuncia y que no dan cumplimiento a esta obligación, no incurren por ese hecho en el delito de obstrucción a la justicia, sino que para su conducta la ley reserva una sanción especial en el artículo 177 del C. P. P., esto es, la pena prevista en el artículo 494 del texto punitivo o la señalada en disposiciones especiales.

La Conducta Típica

Dos son las hipótesis que se distinguen en el artículo 269 bis del Código Penal, a saber, la de rehusar entregar antecedentes a los tribunales de justicia y la de destrucción, ocultación o inutilización del cuerpo, efectos o instrumentos del delito.

I. PRIMERA MODALIDAD COMISIVA: REHUSARSE A PROPORCIONAR ANTECEDENTES O DOCUMENTOS.

Consideración preliminar: En este párrafo se abordará esta conducta del delito de obstrucción a la justicia con carácter general, sus elementos típicos, comentando aquellas situaciones que frecuentemente se reconocen como constitutivas de esta modalidad, para luego examinar tales conductas bajo el régimen del Código Procesal Penal, en "Situación del testigo que no declara en el contexto de la Reforma Procesal Penal" y "Negativa de entrega de antecedentes requeridos por un fiscal".

Antes de entrar en el análisis de esta primera modalidad del delito, es preciso señalar que, para estar frente a la obstrucción a la justicia, pero sólo en esta forma comisiva, **la solicitud de proporcionar antecedentes o información debe ser efectuada por un Tribunal**, sea éste unipersonal o colegiado, con lo que se excluyen las solicitudes hechas por otras autoridades.

Esta modalidad supone que la persona requerida por el Tribunal a la entrega de los antecedentes que obran en su poder o que conozca de ellos, se rehúsa a proporcionarlos.

Rehusar implica **no querer** entregar tales antecedentes, por lo que se trata de una actitud deliberada, consciente, del sujeto activo, y no de una situación en que se encuentre imposibilitado de hacerlo o desconozca o dude sobre los hechos por los que se le requiere.

Comprende tanto que el sujeto no entregue los antecedentes como que **no declare**, habiendo sido llamado a hacerlo, sobre un hecho que conoce.

i. Testigo que no declara:

En el caso de la declaración se estará frente a la presencia de un testigo. Siendo así, para la configuración del delito se requiere en esta modalidad, que la persona declare cumpliendo las formalidades que establece la ley procesal, esto es bajo la fe de promesa o juramento. De lo contrario, no sería posible apreciar el delito ni aún en grado de tentativa.

i.i. Testigo que declara una parte, omitiendo antecedentes sustanciales:

Se debe tener presente, en este punto, que la obligación de la persona llamada a deponer comprende no sólo el hecho de prestar declaración, sino que poner a disposición del tribunal **todo lo que conoce** o tiene

sobre el caso. Por lo tanto, se podría presentar en esta modalidad, sancionable a título de obstrucción a la justicia, la situación en que un testigo sólo señale una parte de los antecedentes que conoce y omita el resto.

Tanto los antecedentes que ***se omiten declarar o no se proporcionan deben ser de aquellos que acrediten la existencia del hecho punible o la participación culpable de una persona***. Además, han de tener ***un carácter substancial,*** debe tratarse de antecedentes serios y concretos y no de meras sospechas.

Por otra parte, tales antecedentes ***deben estar referidos a la perpetración de un crimen o simple delito*** con lo que se excluye el delito de obstrucción a la justicia en las faltas.

A continuación, nos referiremos a situaciones de ordinaria ocurrencia en el contexto de la reforma procesal penal, analizando la posibilidad que constituyan el delito de obstrucción a la justicia, en esta primera modalidad comisiva.

Tales son los casos de:

1.- El testigo renuente a declarar y
2.- Negativa a la entrega de antecedentes o documentos.

1.- Situación del testigo que no declara en el contexto de la Reforma Procesal Penal

En este párrafo dos son los casos que serán analizados: el del testigo que citado a declarar comparece ante el Tribunal, pero no presta declaración y del testigo que compareciendo declara sólo una parte de lo que conoce omitiendo información sustancial.

1. 1. Testigo que no declara

Con respecto del testigo citado a declarar en un procedimiento que se rige por el Código Procesal Penal, es necesario hacer una importante observación. El mismo Código establece una regulación expresa para el testigo renuente a deponer sin causa justificada, lo que se aplica a la persona que comparece en estrados, pero no presta declaración.

En efecto, el artículo 299 del Código Procesal Penal señala que se sancionará con las penas que establece el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil: "el testigo que se negare sin justa causa a declarar". La pena a que se remite la disposición es la del delito de desacato, esto es, reclusión menor en su grado medio a máximo, lo que no resulta menor si se compara con la sanción del delito de obstrucción a la justicia, que establece la pena a partir del crimen o simple delito con respecto al cual se efectúa la conducta obstructiva, rebajada en dos grados.

Por lo tanto, en las situaciones de testigos que **comparecen** a declarar ante el Tribunal, **pero omiten hacerlo** es necesario tener presente que de acuerdo a lo dispuesto por el Código Procesal Penal, la regla que se aplica, por su especialidad, es la establecida en el artículo 299 del mismo código, vale decir, el delito sancionado con la pena del desacato y no el de obstrucción a la justicia del Código Penal.

1.2. Testigo que declara una parte de lo que conoce, pero omite información substancial

Esta misma disposición, es decir, el artículo 299 del Código Procesal Penal podría ser aplicado al testigo que declara sólo una parte de lo que conoce, omitiendo deliberadamente un aspecto substancial.

Con respecto a este caso, se debe tener presente que, tratándose de los procedimientos regidos por el Código Procesal Penal, la situación de los testigos renuentes queda regulada por el artículo 299 de ese Código y no por el delito de obstrucción a la justicia.

Esta disposición viene a ser una suerte de obstrucción a la justicia especialmente regulada para testigos en régimen del nuevo Proceso Penal, de tal manera que, dichas conductas, en principio subsumibles en el artículo 269 bis del C.P., quedarían comprendidas en esa norma del Código Procesal.

1. 3. Participación de terceros en la conducta

Identificada por los fiscales la conducta estipulada en el artículo 299 del Código Procesal Penal, un testigo que se negare sin justa causa a declarar, sería recomendable que indagaran si el testigo actuó espontáneamente o si hubo terceras personas que influyeron en éste para que no prestara declaración en el Tribunal. Especialmente en aquellos supuestos en que ha cambiado de actitud, habiéndose mostrado previamente colaborador con el fiscal y, en la audiencia del juicio omite declarar en alguno de los términos ya señalados.

Es necesario tener presente, que aunque el testigo sólo presta por si mismo declaración, esto no excluye la participación de terceros como cómplices o inductores de acuerdo a las reglas generales. En este sentido, el tercero que crea el influjo psicológico en el testigo para que se niegue a declarar lo que conoce, podría ser sancionado como autor-inductor del delito previsto en el artículo 299 del C. P. P, y sancionado con la pena del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo a lo que dispone el artículo 15 Nº 2 del C. P.
Si este tercero se vale de amenazas o amedrentamientos para crear dicho influjo, también puede quedar comprendido por esta forma de participación, ya que el artículo 15 Nº 2 del C. P. permite considerar autores, tanto a los que fuerzan, como a los que inducen directamente a otro a ejecutar un delito.

Sin embargo, si dicho tercero provoca que ese testigo se retracte de la declaración y por esta vía sus dichos ante el tribunal resultan diferentes a los prestados ante el fiscal, apartándose de la verdad, este tercero podría ser considerado inductor del delito de falso testimonio. O más aún, si es la parte o su apoderado que presenta a dicho testigo a sabiendas que va a declarar faltando a la verdad, se podría configurar el delito de presentación de testigos falsos del artículo 212 del Código Penal.

