

Boletín del Ministerio Público

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

Anriette Silva Fierro

Secretaria

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

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

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

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

E-mail: ifuenzalida@minpublico.cl

Teléfono: 6909290

INDICE	Pág.
PROLOGO	7
I. FALLOS	9
Juzgados de Garantía	
Condena al acusado a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio y accesorias legales como autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación. Juzgado de Garantía de Loncoche , veinticinco de abril del año dos mil tres	11
Condena al acusado a la pena de medio Ingreso Mínimo por el delito de tenencia ilegal de arma de fuego, a la pena de medio Ingreso Mínimo por el delito de porte ilegal de arma de fuego, al comiso del revólver y los cartuchos y al pago de las costas de la causa. Juzgado de Garantía de Pucón , ocho de Mayo del dos mil tres.	16
Condena a los acusados a la pena de cien días de presidio menor en su grado mínimo, multa de 5 U.T.M. y costas de la causa como autor del delito de receptación. Juzgado de Garantía de Pucón , seis de Junio del dos mil tres.	19
Condena a los acusados a la pena de multa de dos U.T.M. como autores del delito de hurto, suma que incluye las costas de la causa. Juzgado de Garantía de Constitución , quince de enero de dos mil cuatro.-	22
Tribunal Oral en lo Penal	
Condena a los acusados a la pena de veinte años de presidio mayor en su grado máximo, accesorias legales y al pago de las costas de la causa como coautores del delito de robo con homicidio. Absuelve a la acusada como encubridora de este delito. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena , veintitrés de diciembre de dos mil tres.	27
Condena al acusado a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias legales, al pago de las costas de la causa y a la pérdida de la patria potestad y todos los derechos que la ley le confiere respecto de los bienes y persona de su hija como autor del delito de violación. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca , treinta y uno de diciembre de dos mil tres.	38
Condena a los acusados a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, al pago de una multa de 11 U.T.M., accesorias legales y al pago solidario de las costas de la causa como autores del delito de estafa. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó , doce de enero de dos mil cuatro.	45
Condena al acusado a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y accesorias legales como autor del delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación; a la pena de sesenta días de prisión en su grado máximo y accesorias legales como autor del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, y a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, multa de 40 U.T.M. y accesorias legales como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes. Es condenado, también, al pago de las costas de la causa. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena , tres de marzo de dos mil cuatro.	58

Corte de Apelaciones

- Acoge recurso de apelación interpuesto, declarando admisible la querrela por abusos sexuales presentada por el SENAME. **Corte de Apelaciones de Talca**, nueve de diciembre de dos mil tres. 71
- Acoge recurso de nulidad presentado por la Fiscalía, declarando la nulidad del fallo recurrido. **Corte de Apelaciones de Arica**, veintitrés de enero de dos mil cuatro. 74
- En voto dividido rechaza apelación contra la resolución que decretó el fin de la prisión preventiva. **Corte de Apelaciones de La Serena**, diecisiete de febrero de dos mil cuatro. 88
- Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la Defensa por una presunta aplicación errónea del derecho. **Corte de Apelaciones de Puerto Montt**, veintidós de marzo de dos mil cuatro. 91

Corte Suprema

- Rechaza recursos de nulidad interpuestos por las Defensas de los imputados alegando ilegalidad de la prueba. **Corte Suprema**, cinco de Junio de dos mil tres. 99
- Rechaza recurso de queja interpuesto por la Defensa. **Corte Suprema**, veintidós de diciembre de dos mil tres. 118
- Resuelve la cuestión de competencia, en voto dividido, estableciendo que el Tribunal competente para conocer del porte de armamento prohibido es el Juzgado Militar. **Corte Suprema**, veintidós de enero de dos mil cuatro. 122
- Determina que la competencia para el estudio de daños materiales de vehículos policiales es de la Justicia Militar. **Corte Suprema**, once de marzo de dos mil cuatro. 124
- Actuando de oficio en virtud de lo establecido en el artículo 541 del Código Orgánico de Tribunales, la Corte revoca resolución del Tribunal de Garantía. **Corte Suprema**, dieciocho de marzo de dos mil cuatro. dieciocho de marzo de dos mil cuatro. 126
- Resolviendo un conflicto de atribuciones entre un Juzgado de Garantía y la Fiscalía de la Décima Región, la Corte Suprema dispone transcribir al Fiscal Nacional su resolución. **Corte Suprema**, veinticuatro de marzo de dos mil cuatro. 129
- Acoge recurso de amparo presentado por el Ministerio Público, ordenando reponer la causa al estado de ejercer la Fiscalía el derecho que le confiere el artículo 248 del Código Procesal Penal. **Corte Suprema**, veinticinco de marzo de dos mil cuatro. 134

II. SENTENCIAS COMENTADAS

- Intervención Judicial en la Formalización de la Investigación. Actuación del Ministerio Público en delitos de acción pública previa instancia particular (RUC N° 0400037980).
Mónica Saavedra Guzmán 143
- Reserva Judicial de Identidad en delitos comunes. Fallo de recurso de nulidad en Caso RUC N° 0200070382-9
Diego Villa Vega 148

III. ARTÍCULOS

La Libertad de Información y la Reserva de Identidad de los Imputados. Informe en Derecho. Miguel Ángel Fernández	161
Control Judicial anterior a la Formalización de la Investigación (Art. 186 del Código Procesal Penal). Marta Herrera Seguel	189

IV. OFICIOS E INSTRUCCIONES

OFICIO FN. N° 83 Análisis de la Ley N° 19.906, que modifica la ley N° 18.314, sobre conductas terroristas, en orden a sancionar más eficazmente la financiación del terrorismo. Febrero, 25 de 2004.	209
---	-----

PROLOGO

Luego de un número de transición, el Boletín del Ministerio Público llega hasta sus lectores en un nuevo formato, que varía sus características gráficas, materializando de esta forma uno de los anunciados cambios en números anteriores. Pretendemos que esta publicación resulte más atractiva a sus destinatarios, facilite su lectura, y permita mejores condiciones de conservación, entre otros objetivos relevantes. Queremos que la gráfica del Boletín de cuenta de un instrumento dinámico y moderno, que se ocupa de recopilar y difundir los avances y logros de un nuevo sistema que participa de esas características.

Paralelamente, hemos seguido trabajando en la incorporación de contenidos actualizados, que permitan extender hacia la comunidad jurídica general el desarrollo jurisprudencial y doctrinario de los diversos institutos procesales en el contexto de la reforma. Hemos puesto un énfasis importante en destacar los fallos de los tribunales superiores de justicia que, transcurridos más de tres años desde la entrada en vigencia del nuevo proceso penal, se han pronunciado sobre un número importante de cuestiones jurídicas del sistema de enjuiciamiento, pero que también han abordado aspectos propios del derecho penal sustantivo, en cuya valoración se aprecian ciertos matices dados por la especial perspectiva que aporta esta manera diferente de conocer y juzgar los ilícitos penales. El presente Boletín incluye, entonces, siete fallos de la Corte Suprema, destacando cuatro de ellos dictados durante el mes de marzo recién pasado.

Como es costumbre, esperamos que los contenidos de este número del Boletín sea útil a sus receptores, agradecemos los comentarios, aportes y sugerencias recibidas y continuamos a disposición de ustedes para la difusión de los temas jurídicos de interés.