En síntesis se puede tener a la vista el siguiente cuadro en relación con la participación de terceros:

Conducta del Tercero	Delito	Participación
Induce a Testigo a no declarar	Art. 299 CPP	Art.15 Nº2 C.P.
Amenaza a testigo para que no declare	Art 299 CPP	Art.15 Nº2 C.P.
Induce a testigo a retractarse, faltando a la verdad.	-Art. 207, 208 C.P -Art. 212 del C.P.	Art.15 Nº2, C.P; 15 Nº1, si fuera Art. 212 del C.P.

2. - Negativa de entrega de antecedentes requeridos por un fiscal

Con respecto a la solicitud de entrega de antecedentes o documentos que obren en poder de terceras personas hay que distinguir algunas situaciones ante la negativa de éstas a dar curso a la solicitud:

2.1. El Fiscal solicita antecedentes o documentos a autoridades u órganos del Estado.

Conforme a lo previsto en el artículo 19 del Código Procesal Penal, las autoridades y órganos del Estado deben realizar las diligencias y ***proporcionar sin demora la información que les requieren el ministerio público y los tribunales con competencia en lo penal.***

Ante la negativa de entrega por la parte requerida, el fiscal debe dejar constancia de la misma y utilizar la vía que resulte apropiada a la situación de hecho para insistir en que sean proporcionados:

a) **Puede solicitar nuevamente los antecedentes o documentos por conducto del Tribunal de Garantía.**
b) **Puede dar aplicación al procedimiento establecido en el artículo 19 del Código Procesal Penal, si se dan los supuestos para ello**.

Si la autoridad u órgano requerido persiste en su negativa, no obstante que el Tribunal de Garantía o la Corte de Apelaciones, según corresponda, acoja la petición del fiscal, se estaría frente a la conducta del delito de obstrucción a la justicia del artículo 269 bis, primera parte: "rehusar a proporcionar a los tribunales de justicia antecedentes que conozca o que obren en su poder y que permitan establecer la existencia del delito o la participación punible en él", salvo que el fiscal tenga los elementos necesarios para estimar que dicha conducta se aparta de la negativa y se encuadra en algunas de las conductas de la segunda modalidad comisiva, a saber, ocultar, destruir o inutilizar el cuerpo, efectos o instrumentos del delito.

En consecuencia, se sugiere a los fiscales que, ante el requerimiento de antecedentes o documentos y la demora en la entrega por la parte a quien se le soliciten, provoque la intervención de los Tribunales de Justicia, sea a través del Tribunal de Garantía o la Corte de Apelaciones, según el procedimiento por el que se haya optado.

Si la negativa persiste, se podría calificar la conducta de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 269 bis del C. P.

2.2.- El Fiscal solicita antecedentes o documentos *secretos* a autoridades u órganos del Estado.

Si se tratase de antecedentes o documentos secretos, conforme a lo previsto en el artículo 19 del Código Procesal Penal, el requerimiento se atenderá observando las prescripciones de la ley respectiva, si la hubiere, y, en caso contrario, adoptándose las precauciones que aseguraren que la información no será divulgada.

La misma norma establece el procedimiento a seguir cuando la autoridad requerida retardare el envío o se negase a efectuarlo, con el pretexto de su carácter secreto o reservado.

El conducto a seguir es enviar los antecedentes al Fiscal Regional, quien evaluará la situación y si comparte la apreciación del fiscal sobre el carácter indispensable de la actuación, remitirá los antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva para que resuelva la situación.

Existiendo una regulación expresa para ese caso, en que se invoque el secreto o reserva de la información solicitada, es menester recurrir ella antes de examinar cualesquiera otra posibilidad.

Por lo tanto, ante una solicitud hecha a autoridades u órganos del Estado donde se presentase demora o negativa de entrega de antecedentes o documentos, **con el pretexto de ser secretos o reservados**, se debe recurrir a la regulación del artículo 19 del C. P. P.

Resuelta la controversia por la Corte de Apelaciones respectiva en el sentido que la autoridad u órgano requerido debe entregar la información o documento y, sin embargo, éste persiste en su negativa, se configuraría el delito de obstrucción a la justicia del artículo 269 bis del C. P.

2.3.- El Fiscal solicita antecedentes o documentos a particulares.

Tratándose de antecedentes o documentos en poder de terceros, que no tengan la calidad de funcionarios públicos ni sean representantes de órganos del Estado, los fiscales deben hacer dicha solicitud por conducto del Tribunal de Garantía, si en virtud de ésta se pudiesen afectar derechos garantizados por la Constitución.

De rehusarse la persona requerida, habiendo mediado el conducto del Tribunal, se podría configurar el delito de obstrucción a la justicia, teniendo presente que el inciso final del artículo 180 del Código Procesal Penal establece una obligación para cualquier persona en los siguientes términos "los fiscales podrán exigir información de **toda persona** o funcionario público, los que no podrán excusarse de proporcionarla, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley".

II-. SEGUNDA MODALIDAD COMISIVA: DESTRUCCIÓN, OCULTACIÓN O INUTILIZACIÓN DEL CUERPO, EFECTOS O INSTRUMENTOS DEL DELITO.

Esta modalidad comisiva de obstrucción a la justicia, no está limitada a que la conducta se efectué ante un Tribunal.

Por lo tanto, verificándose los requisitos del tipo legal ante cualquier autoridad, aún cuando no se trate de Tribunales de Justicia, se puede observar la configuración del delito.

Tal afirmación cobra especial importancia, pues significa que las actuaciones efectuadas directamente ante los fiscales del Ministerio Público, también quedan amparadas por este delito.

Para estar frente a esta forma de obstrucción a la justicia, es necesario que la destrucción, ocultación o inutilización se efectúe cuando ya se haya descubierto el delito, como lo señala el artículo 269 bis.

De no ser así, y la conducta tiene lugar antes de este momento, la punibilidad del hecho quedaría cubierta por el artículo 17 Nº 2 del C. P., esto es, por la regulación del encubrimiento.[122]

El momento de descubrimiento del delito se produce cuando los hechos o la persona del inculpado son puestos a disposición de la justicia.

En cuanto a los sujetos activos, se debe tener en cuenta las mismas prevenciones señaladas a propósito de la primera forma comisiva, por lo que al examinar este elemento, los fiscales tienen que ser especialmente cautos de que no se trate de uno de los tantos sujetos exceptuados.

Los verbos rectores están concebidos en términos muy similares al artículo 17 Nº 2 del C. P., con la diferencia que el artículo 269 bis incluye el destruir. Comprende tanto las conductas de ocultar, destruir o inutilizar el cuerpo, los efectos o instrumentos de un crimen o simple delito. Al igual que la primera modalidad comisiva, las faltas quedan excluidas.

---

[122] Politoff/Matus/Ramírez: Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial,. Editorial Jurìdica de Chile. Stgo., Junio 2004.,p. 527.

El objeto material de esta forma de obstrucción a la justicia está representado por: el cuerpo del delito, sus efectos o instrumentos.

Por el primero de ellos, se entiende la cosa o el objeto material sobre el que recae la conducta típica; los efectos incluyen todo rastro que sirva para descubrir su perpetración y, los instrumentos, son los medios que se han empleado para la comisión del delito[123].

Algunos autores señalan que por ser un delito idéntico en su materialidad al artículo 17 Nº 2 del C. P., para su configuración es necesario que el sujeto activo conozca la perpetración del delito y la relación de éste con las cosas ocultadas o destruidas[124].

No obstante, la similitud con el encubrimiento, los fiscales deben tener en consideración que con respecto al delito de obstrucción a la justicia cabe tanto la participación como los distintos grado de desarrollo del delito, según las reglas generales.

III. ASPECTOS PROCESALES

Inicio del Procedimiento

El delito de obstrucción a la justicia es un delito de acción penal pública, por lo que la investigación de un hecho que reviste caracteres de este delito puede iniciarse de oficio por el Ministerio Público, por denuncia o por querella.

Los fiscales deben tener presente que para dar curso a una investigación de esta naturaleza no es necesario que el delito principal se encuentre aclarado. Así lo ha señalado, por lo demás, la Excma. Corte Suprema[125].

Diligencias

Se recomienda que los fiscales a la brevedad decreten las diligencias tendientes a acreditar el hecho punible en sus distintas modalidades y la participación del responsable.

Dependiendo de la forma de obstrucción a la justicia que se trata de investigar se sugiere decretar entre las diligencias las siguientes:

- Solicitar registro de audio donde consta negativa a declarar del testigo si corresponde.
- Solicitar certificación de la audiencia, con indicación de RUC, identidad de los intervinientes, fecha, hora y lugar.
- Ingresar al sitio donde se sospeche que se tienen ocultos los instrumentos, rastros, cuerpo del delito, cumpliendo con la regulación que la ley procesal prescribe al respecto.
- Ordenar fijación fotográfica de los elementos.
- Ordenar la confección de plano del lugar donde éstos se encuentran.
- Tomar declaraciones a los testigos que hayan podido tener noticias del hecho de la ocultación, destrucción o inutilización de dichos antecedentes.

---

123 Cury , Enrique con la colaboración de Matus, JP: "Texto y Comentario del Código Penal Chileno", Directores: Politoff., S y Ortíz, L, Editorial Jurídica de Chile, Stgo, 2002, p. 253.

124 Cfr. por todos Etcheberry, A: Derecho Penal. Parte General, II, Editorial Jurídica, Stgo, 2004, p. 104

125 S. C. S. de 30.01.01 en recurso de amparo.

- Tomar declaración a los testigos que puedan dar cuenta de la rutina del imputado para ocultar, destruir o inutilizar los objetos.
- Solicitar registro donde consta la solicitud de los exámenes o análisis solicitados y de la fecha de ingreso de dichos objetos, si fuese el caso.
- Citar a los responsables de la ejecución de la orden de examen o análisis según corresponda.
- Determinar y tomar declaración de las personas que han tenido acceso o han manipulado los objetos en cuestión.
- Otras.

Salidas Alternativas y Procedimientos Especiales

a) En consideración al bien jurídico protegido, ***los acuerdos reparatorios no tienen cabida,*** *pues el objeto jurídico protegido por este delito no es de aquellos disponibles y de carácter patrimonial. No es posible proceder según las reglas de los acuerdos reparatorios ni aún cuando el procedimiento en el cual se realizó la conducta obstructiva fuese un delito de lesiones menos graves o un delito culposo.*

b) Con respecto a la suspensión condicional del procedimiento, si bien por la pena asignada al delito podría hacerse uso de esta alternativa cuando los hechos atribuidos correspondiesen a una pena que no sobrepase de tres años de privación de libertad, este Fiscal Nacional estima que no es conveniente recurrir a ello cuando se trate de una conducta que por su gravedad comprometa seriamente la administración de justicia, salvo que se tratase de antecedentes muy calificados en que se cuenta con la autorización de la respectiva Fiscalía Regional. Si se tratase de casos en que funcionarios públicos intervienen en la comisión del delito, en el ejercicio de sus funciones, se debe tener presente las instrucciones que a este respecto se han establecido con anterioridad, en el sentido que ésta no tiene cabida en esta clase de delitos (Oficio Nº 304/04; Nº344/04, en relación al oficio N°551 de 2003).

c) Con respecto a otros procedimientos especiales contemplados en la ley procesal, ***Procedimiento Abreviado, Juicio Simplificado***, no existen consideraciones especiales que formular y se ciñe al cumplimiento de los requisitos legales.

****

Este oficio deberá ser estudiado por todos los fiscales porque sus orientaciones representan una política de actuación criminal muy necesaria en la actualidad y, por ello, los fiscales regionales deberán enviar a la Fiscalía Nacional un resumen con las observaciones y dudas de los fiscales.

Saluda atentamente a UDS.

GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO

GPR/MCRG/crz

OFICIO FN Nº 449 /

ANT.: No hay.

MAT.: Orientaciones sobre el registro de llamadas telefónicas e interceptación telefónica.

SANTIAGO, Septiembre 14 de 2004

DE : FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

A : FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS DE TODO EL PAÍS,

Como es de su conocimiento, es materia de preocupación de este Fiscal Nacional estar debidamente informado sobre la aplicación de las disposiciones legales que facultan para disponer en las investigaciones penales, el registro de llamadas telefónicas, así como la interceptación y grabación de éstas, cuando ello es procedente.

Esta preocupación se manifestó en el último Consejo General del Ministerio Público del día 31 de agosto pasado, en que se acordó que los Fiscales Regionales enviarían una información completa sobre la forma como se están aplicando las normas legales pertinentes, en especial el Art. 222 del Código Procesal Penal, modificado por la ley 19.927 de 14.01.04, requerimiento que ha sido sólo respondido por algunos de los Fiscales Regionales y que por ello se encuentra pendiente.

Sin perjuicio de lo anterior, este Fiscal Nacional estima conveniente orientar a todos los fiscales sobre estas materias, atendida las distintas opiniones jurídicas y a las dificultades que se han tenido para obtener la cooperación de las empresas telefónicas.

Por lo anterior, este Fiscal Nacional hace suyo los planteamientos jurídicos elaborados por la Asesoría Jurídica de la Fiscalía Nacional, que pasan a explicarse a continuación [126] :

En primer término, este oficio se refiere a las facultades de los fiscales, distinguiendo entre las diligencias de registro del tráfico de llamados - que no requieren de autorización judicial previa - respecto de las medidas de interceptación y grabación de las comunicaciones

En seguida, esta comunicación trata del desacato en que pueden incurrir las empresas telefónicas y de telecomunicaciones por la negativa o entorpecimiento en practicar tales medidas.

---

[126] Este trabajo fue elaborado por el abogado dn. Jaime Retamal Herrera, de la Unidad de Tráfico, actualmente designado como Fiscal Adjunto de la Región Metropolitana Centro Norte y fue discutido en Clínica Jurídica de la Fiscalía Nacional.

I.- Registro de Tráfico de llamadas telefónicas e Interceptación y Grabación de comunicaciones.

1.- Planteamiento del problema

En el curso de numerosas investigaciones por tráfico de drogas, se ha constituido como una diligencia de importancia, el solicitar a la empresa telefónica o de telecomunicaciones, la remisión de un registro o listado de las llamadas telefónicas entrantes y salientes de una línea telefónica, sea celular o fija, a fin de identificar la existencia de comunicaciones entre sujetos investigados, su fecha y duración.

Sobre el particular, la posición jurídica de la asesoría legal de las empresas telefónicas se ha orientado hacia exigir a los fiscales que este requerimiento de información sea autorizado por el juez de garantía, de conformidad con los artículos 9 y 219 del Código Procesal Penal, lo que ha derivado en la práctica por algunas fiscalías, de solicitar previamente esta autorización para proceder a la solicitud de información. Lo anterior, debido a que la entrega de dicha información a un fiscal afectaría la garantía constitucional de la intimidad contemplada en el artículo 19 Nº 4 de la Constitución Política, que cautela el respeto y la protección a la vida privada y pública.

Dicha exigencia de autorización previa, sin perjuicio de retardar la persecución penal, implica extender la cautela de garantías hasta límites insospechados por el legislador, olvidando que toda actividad de persecución penal siempre implica inevitablemente por sí misma, la afectación de algunas garantías, y como primera de ellas, la intimidad de todo inculpado.

2.- Presupuestos

Una de las premisas de análisis debe ser el adecuado equilibrio entre persecución penal y vigencia de garantías fundamentales. Este necesario equilibrio conlleva la exclusión de dogmas de garantismo idealista, que pretenden la vigencia de garantías fundamentales sin ningún tipo de límite, e incluso su vigencia a pesar del legítimo interés en la persecución penal de delitos especialmente graves.