Fiscalía Nacional del Ministerio Público



I

Fallos

JUZGADOS DE GARANTÍA

- **Condena al acusado a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio y accesorias legales como autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación.**

Tribunal: Juzgado de Garantía de Loncoche.

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación. El acusado reconoció cada uno de los hechos, así como los antecedentes de la investigación, procediéndose conforme a las reglas del procedimiento abreviado. La Defensa solicitó el reconocimiento de las atenuantes del artículo 11 N° 6 y 9 del Código Penal, y por ende una rebaja de dos grados en la pena, así como el beneficio de la remisión condicional de la pena. Alegó, también, una vulneración de garantías porque el acusado fue detenido por la policía antes de haberse dictado la orden judicial respectiva, declarando ante éstos sin abogado asesor. El Tribunal señaló que esta última alegación debió ser hecha en la audiencia respectiva, aclarando, además, que se había procedido de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 85 del Código Procesal Penal. Agregó que declarar ante la presencia de funcionarios de carabineros no implica por sí misma una presión. Acogió las atenuantes alegadas en virtud de su extracto de filiación y por haber declarado aún antes de ser detenido, ayudando en el esclarecimiento de los hechos de manera sustancial por cuanto la restante prueba de cargo no era suficiente para una condena. Finalmente, rechazó la teoría de la Defensa de encontrarse tácitamente derogado el informe presentencial y aclaró que al momento de elaborarse el imputado contaba con asesoría jurídica, por lo que concurrió informado a la entrevista.

Texto completo:

LONCOCHE, veinticinco de abril del año dos mil tres
VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que ante el Juzgado de Garantía de Loncoche, se ha tramitado el presente juicio, RUC 0100042521-0, 676-2001, según las normas del procedimiento abreviado de los artículos 406 y siguientes del Código Procesal Penal. La intervención del Tribunal se inició con una solicitud de entrada y registro a la que el Tribunal no dio lugar, luego se solicitó la detención del acusado, el cual fue puesto a disposición del Tribunal para el control de la legalidad de la detención y posterior formalización de la investigación realizada por la Fiscalía Local de Loncoche. En dicha oportunidad, el Ministerio Público comunicó formalmente que realizaba una investigación respecto del imputado **CARLOS ALBERTO PINCHEIRA MARDONES**, chileno, 19 años de edad, RUN 15.252.597-4, soltero, pintor, domiciliado en calle Federico Errázuriz N°

0297 de la comuna de Loncoche, el cual no registra anotaciones pretéritas en su extracto de filiación y antecedentes. Desde las primeras diligencias realizadas en la causa el acusado ya individualizado fue asesorado y representado por Abogados de la Defensoría Penal Pública, en principio por don Charles de la Harpe Palma y posteriormente por don Alfredo Grandón Lagunas.

Víctima de los hechos de la causa es doña Eliana Julia Rudolff Schuller y don Roberto Ehrenfeld Finsterbusch, ambos domiciliados en calle Esmeralda N° 195 de la comuna de Loncoche, quienes no dedujeron querrela por los hechos de la causa.

SEGUNDO: Que la Fiscalía Local de Loncoche presentó acusación contra el imputado ya individualizado, el día de 20 de marzo de dos mil tres. En su presentación y como fundamento de la acusación, el Sr. Fiscal señaló los siguientes he-

chos: El día 09 de agosto de 2001, a las 22:30 horas aproximadamente, el acusado en compañía de dos menores de edad, procedió a saltar un cerco de dos metros de altura ubicado en la parte posterior de la propiedad ubicada en calle Esmeralda N° 195 de Loncoche, la cual se encontraba sin moradores. Una vez adentro de la casa procedió a sustraer un televisor marca Panasonic de 21 pulgadas, color negro y un horno microondas marca Daewoo. Posteriormente el acusado se llevó las especies a la casa de su hermana y las guardó en una especie de bodega existente en el lugar.

Por su parte, el acusado Carlos Alberto Pincheira Mardones, asesorado por su abogado defensor, reconoció expresa y claramente cada uno de los hechos previamente enunciados y los antecedentes de la investigación en que se fundan, en audiencia celebrada ante este Tribunal con fecha de 22 de abril del presente año, habiéndose comprobado por este Juez de Garantía, la ausencia de presiones dirigidas al imputado y su voluntad libre en el reconocimiento de los hechos referidos.

En la audiencia precitada, existiendo acuerdo de los intervinientes en orden a proceder según las normas del juicio abreviado y previa aprobación del Tribunal en tal sentido por cumplirse los requisitos que establece el artículo 410 del Código Procesal Penal; Sr. Fiscal solicitó la aplicación de una pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, en calidad de autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, contemplado en el artículo 440 N°1 del Código Penal.

Finalmente, el Sr. Fiscal señala que respecto de los hechos descritos precedentemente concurren las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, establecidas en el artículo 11 N°6 y 9 del Código Penal.

Por su parte, el Sr. Abogado defensor del acusado señaló que efectivamente concurren a favor del acusado las atenuantes contempladas en el artículo 11 N° 6 y 9 del Código Penal, por lo que pide atendido la entidad de ambas, se rebaje a lo menos en dos grados la pena inicialmente impuesta y, siendo así se proceda con el beneficio de la remisión condicional de la pena. En caso de no rebajarse en dos grados y al concurrir los requisitos del artículo 15 se le beneficie con la libertad vigilada.

TERCERO: Que el Tribunal da por probados los siguientes hechos, en virtud del reconocimiento de ellos por el imputado y de los antece-

denes de investigación presentados al Tribunal por la fiscalía, exhibidos oportunamente a la defensa: El día 09 de agosto de 2001, a las 22:30 horas aproximadamente, el acusado en compañía de dos menores de edad, procedió a saltar un cerco de dos metros de altura ubicado en la parte posterior de la propiedad ubicada en calle Esmeralda N° 195 de Loncoche, la cual se encontraba sin moradores. Una vez adentro de la casa procedió a sustraer un televisor marca Panasonic de 21 pulgadas, color negro y un horno microondas marca Daewoo. Posteriormente el acusado se llevó las especies a la casa de su hermana y las guardó en una bodega existente en el lugar. La existencia de este hecho y la participación del acusado en los términos expuestos se tienen por probados, además del reconocimiento del imputado, por los siguientes antecedentes:

a) Parte detenido N° 669, de fecha 10 de agosto de 2001, de la Sexta Comisaría de Carabineros de Loncoche, en el que se señala que el acusado fue detenido junto a otros dos individuos por la participación que le pudiera haber en el delito de robo cometido la noche anterior en el domicilio ubicado en Esmeralda N° 195 de Loncoche. Parte que contiene la declaración prestada voluntariamente ante personal aprehensor de Paola Pincheira Mardones y dos menores de edad.

b) Acta de Fuerza en las cosas, de fecha 10 de agosto de 2001, elaborada por personal policial que participó en el procedimiento, quienes describen detalladamente el cerco que sirve de medio de protección del inmueble, donde consta huellas de escalamiento y por donde ingresó el acusado al patio de la vivienda y luego a éste por una puerta que estaba abierta.

c) Acta de entrada y registro voluntario, de fecha 10 de agosto de 2001, firmado por Paola Pincheira Mardones, donde se encontraron las especies sustraídas.

d) Actas de incautación de especies, de fecha 10 de agosto de 2001 del mencionado inmueble.

e) Declaraciones prestadas ante el Ministerio Público consistentes en:

1.- Declaración de Paola Alejandra Pincheira Mardones de fecha 10 de agosto de 2001, quien reconoce que el día del hecho el acusado llegó hasta su casa con las especies.