Es por lo anterior que nadie duda de la necesidad de que un tribunal cautele garantías en el caso de la práctica de medidas intrusivas (exámenes corporales, allanamientos, interceptaciones, etc.) que implican una afectación grave o de cierta entidad a precisas garantías fundamentales, por lo cual resulta necesario que sea un juez quien las autorice. En este contexto, por cierto, existe una norma de clausura, contemplada en el artículo 9 del Código Procesal, llamada a cobrar vigencia cada vez que se afecte una garantía fundamental de manera relevante, por la actividad investigativa, siendo necesario en estos casos, recabar autorización judicial en forma previa a la actuación.

3.- Situación especial: Información sobre el tráfico de llamadas

La cuestión reside entonces en discernir si la afectación propia de proporcionar información del tráfico de llamadas entrantes y salientes de una línea telefónica de cualquier persona, exige la autorización judicial previa del Art. 9, por afección al derecho constitucional a la vida privada, partiendo de la base que la entrega de dicha información a terceros supone una afectación a la intimidad o al derecho a la vida privada, al revelarse información esencialmente confidencial, y que el titular de la línea, puede en principio resguardar de terceros por pertenecer a un ámbito de su vida cuyo conocimiento está vedado.

Ahora bien, según el profesor Enrique Evans de la Cuadra, el concepto de vida privada está directamente vinculado a la “intimidad”, esto es, a ese ámbito en que el ser humano y la gente de sus afectos conviven,

conversan, se aman, planifican el presente y el futuro, comparten alegrías y tristezas, gozan del esparcimiento, incrementan sus virtudes y soportan o superan sus defectos, y fomentan sus potencialidades humanas para su progreso integral, todo ello sin la intervención o presencia de terceros[126]. A similar conclusión debemos llegar si tomamos en cuenta la regulación de la referida garantía en los tratados internacionales más relevantes sobre la materia. De esta forma, es posible citar el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación". Asimismo, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 11 prescribe que "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación". En consecuencia, la intimidad como garantía constitucional parece vincularse con un espacio físico de un individuo o con el contenido de sus comunicaciones, lo que deben desenvolverse sin intervención o presencia de terceros.

Es por lo anterior que estimo que el tema debe ser resuelto por dos ordenes de consideraciones:

a) Entidad de afectación de las diligencias intrusivas y ámbito de aplicación del artículo 9º del Código Procesal Penal.

En efecto, es dable concluir que el legislador ha estimado necesario regular las medidas intrusivas de común ocurrencia en la fase investigativa, y que significan una importante afectación a los derechos constitucionales, de ahí que el Código Procesal Penal dedique numerosas disposiciones a regular los exámenes corporales, exámenes médicos, pruebas caligráficas, entrada y registro de lugares cerrados, incautación de objetos y documentos e interceptación de comunicaciones, y no a otra clase de diligencias. Como es natural, la actividad investigativa puede adoptar numerosas formas, imposibles de abarcar por la regulación legal, y junto con ello afectar seriamente alguno de los derechos constitucionales de los involucrados, mediante la práctica de algunas diligencias, siendo necesario en estos casos la autorización de un juez.

La norma del artículo 9º a primera vista parece ser categórica, y sin excepciones, al exigir que toda actuación que importe afectación de garantías sea autorizada por el juez previamente. Ahora bien, ello en rigor no es así, ya que la propia ley, sea el Código Procesal Penal u otra norma, autoriza a que determinadas diligencias de actuación que afectan garantías, sean realizadas sin autorización judicial previa, por ejemplo, el control de identidad (Art. 85), la detención por flagrancia (Art. 130), las facultades autónomas de la policía (Art. 83), y las facultades de investigación propias de los fiscales (Art. 180 y 181).

En este contexto, el ámbito de aplicación del Art. 9º está dado por la ausencia de regulación expresa de la medida intrusiva –esto es, que no esté normado por los artículos 197 y siguientes-, por la ausencia de una actuación excepcional sin orden –en que se autoriza a la policía o fiscales para actuar sin dicha orden, Arts. 85, 130, 83, 180 y 181-, y por la afectación de una garantía constitucional en una entidad suficiente que justifique la intervención jurisdiccional. En este último sentido, la norma del artículo 226 parece ser particularmente clara, al exigir la autorización del juez de garantía cuando se afecta la intimidad o vida privada de cualquier sujeto mediante la fotografía, filmación u otro medio de reproducción, excluyéndose a contrario sensu cuando la afectación a esa garantía no implica el uso de estos medios técnicos.

En consecuencia, sin perjuicio de la apariencia categórica de la norma del artículo 9º, a nuestro juicio, la ponderación de intereses en su aplicación resulta ineludible, de tal forma que sólo la privación, restricción o perturbación de derechos garantidos por la Constitución justifican la intervención del tribunal de garantía, y

---

[126] Enrique Evans de la Cuadra. Los Derechos Constitucionales, 2ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, pág. 213.

no la justifican la mera afectación de ellos o la simple amenaza. Precisamente esto señala el inciso 2º del artículo 9º, al hacer alusión a que la diligencia de investigación debe producir alguno de "tales efectos" para solicitar la referida autorización. Es por ello, que su aplicación coherente debe significar que la privación, restricción o perturbación es de similar entidad a las ya reguladas por el Código Procesal Penal, guardando correspondencia las diligencias expresamente normadas con la aplicación de esta disposición como norma de clausura.

En otros términos, y a modo de conclusión provisoria, la aplicación del artículo 9º exige que la afectación del derecho constitucional sea precisamente mediante su privación, restricción o perturbación, y que ella sea ponderada por el juez de garantía, como de similar entidad o gravedad que las situaciones reguladas expresamente por las diligencias intrusivas, ya que de otro modo, la más mínima e incluso irrelevante afectación de una garantía motivaría la intervención del aparato jurisdiccional, lo que resulta innecesario y excesivo, ya que siempre está latente como contrapartida el legítimo interés en la persecución penal.

En este contexto, la mera entrega de información sobre el tráfico entrante y saliente de llamadas de una línea telefónica no puede significar privar o restringir la vida privada o la intimidad. Ahora bien, la perturbación de dicha garantía si bien en principio parece ser clara, no guarda relación con la afectación que suponen las restantes diligencias intrusivas, que sí poseen una significación y afectación de gran relevancia, como el allanamiento, el examen de correspondencia, o las escuchas telefónicas, implicando éstas últimas la observación y registro de todos los contenidos propios de la vida privada, con lo cual, por su mínima afectación no resulta necesaria la autorización judicial previa.

Esta conclusión además parece ser obligada si se distingue adecuadamente entre dos situaciones, por una parte, la invasión de terceros al contenido de la vida privada o la intimidad, propio del allanamiento y registro, y de la revisión de vestimentas, y dentro de las escuchas telefónicas al contenido del mensaje, por citar algunos casos; y por la otra, el mero conocimiento de la existencia de comunicaciones o mensajes, sin entrar a conocer el contenido, o a invadir espacios propios donde se desarrolla la vida familiar o privada de un sujeto, como lo son tradicionalmente su hogar, oficina, efectos personales, vestimentas. Por vía ejemplar, el requerimiento de información que se solicita a las empresas telefónicas, sería equivalente a solicitar a la empresa de correos que informe si ha despachado correspondencia de determinada persona, identificando la fecha y remitente; o en su época, si recibió comunicación telegráfica, fecha y remitente, sin indagar acerca del o los contenidos de los mensajes. Puestas así las cosas, la afectación a la intimidad parece ser sustancialmente menor.

b) Estatuto del requerimiento de información de los fiscales, y la ineludible afectación de la vida privada por la persecución penal.

Sin perjuicio de todo lo anterior, al momento de resolverse la eventual aplicación del artículo 9º en el caso del tráfico de llamadas, no debe perderse de vista la regulación general del requerimiento y entrega de información que realiza el Código Procesal Penal, cuando el requirente es un fiscal a cargo de una investigación.

O en otros términos, un registro de llamadas entrantes y salientes, no deja de ser un requerimiento particular de información, por mucha proximidad que tenga con la existencia de una comunicación privada, y su afectación no tiene ni tendrá jamás la misma entidad que la interceptación y grabación de conversaciones, sino que se limita a la que afectación que posee toda información proveniente de la vida privada. En virtud de lo primero, debe recordarse entonces la norma del artículo 19, que compele nada menos a que a las autoridades y órganos del Estado a la entrega de toda clase de información, inclusive la estrictamente confidencial de cualquier ciudadano; y la norma del artículo 180 del Código Procesal Penal, que en términos generales faculta a los fiscales para realizar por sí mismos o encomendar a la policía todas las diligencias de investigación. Pero lo que parece ser más decidor en todo este tema, es el inciso final del artículo 180, que claramente establece

la posibilidad de los fiscales de **exigir información de toda persona o funcionario público**, los que no podrán excusarse de proporcionarla, salvo en los casos expresamente exceptuados por la ley.

En otros términos, la regla general y casi sin excepciones, según el Código Procesal Penal, en materia de entrega de información frente a un requerimiento de un fiscal, consiste en la obligación de toda persona de proporcionarla, salvo excepción legal expresa, caracterizada por ejemplo, por el secreto de ciertas actividades profesionales (Art. 303 del Código Procesal Penal, que se refiere al abogado, médico o confesor).

En estos términos, no se aprecia la existencia de una excepción legal expresa que autorice a las empresas de telecomunicaciones a omitir la entrega de información requerida por los fiscales, encontrándose éstos autorizados legalmente para requerirla directamente y sin autorización judicial previa, en virtud del imperativo legal ya citado.

Por su parte, los antecedentes legislativos del inciso final del artículo 180 demuestran que la obligación de comento aparecía ya en el proyecto propuesto por el ejecutivo, y que no sufrió mayores alteraciones, salvo el cambio del verbo entregarla por proporcionarla. Lo que sí resulta interesante destacar, es que el proyecto original permitía ordenar al ministerio público el arresto de toda persona que dificultare el cumplimiento de cualquier diligencia y mantenerla privada de libertad hasta el cumplimiento de la misma, siempre que dicha situación no se prolongue por más de 8 horas[127] .

Lo anterior además se vincula con la naturaleza propia de la actividad investigativa del ministerio público, que inevitablemente conlleva una afectación a la intimidad o a la vida privada de cualquier imputado desde el primer instante en que se inicia. En efecto, la actividad de la policía y de cualquier fiscal destinada a identificar al responsable de un ilícito o a atribuirle participación en un hecho siempre entrañará abordar aspectos de su vida privada, de la o las actividades que ha realizado con anterioridad al ilícito, y en ese sentido, todo requerimiento de información dirigido a cualquier persona o autoridad invadirá su intimidad, de tal forma que sin ello, ninguna actividad investigativa es posible. En este contexto, carece de realismo y practicidad, que el más mínimo requerimiento de información obligue a un pronunciamiento jurisdiccional previo, y de esta forma, el registro de llamadas de una línea telefónica no puede ser la excepción, ya que por lo demás no tiene el carácter invasivo de la intercepción, registro o escucha, propios de la interceptación. De aceptarse la tesis jurídica que se impugna, todo requerimiento de información, sin excepción, debiera ser cursado por el juez de garantía mediante su autorización, lo que además de ser impracticable, llevaría a algunas situaciones de absurdo. Visto de otro modo, tampoco parece sustentable que las empresas de telefonía o telecomunicaciones ostenten una situación de privilegio en materia de entrega de información, de tal forma que sólo a su respecto sea posible un requerimiento autorizado judicialmente, mientras que el resto de las entidades, organismos u autoridades deban entregarla sin dicha autorización. Si lo que se pretende por las empresas es resguardar la confidencialidad de información de sus clientes, ello aparece suficientemente cautelado por el artículo 182 del Código Procesal Penal, que establece el secreto de las actuaciones para los terceros ajenos al procedimiento, y que sólo el imputado e intervinientes puedan examinar los registros y documentos de la investigación, donde se contendrán la información de estos registros de llamadas.

Criterio de actuación.

Sin perjuicio de que en situaciones urgentes pueda resultar más práctico requerir directamente la información acudiendo previamente ante el juez de garantía, estimo que salvo casos excepcionales, y a fin de dar vigencia a la entrega inmediata de información por parte de las empresas de telefonía, resulta necesario que luego de haber efectuado el requerimiento de información, y ante la negativa o tardanza inexcusable en su entrega, se formule el reclamo que corresponda ante la Corte de Apelaciones, conforme al artículo 19 del Código Procesal Penal

---

[127] En este sentido, Emilio Pfeffer Urquiaga, Código Procesal Penal, Anotado y concordado. Editorial jurídica de Chile, pág. 200.

Si luego es desatendida una decisión judicial favorable a la petición del fiscal, se estará en presencia de un delito de desacato que es tratado en el siguiente punto.

****

II.- Desacato de las empresas telefónicas en relación a las órdenes de registro de llamados e interceptación de comunicaciones.

El artículo 222 inciso 5º del Código Procesal Penal señala que las empresas telefónicas y de telecomunicaciones deberán otorgar a los funcionarios encargados de la diligencia de interceptación telefónica las facilidades necesarias para llevarla a cabo. Agrega que la negativa o entorpecimiento a la práctica de la medida de interceptación y grabación será constitutiva del delito de desacato.

La disposición parece inevitablemente vinculada al denominado delito de desacato, previsto en el inciso 2º del Art. 240 del Código de Procedimiento Civil, y cuyo texto es el siguiente: "El que quebrante lo ordenado cumplir será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo", siendo necesario un análisis de su alcance y posibles criterios de actuación.

1) Antecedentes legislativos. Historia de la disposición del Art. 222 del CPP.

Los antecedentes legislativos del artículo 222 demuestran que la obligación de las empresas telefónicas y de telecomunicaciones de otorgar facilidades, y la constitución del delito de desacato a través de la negativa o entorpecimiento de la práctica de la medida, ya se encontraba en el anteproyecto de Código Procesal Penal, y que en definitiva, el proyecto de ley del nuevo Código Procesal enviado por el ejecutivo lo contempló en idéntica forma. Si bien las normas de interceptación telefónica fueron primeramente eliminadas por la Cámara de Diputados, posteriormente fueron repuestas en su integridad por el Senado con algunas modificaciones en otros aspectos no vinculados al desacato, no existiendo referencias específicas de discusión parlamentaria en la configuración del delito en comento, el cual parece haber sido aprobado tal y como fuera presentado por el proyecto del ejecutivo.

2) Distinción respecto del desacato contra la autoridad contemplado en los artículos 263 y siguientes del Código Penal.

Un primer análisis debe vincularse con la necesidad de distinguir la figura del artículo 222 y del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, de las descripciones típicas contenidas en los artículos 263 y siguientes del Código Penal, más vinculados a la protección de la honra o seguridad de las autoridades, y que fueran objeto del oficio de la Fiscalía Nacional Nº 273 de 18 de junio de 2004, al que me remito para evitar reiteraciones.

3) Bien jurídico

Sobre el particular, el profesor Etcheberry únicamente nos indica en su conocida obra, que el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil sanciona a quien quebrante lo ordenado cumplir sin agregar nada más, no arrojándonos ninguna luz sobre esta disposición. A su turno, el profesor Labatut no aborda la referida disposición en su curso de Derecho Penal.