2.- Declaración del propio acusado Carlos Alberto Pincheira Mardones, de fecha 10 de agosto de 2001, el cual reconoce la existencia del hecho ilícito y su participación a título de autor en el.

3.- Declaración de Marcelo Alexis Meza Meza de fecha 10 de agosto de 2001, quien da a conocer la fecha, lugar y modus operandi del ilícito.

4.- Declaración de Juan Carlos Pincheira Mardones con fecha 10 de agosto de 2001 relatando el hecho.

5.- Declaración de la víctima Roberto Ehrenfeld Finsterbusch, de fecha 13 de agosto de 2001, quien ante la Fiscalía Local señala que es dueño del inmueble robado y que el día 17 de mayo se fue junto a su familia a la ciudad de Antofagasta, ron a sin embargo, dejaron su domicilio encargado a unos vecinos.

Estas declaraciones se encuentran guardadas en la carpeta de antecedentes, los testimonios resultan altamente creíbles por ser concordante con el resto de los antecedentes de la investigación; por su claridad en la exposición de los hechos, que describen detalladamente en concordancia con los términos de la acusación.

f) Acta de reconocimiento de especies por parte de la víctima, consistentes en un televisor y un microondas.

g) Set fotográfico de las especies muebles sustraídas por el acusado desde la casa habitación de la víctima, el día 09 de agosto de 2001.

h) Set fotográfico del inmueble y del muro por donde escaló el acusado para ingresar.

i) Registro de actuaciones policiales e informe pericial elaborado por la Policía de Investigaciones de Chile el que detalle el modo de operación de los autores del ilícito y que no fue posible ubicar huellas útiles a la investigación.

QUINTO: Que los antecedentes previamente descritos son precisos y concordantes en cuanto cada ellos de ellos permiten establecer con certeza la efectividad de que un sujeto vía escalamiento, ingresó saltando un cerco de la parte posterior de un inmueble que se encontraba sin moradores y con ánimo de lucro sustrajo especies muebles, para posteriormente llevarlas a la casa de su hermana y las guardó en una bodega.

SEXTO: Que los hechos así descritos son constitutivos del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, contemplado en el artículo 440 N°1 del Código Penal.

Para encontrarnos dentro del concepto de robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación, debe concurrir algunas de las circunstancias numeradas en el artículo 440 del Código Penal. En la especie, la conducta descrita se en-

cuentra satisfecha por la hipótesis reseñada en la letra a) del mencionado artículo, "con escalamiento", lo que significa preparar para superar reparos de altura. En efecto, el término usado por el legislador de "fuerza en las cosas" requiere que se emplee cierta energía para vencer una especial protección, que en el caso presente está dado por el muro la que tiene aptitud de resguardo, máxime cuando quedó acreditado en los antecedentes que éste tiene una altura superior a 2 metros.

SEPTIMO: Que a juicio de la Fiscalía concurre como circunstancia atenuante de responsabilidad el haber tenido irreprochable conducta anterior acreditada por su extracto de filiación libre de anotaciones pretéritas anteriores.

Asimismo, la que se establece en el artículo 11 N°9 del Código Penal, toda vez, que consta de los antecedentes que el acusado ha prestado colaboración sustancial con el esclarecimiento de los hechos.

OCTAVO: Que la defensa no controvierte el hecho punible ni la participación de su representado, sin embargo, con el fin de consignar señala que la detención del acusado si bien fue por orden judicial que se llevó a efecto a las 16:00 horas, previamente y desde las 13:30 horas- hora en que presta declaración ante Carabineros_ ya se encontraba detenido, pues a su juicio no resulta posible un control de identidad cuando ya estaba plenamente identificado. Asimismo, señala que la declaración del acusado ante Carabineros y luego Fiscalía, no fue prestada ante un abogado defensor, por lo que se han vulnerado lo dispuesto en el artículo 7 inciso 2, 93 y 194 y 195 del Código Procesal Penal, por lo que le resta valor a tales declaraciones.

Agrega que a su juicio corresponderían las 2 atenuantes esgrimidas por la Fiscalía, y atendido que las especies fueron recuperadas prontamente por las víctimas, y de conformidad al artículo 67 y 69 del Código Penal el Tribunal podría facultativamente rebajar la pena en dos grados, por lo que sería beneficiario de la remisión condicional de la pena establecida en el artículo 4 de la Ley 18.216.

En el caso de no ser acogida la rebaja en dos grados solicita la libertad vigilada, pues a juicio de la defensa concurrirían los requisitos, toda vez, que el artículo 66 de la Ley 19.806 modificatoria del Código Procesal Penal señaló que a partir de la fecha de entrada en vigencia de ésta ley, se dero-

gan todas las normas procesales penales incompatibles con la Constitución y el Código Procesal Penal, por lo que atentando el artículo 15 de la ley 18.216 a garantías fundamentales éste se entendería derogada. Asimismo, discurre que el informe presentencial elaborado por funcionarios de Gendarmería Chile no es vinculante para el Tribunal y atenta contra las normas del artículo 303 del Código Procesal Penal, toda vez, que deben ser advertidos los imputados por parte de los profesionales que realizan los informe que no son de su confianza y pueden declarar en su contra en juicio, asimismo, no se advierte de su derecho a guardar silencio. Todas estas infracciones sirve de base para estimar derogada la necesidad de contar de informes de libertad vigilada. Señala que los antecedentes que deben ser tendidos en vista para aplicar la libertad vigilada son los antecedentes anteriores y posteriores del acusado, y en la especie, goza de irreprochable conducta anterior y posteriormente al hecho punible no ha sido objeto de nuevas formalizaciones.

NOVENO: Que respecto de la alegación formulada por al defensa en el sentido que el acusado fue detenido por personal de Carabineros antes de proceder a la detención por orden de éste Tribunal, cumple señalar que no corresponde después de casi año y medio después de ocurridos los hechos alegarlo, pues ello debió haber sido formulado en la audiencia de control de la detención o cuando llegase a conocimiento de la Defensa; además, según el artículo 85 del Código Procesal Penal se permite a la policía a proceder a control de la identidad cuando existieren indicios de la participación en un delito el que nunca ha de exceder de 6 horas, cuestión que en la especie no ha ocurrido.

Con relación a que se violó garantías básicas, cuales son a su juicio, que debe contar con abogado defensor desde las primeras actuaciones del procedimiento, y haberse tomado declaración ante personal de Carabineros, lo implica necesariamente presión o coacción para obtener determinada confesión. Al respecto cumple señalar que a juicio de éste tribunal, la presión o coacción alegada no resulta acreditada, pues no basta la sola presencia de carabineros para presumir que una persona pueda ver vulnerada su voluntad en tal grado para autoincriminarse en la comisión de un ilícito, razón para estimar válida y ausente de vicios la declaración prestada por el acusado.