Dentro de la legislación comparada es posible hacer concordancias con el antiguo artículo 369 del Código Penal Español de 1973, que castigó con penas de inhabilitación y multa a los funcionarios judiciales o administrativos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a sentencias, decisiones u ordenes de la autoridad superior. Sobre el particular el profesor Juan Bustos Ramírez[128], señalaba que este delito, denominado de desobediencia, aparece consustancial al carácter jerarquizado de la administración, sea ésta civil o militar, y que en un Estado social y democrático de derecho, ello no es producto del establecimiento de un sistema autoritario, sino en razón del cumplimiento de deberes específicos que tienen los sujetos al interior de la administración. Para otros, el bien jurídico protegido es el ejercicio legítimo de la autoridad[129], de manera que ese bien jurídico no resulta no lesionado ni puesto en peligro allí donde la orden desobedecida es abiertamente ilegítima.

Desde otro punto de vista, lo que se protege es el principio jerárquico en la organización de la administración pública cuando a través de ella se persigue directamente la satisfacción de un interés general, por ello la realización del tipo de desobediencia requiere además de que el subordinado incumpla con su deber de cumplir la orden, y genere el riesgo de que no se realicen los fines institucionales asignados a la administración de que se trate[130]. En virtud de lo anterior, se trataría de un delito de peligro abstracto que no requiere resultado alguno, en el que para la realización del tipo no es posible la concreción del peligro.

Para otros, se trataría del normal funcionamiento de la administración, sea la general, o la administración de justicia, exigiéndose que las sentencias, decisiones u órdenes han de tener una apariencia mínima de legalidad[131].

En todo caso, lo que parece ser claro en este ámbito, es que entre quien dicta la orden y quien la recibe, debe existir una relación jerárquica establecida por el derecho administrativo funcionarial, y que ella es distinta de otras situaciones generadoras de deberes, pero no apoyadas en la subordinación, como el deber de colaboración con otros poderes e instituciones[132].

No obstante lo anterior, la discusión acerca del preciso contenido de injusto de la figura sigue estando pendiente en nuestro país, como se advertirá al revisar las dos decisiones jurisprudenciales que se citan. En efecto, al extenderse la protección penal de las decisiones jurisdiccionales incluso a la actividad que realiza un tercero ajeno a la administración de justicia, el objeto jurídico de protección parece situarse más en la eficacia de dicha administración o en el respeto de sus decisiones, más que en la mera jerarquía, la cual obviamente no existe entre un tribunal y un particular. De esta forma, la figura parece emparentada con los otros ilícitos que afectan la administración de justicia (prevaricación, obstrucción a la justicia). Pero aún en este contexto, todavía resta por analizar si la figura adquiere el carácter de un delito formal o de incumplimiento de un deber, o si exige una real afectación a la actividad jurisdiccional, de tal forma que por vía ejemplar, la tipicidad se consume incluso con la mera dictación de un decreto municipal aún sin resultados respecto de los sujetos a quien va dirigido; o por el contrario, por exigencias del principio de lesividad, la contravención de la conducta debe materializarse en una consecuencia externa prohibida por la decisión jurisdiccional, que importa una afectación palpable a la administración de justicia. Las dos decisiones jurisdiccionales que se citan a continuación parecen ir en direcciones opuestas en cuanto a esto último.

---

128 Juan Bustos Ramírez, Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Ariel S.A., Barcelona, pág. 442.

129 En este sentido, Vives, citado por Jacobo López Barja de Quiroga, Derecho Penal, Parte Especial, Romo III, Editorial Akal, Madrid, Españam, 1992, pág. 278.

130 En este sentido Alvarez García. El delito de desobediencia de los funcionarios públicos, citado por Jacobo López Barja de Quiroga, Derecho Penal, Parte Especial, Romo III, Editorial Akal, Madrid, Españam, 1992, pág. 278.

131 En este sentido, José Luis Manzanares Samaniego y José Luis Albácar López. Código Penal, Comentarios y Jurisprudencia, Granada, 1990, pág. 900.

132 Gonzalo Quintero Olivares, Comentarios al Nuevo Código Penal. Varios autores. Editorial Aranzadi, 2001, págs. 1873 y 1874.

4) Descripción típica

Si bien la descripción original del tipo contenido en el artículo 240 hace referencia a quebrantar lo ordenado cumplir por una resolución judicial, el inciso 5º del artículo 222 del Código Procesal Penal parece entrañar una nueva descripción típica de mayor especificidad, y que supone un cumplimiento más inequívoco del principio de legalidad. Esto significa que sin perjuicio de la norma general sobre desacato, precisamente el negarse o entorpecer la práctica de la medida de interceptación y grabación importarían un delito específico de desacato, existiendo un mero reenvío al artículo 240 del Código de Procedimiento Civil para efectos de asignación de la penalidad de la conducta.

De esta forma, los supuestos parecen partir de la existencia de una orden que ha dispuesto la interceptación y grabación, emitida por un tribunal de garantía, y que ha sido puesta en conocimiento de las empresas telefónicas y de telecomunicaciones.

Luego de ello, y encontrándose las personas responsables, jurídicamente obligadas por la orden judicial a otorgar las facilidades para implementar ambas medidas, la actividad típica se concreta al negarse éstas, sea en forma expresa o tácita a dar las facilidades a los funcionarios policiales encargados de la diligencia, o al poner trabas en su ejecución. La fuente de esta obligación legal respecto de las empresas telefónicas y de telecomunicaciones no es otra que la ley, en particular, el artículo 222 del Código Procesal Penal, y el fundamento de su instauración radica en las necesidades de persecución penal e investigación de determinados delitos, que por su complejidad o gravedad hacen necesaria esta medida[133].

Como es natural, la orden judicial debe ser cumplida inmediatamente, debiendo cada sujeto responsable dentro de la organización empresarial, cumplir sin dilación alguna, con la labor que le corresponde para la implementación de la medida. De esta forma, el gerente general una vez notificado de la orden deberá dar la instrucción al encargado técnico de realizar las operaciones técnicas que permitan intervenir la comunicación, y luego de ello, derivar la señal a una línea telefónica que permita la escucha y grabación.

Omisión y acción alternativas

El delito se configura de esta forma, bajo una modalidad alternativa de omisión y acción, la primera, constituida por la negativa a la práctica, y la segunda, por el entorpecer la labor, debiendo delimitarse los ámbitos de responsabilidad que competen a cada uno de los intervinientes en la práctica de la medida Iter criminis.

La definición como un delito de mera infracción de un deber (mera actividad), o como un delito de resultado permite discernir justamente acerca de su consumación, y la eventualidad de formas imperfectas de ejecución. De esta forma, la peculiar descripción que no alude a si finalmente se impidió o no la práctica de la interceptación, parece excluir toda forma de tentativa o frustración, consumándose la figura con la mera abstención de la práctica o la puesta de trabas por quien tiene poder de decisión y un ámbito de actuación al respecto.

5) Jurisprudencia sobre la materia

Las decisiones jurisdiccionales referidas al desacato son particularmente escasas y raras, siendo citables únicamente las dos que han sido posible encontrar:

a) Caso del detective Barraza. Sentencia de 24 de Enero de 2002, del 20º Juzgado del Crimen de Santiago, en que se condenó a Jorge Barraza Riveros, Juan Osvaldo Ponce Santibañez, Roberto Alfredo Araneda

---

133 En este sentido, María Inés Horvitz y Julián López. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2002, pág. 527.

Pérez y Jaime Osvaldo González Aguilar, a la pena de 541 días de reclusión menor en su grado mínimo, como autores del delito de desacato. Los hechos establecidos por la sentencia fueron los siguientes: Que el día 29 de Agosto de 1992, terceras personas pertenecientes a la Policía Civil de este país, en conocimiento que un menor no podía salir del país al extranjero por impedírselo una resolución judicial de arraigo, de 5 de febrero de 1990, emanada del 4º Juzgado de Menores de Santiago, en causa Rol Nº 55.136 y plenamente vigente, facilitaron su salida en compañía de su madre por el Paso Los Libertadores, sin que se dejara constancia de su salida. Al respecto, la sentencia realizó el siguiente razonamiento: Que los hechos descritos son constitutivos del delito de desacato, ya que ha quedado acreditado en autos que funcionarios de Investigaciones menospreciando la autoridad que la ley atribuye a la resolución de un juez dotado de potestad jurisdiccional, por delegación de la soberanía que reside en la Nación, quebrantaron lo ordenado cumplir por un tribunal de la República, ya que permitiendo y facilitando la salida al extranjero de un menor respecto del cual se había decretado arraigo, y para quien no se había dado autorización de salida por la autoridad respectiva.

b) Caso del alcalde de Maipú. Auto de procesamiento de fecha 26 de Febrero de 2004, dictado por el 20º Juzgado del Crimen de Santiago, en contra de Roberto Eduardo Sepúlveda Hermosilla, por el delito de desacato, en su calidad de alcalde de Maipú, ya que se justificó que el 9 de octubre de 2002, la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago pronunció una resolución ordenando al Alcalde de la Municipalidad de Maipú, que suspendiera los efectos de un decreto que días antes había emitido en el que disponía la clausura de un relleno sanitario mientras no se fallara un recurso de protección, lo que fue comunicado a esa municipalidad el mismo día por fax, y al día siguiente por oficio, quebrantando el alcalde lo ordenado cumplir el 11 de Octubre de 2002, en horas de la tarde, cuando ya tenía conocimiento indubitable de la resolución que debía cumplir, al llevar a efecto la clausura fundándose en un segundo decreto que estaba basado en similares predicamentos fácticos que el primer decreto, cuyos efectos habían sido suspendidos, pero argumentando consideraciones jurídicas no hechas valer anteriormente, pero que se encontraban subentendidas en las ya exteriorizadas, clausura que se materializó cuando todavía no se había dictado sentencia en el recurso de protección aludido.

6) Omisio libera in causa

Un problema de previsible presentación radica en la forma en que se ha estado ejecutando o prestando cooperación por parte de las compañías o empresas de telefonía celular, para la práctica de la diligencia de interceptación y grabación de comunicaciones. Como es de conocimiento generalizado, la realidad en esta materia es bastante diversa, oscilando entre la absoluta expedición de la medida en algunas empresas, pasando por la existencia de un determinado número de cupos de interceptación en otras, y llegando hasta el inservible ofrecimiento de un único cupo para interceptaciones a nivel nacional en las últimas. Las empresas afectadas y compelidas a realizar interceptación y grabación de comunicaciones, han realizado reiteradas alegaciones de índole técnico y financiero, que a su juicio, restringirían su capacidad para proporcionar según ellas este “servicio” originalmente no presupuestado dentro de actividad económica.

Al margen del debate técnico y económico, que parece desvanecerse si se comparan algunas de ellas con la empresa telefónica que accede sin dilación a todas las interceptaciones, o que se minimiza cuando se trata de adjudicar al Estado como el obligado económico a soportar los costos de las interceptaciones, lo que parece ser claro es que las empresas, a través de sus representantes legales, gerencias generales y asesores legales, están plenamente conscientes de la nueva obligación legal que poseen en virtud de la vigencia del Código Procesal Penal desde el año 2000, y parecen haber matizado su respuesta frente a esta nueva exigencia legal.

En estas circunstancias, a mi juicio, cobrará relevancia cada día más, la imposibilidad de esgrimir como excusa o defensa penal frente a un eventual desacato, razones de orden técnico o económico que esgrime la propia empresa de telecomunicaciones. Lo anterior, mediante la figura de la omisio libera in causa, de similar estructura a la actio liberae in causa. En efecto, si bien la primera es más conocida, y se dirige a resolver las situaciones en que un sujeto ha realizado un hecho antijurídico en estado de ausencia de libertad o anormalidad motivacional, que el mismo ha provocado, y los casos de mayor aplicación se vinculan con la incapacidad de culpabilidad, nadie parece discutir su vigencia en los casos de incapacidad de acción.

En otros términos, la imposibilidad de ejecutar lo debido y obligado legalmente por la orden judicial de interceptación y grabación (en rigor, una ausencia de capacidad de acción por deficiencias técnicas, o ausencia de la tecnología necesaria para ello) como eximente, no será aplicable si esta omisión fue buscada de propósito por el o los sujetos responsables, o si ella era previsible y debió haber sido prevista esta incapacidad de cumplir con las ordenes judiciales futuras. En este sentido parece pronunciarse nuestro Código Penal, al exigir en su artículo 10 Nº 12 que la omisión como eximente, se verifique cuando quien incurre en ella se halle impedido por causa legítima o insuperable. Pues bien, en estos casos, la causa de la omisión no ha sido insuperable, y la representación de la imposibilidad de cumplir con los requerimientos de interceptación y grabación excluye la imprudencia o culpa, configurándose un genuino dolo de primer grado. Lo anterior debido a que la dictación del nuevo Código Procesal Penal y su entrada en vigencia el año 2000 ha sido plenamente previsible por la asesoría legal y la gerencia de dichas empresas, debido a que el aumento de las necesidades de interceptación por la entrada en vigencia progresiva de la reforma también fue de conocimiento público y especializado, y debido a que, en definitiva, la omisión en procurarse de los medios técnicos o en hacer las inversiones necesarias para cumplir con la obligación legal de interceptar comunicaciones no merecen dudas en cuanto a su conciencia y voluntariedad, debiendo asumir las consecuencias jurídicas de estas decisiones, él o los responsables legales de esta actividad.

7) Imputación de la acción de diversos sujetos o división de la acción.

La descripción típica exige negativa o entorpecimiento a la práctica de la medida, lo que en organizaciones de personas de cierta complejidad, como lo son las empresas de telecomunicaciones, implica el delimitar claramente los ámbitos de funciones y responsabilidad en la ejecución de la interceptación. Es por lo anterior, que resulta necesario indagar y que la propia empresa defina quién o quienes serán los responsables de la interceptación, esto es, el jefe y el personal técnico encargado de realizarla, definiendo las tareas que le corresponde a cada uno para verificar el ámbito de sus responsabilidades y poder imputar responsabilidad penal a la omisión o tardanza inexcusable.

En otros términos, y sin perjuicio de que la ley asigne en forma genérica a las empresas el deber de otorgar las facilidades para la práctica de la medida, la responsabilidad penal debe radicarse en el o las personas que con su omisión o tardanza inexcusables impidan o entorpezcan la práctica de la interceptación. Dicha atribución significa una definición de las funciones y responsabilidades que competen a cada personas al interior de la empresa, para una vez constatada la omisión poder realizar la imputación de responsabilidad. Como es evidente, y por vía ejemplar, el gerente general cumplirá dando instrucciones a los técnicos, y los técnicos cumplirán a su turno, efectuando las conexiones o realizando las acciones necesarias, pero lo que no resulta admisible es que la responsabilidad se difumine en toda la organización, y definitiva siempre sea otro, todos o nadie quien deba practicar la medida.

8) Criterios de actuación.

A fin de configurar las exigencias de la descripción típica, se sugiere luego de haber obtenido la orden de interceptación y grabación, realizar lo siguiente:

a) Requerir por escrito a la persona responsable del tema en la empresa, la práctica de la interceptación;
b) Solicitar que se informe quiénes son los responsables de la práctica de la medida, con individualización de nombre y apellidos completos, y su función en la implementación de la interceptación, se supone que habrá a lo menos una persona de la plana ejecutiva y otra del personal técnico;
c) Señalar que la práctica de la diligencia debe realizarse de inmediato, ya que la dinámica delictiva exige que las escuchas se verifiquen en un plazo brevísimo. De otro modo, la diligencia se verá frustrada, ya que conforme a la experiencia, los imputados cambian periódicamente de teléfono, situación que ya ha ocurrido con anterioridad.
d) Solicitar que se informe de inmediato al Fiscal si la diligencia no puede ponerse en práctica dentro de las próximas 24 horas, explicando la persona responsable el o los fundamentos de ello;
e) Advertir que la negativa o entorpecimiento de la interceptación y grabación constituye el delito de desacato, de conformidad con el artículo 222 del Código Procesal Penal.