DECIMO: Que efectivamente favorece al acusado la circunstancia modificatoria de responsabilidad establecida en el artículo 11 N°6 del Código Penal, toda vez, que consta en el extracto de filiación que el acusado no tiene anotaciones prontuariales anteriores al hecho punible de autos.

UNDECIMO: Que con relación a que lo beneficia lo establecido en el numeral 9 del artículo 11 del Código Penal, conforme a lo cual constituye atenuante haber prestado colaboración sustancial que haya permitido el esclarecimiento de los hechos. En efecto, consta que el acusado presta declaración voluntaria ante Carabineros aun antes de ser detenido y luego ante Fiscalía, renunciando a su derecho a no autoincriminación, lo que evidencia subjetivamente una colaboración de contribuir en la investigación brindando los elementos necesarios que permitieron concluir prontamente con ésta. Al respecto para dar por configurada la atenuante mencionada, debemos entender que sin la colaboración del imputado por vía de la confesión u aporte otro antecedentes probatorios, necesariamente calificados, la persecución penal habría sido imposible o altamente dificultosa.

Efectivamente la declaración oportuna, veraz y efectiva, en la que reconoce el hecho ilícito y su participación, es sustancial, pues sin ella no podríamos sostener con tal convicción ambos hechos y los supuestos del delito de robo en que nos encontramos. Como se ve, la colaboración del acusado aportó elementos variados, convincentes y abundantes a la determinación fáctica de la investigación fiscal y del tribunal, pues no se hubiese llegado a tal conclusión sin sus declaraciones, pues analizadas las demás probanzas agregadas a éste juicio, cabe concluir que excluida dicha colaboración, sin lugar a dudas el resultado de la persecución hubiera sido distinto y, acaso nos encontraríamos en una hipótesis de receptación de especies. Los antecedentes investigativos y la prueba de cargo no era diversa, abundante y suficiente para que por si solos superar el estandar probatorio requerido para arribar a la certeza condenatoria por el delito que acusó Fiscalía.

De ésta forma, se cumple, entonces, con los presupuestos legales necesarios para considerar concurrente esta atenuante y la razón de la misma.

DECIMO SEGUNDO: Que respecto de lo señalado por el abogado defensor en el sentido que se entiende derogada la norma que establece

como requisito para otorgar el beneficio de la libertad vigilada el informe elaborado por Gendarmería de Chile por violarse normas básicas del Código Procesal penal, a juicio de éste tribunal, el informe pericial o documento en el escriturado, no puede ser objeto de tal objeción, pues respecto de tal diligencia no se obliga al imputado a participar, y si ella se practica en una etapa de la investigación en la que cuenta con abogado defensor que debe asesorarlo respecto de lo que debe hacer, si pese a ello concurre a la entrevista respectiva y habla de su participación en los hechos por los que se le acusa, se estima que hay una renuncia libre e informada del derecho a guardar silencio.

DECIMO TERCERO: Que entonces concurriendo 2 circunstancias atenuantes, y siendo el delito en grado consumado, y considerando la entidad de las circunstancias atenuantes esgrimidas, el hecho que las especies fueron recuperadas y, sobre todo considerando la conducta anterior y posterior del acusado al hecho punible que se evidencia con la colaboración prestada por el acusado al prestar declaración voluntaria aún antes de la detención judicial y formalización, que implica a juicio de este tribunal una adecuación al derecho y un conocimiento de lo ilícito y sancionable de su actuar, este Tribunal en uso de sus facultades procederá a la rebaja en dos grados a la pena inicialmente impuesta, pudiendo para aplicarla recorrer toda la extensión.

De ésta forma y concurriendo en la especie los requisitos del artículo 4 de la ley 18.216 corresponde ser beneficiado el sentenciado con el beneficio de la remisión condicional de la pena.

Y teniendo presente lo dispuesto por los

artículos N° 1, 5, 11 N° 6 y 9, 15 Nro. 1, 18, 30, 51, 68, 69, 432, 442 N° 1 del Código Penal; 45, 47, 343, 344, 351, 406, 412, 413 y 415 del Código Procesal Penal; Ley 18.216 se declara:

I.- Que se condena a **CARLOS ALBERTO PINCHEIRA MARDONES**, ya individualizado, a tres años de presidio menor en su grado medio, accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, en su calidad de autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación cometido el día 09 de agosto de 2001, en perjuicio de Eliana Julia Rudloff Schuller y Roberto Ehrenfeld Finsterbusch

II.- Que cumpliéndose los requisitos del artículo 4 de la Ley 18.216 se concede al sentenciado el beneficio de la remisión condicional de la pena, debiendo quedar sujeto a la vigilancia de la Autoridad Administrativa pertinente durante todo el tiempo de la condena, y cumplir los demás requisitos legales.

En el evento de ser revocado el beneficio antes impuesto, deberá cumplir la pena efectivamente impuesta, sirviéndole de abono los días que permaneció privado de libertad en ésta causa, esto es, del 10 de agosto de 2001 hasta el 13 del mismo mes y año.

III.- Que no se condena en costas al sentenciado por haber sido patrocinado por La Defensoría Penal Pública.

Regístrese, notifíquese y archívese si no se apelare.

RUC 0100042521-0; RIT 676-2001.

DICTADA POR DOÑA VERÓNICA HERRERA OCARES. JUEZ TITULAR

- **Condena al acusado a la pena de medio Ingreso Mínimo por el delito de tenencia ilegal de arma de fuego, a la pena de medio Ingreso Mínimo por el delito de porte ilegal de arma de fuego, al comiso del revólver y los cartuchos y al pago de las costas de la causa.**

Tribunal: Juzgado de Garantía de Pucón.

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor de los delitos de porte y tenencia ilegal de arma de fuego. El acusado aceptó los hechos materia de la acusación. La Defensa solicitó el sobreseimiento atendido que el arma no estaba destinada a alterar el orden público. En subsidio alegó que se trataba de un solo delito, pues la figura de la posesión quedaría subsumida en el porte. El Tribunal rechazó las alegaciones de la defensa declarando que se trata de figuras penales distintas, tanto así que el porte de arma de fuego requiere una autorización distinta y especial respecto de la tenencia de ésta. Atendido que no se acreditó que el fin del arma haya sido alterar el orden público, atacar a la policía o las FFAA, o para otro delito, condenó sólo a una pena pecuniaria, rechazando la solicitud de absolución porque el acusado pretendió cruzar la frontera sin declarar el arma.

Texto completo:

Pucón, ocho de Mayo del dos mil tres.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que ante este Juzgado de Letras y Garantía de Pucón el Fiscal del Ministerio Público de Villarrica señor Francisco Ljubicic Romero, ha deducido acusación en contra de **EDGARDO ALONSO BASTIAS ABELLO**, chileno, natural de Huepil, director de radiodifusora, 35 años, soltero, sin apodos con domicilio en Callejon Bello N° 461, San Martín de los Andes, Argentina, sin antecedentes, Cédula Nacional de Identidad N° 9.981.738-0. La acusación por los delitos de porte y tenencia ilegal de arma de fuego la funda en los hechos ocurridos el día 9 de diciembre del año 2002, día en que el acusado cruzaba la frontera por el Complejo Fronterizo Puesto, ingresando en un vehículo particular, el que al ser revisado de acuerdo a la disposiciones generales de Aduanas fue encontrado en su interior, bajo el asiento del conductor, un revólver calibre 32 corto, sin marca, serie N° 23357, con la cantidad de 4 cartuchos sin percutar y un cartucho percutado. De esta arma y su munición no se hizo declaración previa de porte.

Lo anterior a juicio del Fiscal, tipifica el delito de porte ilegal de armas y e tenencia ilegal de armas contemplados en los artículo 9 y 11 de la Ley sobre Control de Armas, pidiendo una pena de 61 días de .presidio menor en su grado mínimo respecto de cada uno de los ilícitos así como también pide el

comiso del arma y los cartuchos incautados y la condena en costas.

SEGUNDO: Que el acusado en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación en que ella se funda, los aceptó expresamente y estuvo de acuerdo en la aplicación de este procedimiento de lo que el Tribunal se cercioró al formularle las interrogante que establece el artículo 409 del Código Procesal Penal.

TERCERO: Que la defensa del acusado, pidió se le sobresea, puesto que el arma no estaba destinada a alterar el orden público y por cantar su representado con antecedentes de honorabilidad de distintos organismos de la ciudad de San Martín de los Andes, corresponde su absolución (sic). En subsidio de lo anterior pide que la multa que se le aplique lo sea en su mínimo. Señala por último que en caso de ser condenado, se entiende existir sólo un delito, pues la posesión queda comprendida en la tenencia, por el principio de la especialidad. Así no acoger esta tesis significaría vulnerar el principio Non bis in idem, Por último en caso de imponérsele alguna pena privativa de libertad se le otorgue el beneficio de la remisión condicional de la pena.

CUARTO: Que los hechos que se han tenido por probados en este procedimiento, son los siguientes:

a) Que la tarde del día 9 de diciembre del año 2002,

el acusado ingresó al país en un vehículo particular por el paso fronterizo Puesco.

b) Que revisado el interior de su vehículo, según las disposiciones generales de la aduana, fue encontrado en el interior, debajo del asiento del conductor, un arma de fuego que corresponde a un revólver, calibre 32 corto, sin marca, serie N° 23357, con 4 cartuchos sin percutar y 1 cartucho percutado.

c) Que el acusado no cuenta con los permisos establecidos en los artículos 4 y 6 respecto del porte y tenencia de armas, que establece la referida ley y que tampoco hizo declaración respecto al ingreso del arma al cruzar la frontera.

d) Que se trata efectivamente de un arma de fuego, específicamente de un revólver, en normal estado de funcionamiento mecánico y apto para el disparo.

e) Que el coronel de carabineros Luis Ricardo Torres Muñoz, prefecto de la Prefectura de Carabineros de Cautín, formuló requerimiento en los términos del artículo 19 de la Ley 17.796.

QUINTO: Que los hechos antes descritos son constitutivos de los delitos previstos y sancionados en el artículo 9 y 11 de la Ley 17.798, en efecto, ha quedado fehacientemente establecido por los antecedentes en que el Ministerio Público fundó su acusación, que el acusado, sin las autorizaciones correspondientes, poseía y portaba un arma de fuego así como cartuchos sin percutar que corresponden a la misma arma. Respecto al arma de fuego, también ha quedado acreditado por las pruebas periciales, que constan en la carpeta de documentos, que se trata efectivamente de un revólver marca Tanke, calibre 32 largo, serie N° 23357, con todos sus mecanismos funcionando y por ende en disposición de ser utilizada.

SEXTO: Que los hechos que se han tenido por acreditados en base a las pruebas que se adjuntaron y que fueron aceptadas por el acusado Bastías permiten establecer su participación culpable en los ilícitos citados, en calidad de autor.

SÉPTIMO: Que la tesis planteada por la defensa en base a existir sólo un delito, por subsumirse la posesión en el porte, sería entendible en la medida que los tipos penales no contemplaran la existencia de permisos distintos para cada una de las situaciones que contempla la ley, vale decir, la posesión y para el porte de arma a fuego se requiere de autorizaciones distintas y especiales.

Así las cosas no podrá acogerse la tesis de la defensa por no resultar aplicable un concurso aparente

de leyes, sino que se trata de dos tipos penales distintos que sancionan, conductas diferentes.

En todo caso, cabe recalcar que se advierte una deficiente técnica legislativa en la normativa en comento, por resultar confuso que el artículo 11 que sanciona el porte ilegal de arma de fuego, en su inciso segundo aluda a «posesión o porte» como si fueran términos sinónimos, en circunstancias que es una norma, distinta la que sanciona la posesión en forma independiente como ya se ha fundamentado.

OCTAVO: Que no existen antecedentes en la investigación en orden a acreditar que el porte y la posesión del arma de fuego y de los cartuchos hayan estado destinados a alterar el orden público, atacar a las Fuerzas Armadas o a las de Orden y Seguridad Pública o a perpetrar otro delito, por ello cabe dar acogida a la solicitud de la defensa de aplicar una sanción pecuniaria y no privativa de libertad. Sumando a lo anterior, el hecho de existir antecedentes que acreditan la conducta anterior irreprochable del acusado se aplicará una pena de multa en los términos establecidos en los artículos 9 inciso segundo parte final y 11 inciso segundo parte final, como se dirá en lo resolutivo de la sentencia.

NOVENO: Que si bien las normas precedentemente citadas establecen la facultad de absolver inclusive al acusado, petición que ha formulado la defensa, se entiende que dicha hipótesis se plantea para situaciones excepcionales en que los antecedentes personales del imputado lo justifiquen, y en este caso particular obra en su contra la omisión en que incurrió en el Paso Fronterizo de hacer declaración del arma, no siendo atendible el olvido al que aludió en su intervención final.

DECIMO: Que así las cosas, como se expresó, constando que el porte y tenencia ilegal de armas no estaban destinados ni a alterar el orden público ni atacar las fuerzas armadas o a las de orden o seguridad pública ni a perpetrar otros delitos, ejercerá el Tribunal la facultad de aplicar únicamente la pena de multa, según ya se ha esbozado.

Por estas consideraciones y teniendo además, presente lo establecido en los artículos 1°, 3°, 11 N° 6, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 24, 29, 50 y 70 del Código Penal; 47, 297, 406, 407, 409, 410, 411, 412, 413 del Código Procesal Penal; y artículos 2, 4, 6, 9, 11 y 15 de La Ley sobre Control de armas se declara: I Que se CONDENA a EDGARDO ALONSO BASTIAS ABELLO, ya individualizado, como autor del delito de tenencia ilegal de arma de fuego y del delito de porte ilegal de arma de fuego, cometidos

el día 9 de diciembre del año 2002, en la comuna de Curarrehue, correspondiente a la Jurisdicción de este Tribunal, a la pena de medio Ingreso Mínimo por cada uno de los ilícitos cometidos. Al comiso del revólver, marca Tanke, calibre 32 largo, serie N° 23357 y de 2 cartuchos del mismo calibre, sin percutar, así como al pago de las costas de la presente causa.

Para los efectos de dar cumplimiento al comiso pre-

viamente decretado, ofíciase a la Guarnición Militar de Temuco, a fin que se constituyan en el Tribunal a retirar el arma y las municiones referidas.