Finalmente, y luego de completada la información, deberá evaluarse si es procedente iniciar una investigación por el delito de desacato, teniendo presente que la ausencia de medios materiales o técnicos para la práctica de la diligencia no es una justificación suficiente que exima de responsabilidad penal, ya que ello únicamente eximirá de responsabilidad al personal técnico, pero no al mando gerencial que tuvo como obligación el proveer al personal de los medios materiales para poder realizar su actividad.

****

Esta materia está inserta dentro de los estudios realizados sobre obstrucción a la justicia, respecto de lo cual se han impartido diversas instrucciones, en especial, por los oficios 273 de 28 de Junio y 421 de 24 de Agosto, ambos del presente año.

Este oficio deberá ser estudiado por todos los fiscales, y los Fiscales Regionales enviar a la Fiscalía Nacional la información ya solicitada y las observaciones y dudas que sean pertinentes.

Saluda atentamente a UDS.,

GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

GPR/SMG/crz

OFICIO F.N. Nº 457 /[134]

ANT.: No hay.

MAT.: Comunica resolución Corte de Apelaciones revocando resolución de juez de garantía que decretó sobreseimiento temporal en audiencia de cautela de garantías.

ADJ.: Resolución Corte de Apelaciones de Concepción de 13 de septiembre de 2004 conociendo apelación del Ministerio Público en causa RUC Nº 0400037688-k.

SANTIAGO, septiembre 28 de 2004

DE : SR. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

A : SRES. FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS DEL PAÍS, ASESORES JURÍDICOS Y DIRECTORES DE UNIDADES ESPECIALIZADAS.

Mediante el presente oficio se pone en conocimiento la resolución de la Corte de Apelaciones de Concepción que revoca la del juez de garantía de la misma ciudad, en que decretaba el sobreseimiento temporal de la causa, en audiencia de cautela de garantías por considerar que el imputado, al padecer de una enfermedad terminal, no se encontraba en condiciones de ejercer adecuadamente los derechos y garantías que la ley le otorga.

I. ANTECEDENTES

Con ocasión de una causa seguida por los delitos de violación y abuso sexual en perjuicio de una menor de 12 años de edad, en la cual la investigación se encontraba cerrada, formulada la acusación y fijada la audiencia de preparación de juicio oral, el juez de garantía procedió a suspender de oficio la referida audiencia intermedia fijada para el día 18 de agosto del presente año, por resolución dictada el día 17 de agosto del mismo año, sin que se citara a audiencia alguna para abrir debate sobre la misma sino que adoptando dicha resolución por escrito. A continuación, procedió a citar a los intervinientes a una audiencia de cautela de garantías, de conformidad con lo señalado en el artículo 10 del Código Procesal Penal, la cual se llevó a cabo en el Hospital Regional de Concepción, lugar en que se encontraba el imputado a raíz de que padecía las enfermedades de cáncer y paraparesia, en estado avanzado.

En dicha audiencia de cautela de garantía el Tribunal, con la expresa oposición del Ministerio Público, decide sobreseer temporalmente la causa dejando sin efecto la medida cautelar de prisión preventiva dictada en el procedimiento, dando orden de libertad al imputado como consecuencia necesaria de la resolución adoptada al considerar que el estado de salud del imputado constituía el supuesto requerido por el artículo 10 del código del ramo para decretar el sobreseimiento temporal de la causa.

---

[134] NOTA DEL EDITOR: La sentencia que origina el OF FN N° 457, se encuentra publicada en el presente Boletín del Ministerio Público en la sección de Fallos de Cortes de Apelaciones, (página 112).

II. SÍNTESIS DE LAS ALEGACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público impugnó la referida resolución vía recurso de apelación sobre la base de los siguientes argumentos:

- El artículo 10 encuentra su fundamento en situaciones en que el imputado no pueda ejercer válidamente sus derechos sin que el impedimento llegue a constituir una enajenación mental propiamente tal, para cuyo caso la ley contempla un procedimiento particular.

- En el caso sublite, el imputado no sólo no padece ningún impedimento mental, sino que pudo hacer valer todos sus derechos en el curso de la investigación criminal que se extendió por el lapso de 5 meses. Todas las actuaciones en las que debieron ser salvaguardados sus derechos se realizaron con su conocimiento y plenamente informado por parte de su defensa.

- No procedía la suspensión de la Audiencia de Preparación de Juicio Oral, pues para su realización no es requisito de validez la presencia del imputado, como se desprende del art. 269. Los demás casos en los cuales puede suspenderse dicha audiencia se encuentran expresamente regulados en la ley, no siendo causales que digan relación con cautela de garantía alguna, como lo ha interpretado el Juez de Garantía en este caso.

- Los antecedentes fácticos que el Tribunal tuvo en consideración para sobreseer no son más que constataciones médicas que dan cuenta de enfermedades que el imputado ha tenido desde que se dio origen a este procedimiento, enfermedades que por su naturaleza son imposibles de proyectar en cuanto a su evolución y que hoy en día **no afectan sus facultades intelectuales o volitivas** ya que no dicen relación con ese ámbito de la salud.

III. RESOLUCIÓN CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN

La Corte de Apelaciones de Concepción estableció que el verdadero alcance del referido artículo 10 es de carácter restringido, teniendo aplicación sólo en caso de que el imputado se encuentre privado de razón o, por lo menos, cuando esté con sus facultades mentales notoriamente disminuidas, que lo incapaciten para recordar y relacionar hechos, con lo que queda impedido para defenderse adecuadamente. Niega, por tanto, un carácter amplio a la disposición, que faculte al juez de garantía para suspender el procedimiento y sobreseer cada vez que el imputado, por cualquier motivo, vea perturbado su derecho a defenderse, como en este caso en que se estimó como razón suficiente la enfermedad grave que afectaba al imputado.

Para arribar a tal conclusión, razona en el sentido de que esta disposición tuvo su origen en el Senado, durante el estudio de las medidas de seguridad que pueden aplicarse a los enajenados mentales. «En esa oportunidad se trajo a colación el caso de aquellas personas que, con posterioridad al hecho que se investiga vean debilitadas de tal manera sus aptitudes que, si bien pudiera ser dudoso que queden comprendidas dentro del concepto normativo de «enajenado mental», no se presenten en cambio mayores vacilaciones para concluir que no pueden acogerse en plenitud a la garantía de un racional y justo procedimiento que les asegura la Constitución Política ni las garantías judiciales que explicita en mayor medida la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en particular, los que configuran el derecho de defensa (Emilio Pfeffer Urquiaga: Código Procesal Penal, anotado y concordado, Editorial Jurídica de Chile, página 28).

Finalmente, la Corte señala que la interpretación amplia de la disposición, puede conducir a situaciones no deseadas, en que **se busque eludir el fallo de la justicia, invocando enfermedades que no alteran la**

capacidad intelectual del imputado. El hecho de que una persona sufra una enfermedad, aunque sea muy grave, no es razón para que quede al margen de la ley y de la justicia.

Esta resolución resulta de interés, pues existe un pronunciamiento de los tribunales de justicia en torno a la interpretación –de carácter restringida- que debe darse a la disposición contenida en el artículo 10 CPP, evitando la utilización indebida de cualquier situación que pueda afectar al imputado y redundar, en definitiva, en que éste eluda la acción de la justicia.

En atención a la importancia que la referida interpretación representa, ruego a UDS. distribuir este oficio a los fiscales adjuntos para su conocimiento, conjuntamente con la resolución en comento.

Asimismo, se estima del todo conveniente que este oficio y su jurisprudencia sea distribuido en copia tanto a los jueces de garantía, jueces del tribunal oral y Ministros de Cortes de Apelaciones, práctica que es usada ampliamente por la Defensoría Penal Pública respecto de sus publicaciones y jurisprudencia favorable que obtienen.

Saluda atentamente a UDS.,

GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

GPR/MEST/MHS