Regístrese y archívese si no se le apelare.

RIT N° 1673

Dictada por doña Marcela Robles Sanguinetti, Juez Titular del Juzgado de Letras y Garantías de Pucón.

- **Condena a los acusados a la pena de cien días de presidio menor en su grado mínimo, multa de 5 U.T.M. y costas de la causa como autor del delito de receptación.**

Tribunal: Juzgado de Garantía de Pucón.

Resumen:

La Fiscalía acusó a los imputados como autores del delito de receptación, admitiendo los acusados responsabilidad en los hechos. La Defensa solicitó una pena única de multa en aplicación del artículo 395 del Código Procesal Penal, solicitud que el Tribunal rechazó argumentando que se trataba de un simple delito con una pena mayor. Aplicar sólo una multa implicaría transgredir el artículo 50 del Código Penal y darle a la norma del Código Procesal Penal un carácter sustantivo. Atendidas las circunstancias económicas de uno de los inculpados, hecho público y notorio, rebajó la pena pecuniaria.

Texto completo:

Pucón, seis de Junio del dos mil tres.

VISTOS:

1° Que ante este Juzgado de Letras y Garantía de Pucón, presidido por la Juez Titular' doña Marcela Alejandra Robles Sanguinetti, con la asistencia del Ministerio Público representado por el fiscal de Villarrica don **Francisco Ljubic Romero**, domiciliado en O'Higgins 125 de esta ciudad, de los imputados **César Osvaldo Gatica Krauser**, chileno, natural de Pucón, 28 años de edad, casado, constructor, rol único nacional N° 13.608.745-2, domiciliado en Fresia esquina Perú N° 229 de Pucón, sin antecedentes; y **Eladio Norambuena Olate**, chileno, natural de Pucón, 18 años de edad, soltero, obrero, rol único nacional N° 15.554.002-8, domiciliado en Perú número 260 de Pucón, alias «Garrincha», asistidos por su defensor, el abogado de la Defensoría Penal Pública don **Carlos Mora Jano**, domiciliada en Ansorena N° 260 de Pucón, se llevó a efecto el presente juicio oral en procedimiento simplificado por el delito de receptación.

2° Que el fiscal requirió a los imputados porque el día 20 de Junio del 2002 el requerido Gatica fue sorprendido por personal policial teniendo en su poder una radio cassette digital marca samsung color negro, serie 13UBAO1116 y un cable alargador de corriente color negro, las que entregó voluntariamente a la policía. Posteriormente el día 24 de julio portaba una cámara fotográfica marca Nikon, modelo N-4004 AF, lente 24 por 70 milímetros. Especie reconocida por su dueño, quien había denunciado su sustracción desde su domicilio. Todas las especies las había comprado al requerido Norambuena. Olate,

A su vez el requerido Norambuena, hizo entrega de diversas especies provenientes de un delito de sustracción que afectó al Vivero Rayen Mapu, ubicado en Kilómetro 4,5 de camino Internacional Pasaje Vega, que corresponden a un cepillo de automóvil, dos aspersores con dos brazos sobre su base con conector rápido, una boquilla para manguera, dos pistolas de plástico, un conector de grifo de y un aqueset para lavado de vehículo, todos marca Lego, un Body Board color lila, un aspersor de agua con conector de grifo marca Rain Bird y un teléfono fijo marca Alerce CTC Chile.

3° Que los imputados admitieron responsabilidad en los hechos, contenidos en el requerimiento, habiéndoseles advertido previamente respecto de los hechos que les asisten y de las consecuencias de su decisión.

4° Que los hechos relacionados tipifican el delito de receptación, previsto y sancionado en el artículo 456 Bis A del Código Penal. En efecto, siendo el verbo rector de la figura «tener las cosas en su poder», vale decir poseer especies que provengan de delitos de hurto o robo, se cumple con la norma al haber sido sorprendidos ambos requeridos manteniendo en su poder especies que previamente habían sido denunciadas como sustraídas. Incluso más respecto del conocimiento del origen de las cosas, que es un requisito del tipo, también se cumple por parte de ambos requeridos. Es así como el requerido Gatica, al comprar las especies del requerido Norambuena, que es una persona sin oficio y de escasísimos recursos, no pudo sino darse cuenta del origen ilícito de los mismos, ya que no había explicación lógica que llevara a concluir

que aquel que se las vendió las tenía en su poder por haberlas comprado en algún negocio establecido.

Respecto de Eladio Norambuena, el conocimiento que tuvo del origen de las especies, es evidente por el número de especies que le fueron encontradas en su poder y por la especial naturaleza de las mismas.

5° Que la pena del delito de receptación es una pena compuesta, de una primitiva de libertad que consiste en dos grados de una divisible y de una pecuniaria.

Considerando que respecto del imputado Gatica no concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, podrá recorrerse la pena en toda su extensión al momento de determinar su aplicación; así teniendo presente que las especies que le fueron encontradas fueron tasadas en \$80.000.- y» que provenían de delitos de hurto y robo, esta se aplicara en la forma solicitada por el Ministerio Público.

Aunque respecto de la multa se accederá a la facilidad de pago en dos parcialidades planteada por la defensa.

Que respecto del requerido Norambuena, concurre la atenuante de su irreprochable conducta anterior y no concurren agravantes, por lo que la pena no podrá aplicarse en su maximum, en ese entendido y atendiendo a la tasación de las especies receptadas, que asciende a \$200.000 y el origen de las mismas se aplicará la pena privativa de libertad en su mínimo.

En cuanto a la pena pecuniaria, haciendo uso de la facultad contenida en el artículo 70 del Código Pena considerando el caudal o facultades del requerido Norambuena, que es un hecho público y notorio que se trata de un indigente, que cuida automóviles y pide limosnas, lo que constituye su fuente de ingresos no teniendo tampoco un grupo familiar que lo apoye, es que se considera estar en presencia de un caso calificado que motiva a rebajar la pena pecuniaria a una cantidad inferior al monto señalado en la ley, a modo de no hacer ilusorio el cumplimiento de la sentencia, fijándola en la suma de una unidad tributaria mensual tal.

6° Que la solicitud planteada por la defensa en aras a la condena con una pena única de multa para ambos requeridos, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 395 del Código Procesal Penal no resulta entendible por tratarse de un simple delito que la ley penal tipifica y sanciona con una pena mayor.

En efecto, dar cabida a la tesis de la defensa significa transgredir el tenor de lo dispuesto en el artículo 50 del Código Penal, en cuanto a que a los autores de delito se les impondrá la pena que para éste se hallare señalada en la ley.

No puede entenderse que la aceptación de responsabilidad en los hechos modifica la ley penal sustantiva pues ello implica darle carácter sustantivo a una norma que no lo tiene, por ser de carácter adjetivo.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 1, 11 N° 6, 14 N° 1, 15 N° 1, 24, 30, 40, 47, 50, 60, 62, 68, 69, 70, 456 Bis A del Código Penal; 1°, 295, 296, 297, 342, 388, 389, 390, 395 del Código Procesal Penal; se declara:

I. Que se CONDENA a CESAR OSVALDO GATICA KRAUSER, ya individualizado, como AUTOR del delito de RECEPCION, cometido el 20 de junio y 24 de julio del 2002, en esta comuna; a la pena de CIENTO DÍAS de presidio menor en su grado mínimo y MULTA de CINCO UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES, y al pago de las costas de la causa. La multa la podrá pagar parceladamente, en dos cuotas de una unidad tributaria mensual, con vencimiento el día 30 de junio y 31 de julio, bajo el apercibimiento del artículo 70 del Código Penal. Si el sentenciado no pagare la multa impuesta, sufrirá por vía de sustitución y apremio un día de prisión por cada quinto de unidad tributaria, mensual a que haya sido condenado, no pudiendo exceder de seis meses.

II. Que reuniéndose los requisitos del artículo 8° de la Ley N° 18.120, se beneficiará al condenado con la medida de reclusión nocturna por un lapso igual al de la pena, computándose una noche por cada día de privación de libertad. Debiendo presentarse al centro de detención Preventiva de Villarrica u otro que procediere, a las 22 horas del día siguiente en que quede ejecutoriado este fallo. La pena empezará a contársele desde que se presente o sea habido, sin abonos, por no haber estado privado de libertad por esta causa.

III. Que se CONDENA a ELADIO NORAMBUENA OLATE, ya individualizado, como AUTOR del delito de RECEPCION, cometidos en días indeterminados de junio y julio del 2002, en esta comuna; a la pena de SESENTA Y UN DÍAS de presidio menor en su grado mínimo y MULTA de UNA UNIDAD TRIBUTARIA MENSUAL y al pago de las costas de la causa.

La multa la podrá pagar parceladamente, en dos cuotas de media unidad tributaria mensual, con vencimiento el día 30 de junio y 31 de julio, bajo el apercibimiento del artículo 70 del Código Penal.

Si el sentenciado no pagare la multa impuesta sufrirá por vía de sustitución y apremio un día de prisión por cada quinto de unidad tributaria mensual a que haya sido condenado, no pudiendo exceder de seis meses.

IV. Que por reunir el sentenciado los requisitos del artículo 4 de la Ley N° 18.216, se le remite condicionalmente la pena corporal impuesta, debiendo quedar sujeto al control administrativo

de la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile, por el lapso de un año y cumplir las exigencias del artículo 5 de la referida ley.

En el evento que se le revocare el beneficio o le fuere dejado sin efecto, cumplirá la pena íntegra y efectivamente y se le contará desde que se presente o sea habido, sin abono alguno porque no estuvo privado de libertad en el curso del proceso.

Regístrese y notifíquese.

RUC N° 020007549-1 y RIT. N° 0200090465-4.

Dictada por doña MARCELA ALEJANDRA ROBLES SANGUINETTI, Juez Titular del Juzgado de Letras y Garantía de Pucón.

- **Condena a los acusados a la pena de multa de dos U.T.M. como autores del delito de hurto, suma que incluye las costas de la causa.**

Tribunal: Juzgado de Garantía de Constitución.

Resumen:

Los imputados fueron detenidos luego de un procedimiento de control de identidad por encontrarse con una orden de detención pendiente. En la audiencia de control de detención correspondiente, la Defensa solicitó se declarara la nulidad del control de identidad, así como la ilegalidad de la detención, atendido que la primera no se habría ajustado a lo dispuesto en el artículo 85 del Código Procesal Penal, y que la segunda excedió el plazo de 24 horas. El Tribunal rechazó el incidente de nulidad, señalando que el mentado artículo 85 ejemplifica planteando situaciones que ameritan un control de identidad, sin que sea una enumeración, y en el caso en cuestión el procedimiento policial cumplió con los requisitos legales de la norma por cuanto ésta había sido alertada por la presencia de dos personas sospechosas. Respecto de la ilegalidad de la detención, declaró que se había transgredido el artículo 131 del Código Procesal Penal y por tanto que la detención se practicó en forma ilegal. Resueltos los incidentes dictó condena en procedimiento simplificado por el delito de hurto.

Texto completo:

AUDIENCIA DE CONTROL DE DETENCIÓN Y JUICIO SIMPLIFICADO

En Constitución, a quince de enero de dos mil cuatro, siendo las 11:16 horas, ante este Juzgado de Garantía, presidido por el Juez Titular, Sr. **GONZALO FIGUEROA EDWARDS**, se da inicio a la audiencia, con la asistencia del Fiscal, don José Luis González Araya; el Defensor Penal Público, don Alfredo Grandón Lagunas; e

IMPUTADO 1: Karen Soraya Salinas Venegas, domiciliada en calle 10 oriente 3 y 4 sur N°867, Talca.

IMPUTADO 2: Dany Antony Álvarez Lagos, domiciliado en calle 10 oriente 3 y 4 sur N°867, Talca.

Los imputados confieren patrocinio y poder al Defensor.-

TRIBUNAL:

TÉNGASE PRESENTE patrocinio y poder conferido.-

El Ministerio Público, señala que los imputados, fueron sorprendidos en horas de la madrugada de ayer, por personal de Carabineros de Chile, en la vía pública de Copiapó, en el sector del Terminal de Buses, les efectuó un control de identidad, los imputados andaban sin su documentación, corroboraron la identidad de ellos, se percataron

de que tenían orden de detención pendiente del Juzgado de Garantía de Constitución, ambos, y que además, Karen Salinas, tiene una orden de detención pendiente del Juzgado de Garantía de Arica. Se comunicaron con la Fiscal de turno, en la ciudad de Copiapó, quien dispuso que se cumpliera la orden de detención y que se comunicaran con el Juzgado de Garantía de esta ciudad. Esto ocurrió ayer en horas de la mañana. Se enviaron vía fax las órdenes de detención.

El Tribunal pregunta a los detenidos si les informaron que tenían una orden de detención pendiente y si les informaron sus derechos.

Los detenidos contestan afirmativamente.

El Tribunal consulta si saben por qué están detenidos.

Los detenidos señalan que no lo tiene claro.

El Tribunal les informa que la orden de detención está pendiente por un eventual delito de hurto simple que habrían cometido en la ciudad de Constitución.

El Tribunal consulta si tienen alguna queja que formular.

El detenido Dany Antony Álvarez Lagos, señala que el trato no fue bueno, puesto que lo tuvieron en un calabozo, sin polera, durante horas, las esposas bien apretadas, les dieron de comer en

la tarde y la detención se practicó en la madrugada. Señala que lo golpearon y que no lo llevaron a un centro médico.

La detenida Karen Soraya Salinas Venegas, señala que la tuvieron descalza.

El Tribunal consulta a qué hora fueron detenidos.

Los detenidos contestan que alrededor de las 4:30 a 5:00 de la mañana, de la madrugada del catorce.

El detenido Dany Antony Álvarez Lagos, relata que venían saliendo de una fiesta, y venían bebiendo una cerveza y por eso los controlaron.

El Tribunal pregunta a qué hora salieron de Copiapó.

Contestan que a las 23:00 horas.

El Tribunal pregunta si en ese lapso supieron qué pasaba.

Contestan negativamente.

La Defensa, solicita se declare la ilegalidad de la detención, y la nulidad del control de identidad. En cuanto al control de identidad, la retención de las personas, no se ajustó a lo dispuesto en el artículo 85, toda vez que, si no portan cédula de identidad, se les puede hacer un control de identidad, si hay indicios de que actualmente estuvieran cometiendo un delito, o lo acaban de cometer, o puedan proporcionar información útil para esclarecer un delito. Si nos atenemos a los dichos de estas personas, estaban ingiriendo una cerveza en la vía pública, y el consumo de alcohol en Chile, no es típico, ni siquiera es falta. En estas circunstancias, no era procedente el control de identidad; si ellos daban su identidad, el Carabinero debió controlar de otra manera el procedimiento, pero no habiendo indicio de la comisión de un delito, o la figura descrita por el artículo 85, no es procedente el control de identidad. No basta con que una persona no porte su cédula, sino que tiene que estar en actitudes que vayan más allá de la mera sospecha, sino de la forma explícita que dice el artículo 85 inciso primero del Código Procesal Penal. Ello va directamente en relación con la ilegalidad de la detención. Si fueron detenidos a las 5:00 de la mañana, de antenoche, las 24 expiraban a las 7:00 o 7:30 de la mañana de hoy. Lo ajustado a derecho, si se interpreta el artículo 131 del Código Procesal Penal, donde dice que en caso de orden judicial, se conducirá inmediatamente al detenido en presencia juez que hubiere expedido la orden, cuando por razones geográficas

o de otra índole, no puedan los detenidos ser puestos a disposición del juez que emitió la orden de detención, debe ser controlada su detención dentro de 24 horas en el Juzgado de Garantía más cercano, es decir, no es procedente lo que señalan los imputados, respecto a que estuvieron en calabozos del Juzgado de Garantía de Copiapó, sin que algún magistrado de Copiapó, haya controlado la detención; tenía la obligación legal de hacerlo, a menos que los imputados fueran puesto, dentro de las 24 horas, a disposición del Juzgado de Garantía de Constitución, y como sabemos, la distancia de más de 1000 kilómetros, hace razonable que se controlara la detención de allá. Un Fiscal tenía que haber puesto a disposición a las personas ante un Juzgado de Garantía. Hay un oficio del Juzgado de Garantía, que ordena que se pongan a disposición los detenidos, pero ello no se cumplió dentro de las 24 horas. Otro punto es que no se les señaló el motivo de su detención. La Defensa solicita se declare la ilegalidad de la detención.

El Ministerio Público, no ve qué efecto práctico pueda producir la declaración de nulidad de control de identidad. Es procedente el control de identidad realizado por Carabineros, puesto que, le efectuaron una llamada denunciando que habían dos personas merodeando el sector del Terminal, señalando que les parecieron sospechosas las personas, supuestamente de la propia Central del Terminal de Buses. El hecho de que hayan estado tomando en el lugar, no es impune, es una falta, así es que la actitud de Carabineros obedece al llamado del propio Terminal de Buses de Copiapó, se acercan a estas personas, y les consultan sobre su identidad. Esta es la única forma, en que personas que tienen orden de detención pendiente, puedan ser realmente capturadas, y llevadas a la Justicia, sea para que se les aplique el castigo, o para que sean notificadas a la resolución que corresponda. De otra manera, habría que esperar a que cometan un nuevo delito para siempre estar en situación de flagrancia respecto de un nuevo delito. Es necesario un control de identidad El control de identidad se aplica en casos fundados. Uno de éstos es el hecho a personas respecto de las cuales existen antecedentes de que puedan estar cometiendo un delito o que lo van a cometer, o tienen intenciones de cometerlo o incluso respecto de testigos que se mantiene igual la situación en casos fundados. Es decir, es un asunto que la policía debe valorar. Personas que anden en una actitud sospechosa, vale

la pena controlar su identidad, porque es la única forma de poder controlar todas estas personas que andan dando vueltas por nuestro país con órdenes de detención pendientes. El caso era fundado, estas personas estaban fuera de un horario normal en que funciona un terminal de buses, bebiendo en la vía pública, un llamado a Carabineros para que concurriera a un lugar, Carabineros llegó, les consultó por su documentación y ellos no la tenían, es fundado para hacer un control. Luego, al darse cuenta de que estas personas tenían una orden de detención pendiente, es correcto practicar la detención. El hecho de que la policía haya llevado a las personas a un Juzgado de Garantía, implica que cumplieron, llamaron inmediatamente al Fiscal y fueron llevadas al día siguiente ante el Juzgado de Garantía. Si el Juzgado de Garantía no hizo una audiencia de control de detención, hay una actitud irregular del Magistrado.

TRIBUNAL:

Respecto al **INCIDENTE DE NULIDAD DEL CONTROL DE IDENTIDAD**, el artículo 85 del Código Procesal Penal, señala que “los funcionarios policiales pueden, sin orden previa, solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados”. Esa es la norma que rige este tema, y agrega “tales como la existencia de un indicio de que hubiera cometido o se aprontara a cometer un delito”. “Tales como” es una ejemplificación de diferentes situaciones y, en consecuencia, de acuerdo a lo que el Fiscal ha señalado, en orden a que se habría llamado a la policía, de que habían dos personas sospechosas merodeando el lugar, sí le parece a este Tribunal, que es un caso fundado en que se pudo haber pedido la identidad de cualquier persona, en consecuencia, el control de identidad practicado por la policía de Copiapó, **SE AJUSTÓ A DERECHO**, y, en consecuencia, **SE DESECHA EL INCIDENTE DE NULIDAD** deducido al efecto.

Respecto de la **LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN**, de que han sido objeto las dos personas acá presentes, el Tribunal estima que el artículo 131 del Código Procesal Penal, establece el caso de la detención por orden judicial, señalando que en ese caso los agentes policiales conducirán al detenido a presencia del juez que hubiera expedido la orden, que en este caso, es el Juzgado de Garantía de Constitución, y si ello no fuera posible, podrá permanecer en el recinto policial o de detención, todo ello, por un plazo que no exceda de 24 horas. La norma es clara, y, siendo la detención

una situación de privación de libertad, y gravosa para la persona que la padece, no puede interpretarse en forma amplia, tiene que interpretarse en forma restrictiva, de conformidad con la aplicación del principio general de “indubio pro reo” y, en consecuencia, el Tribunal estima que, no habiéndose dado cumplimiento al inciso primero del artículo 131 del Código Procesal Penal, la **DETENCIÓN** de que fueron objeto Dany Antony Álvarez Lagos y Karen Soraya Salinas Venegas, ha sido **PRACTICADA EN FORMA ILEGAL**.

La Defensa, por razones de economía procesal, y puesto que la detenida tiene una orden de detención pendiente en Arica, y, habiendo conversado con los imputados, solicita, se haga en éste acto, el juicio simplificado.

El Ministerio Público, señala, que sólo podría realizarse de inmediato, con el reconocimiento de responsabilidad, de los imputados.

La Defensa señala que los imputados van a aceptar responsabilidad en los hechos.

Se da inicio al Procedimiento

Simplificado.

TRIBUNAL:

El Tribunal efectuó una exposición sintética del requerimiento presentado contra los imputados, consultándoles, posteriormente, conforme lo previsto en el artículo 395 del Código Procesal Penal, si reconocen responsabilidad en los hechos.

Los imputados admitieron responsabilidad en los hechos, y conocen las consecuencias jurídicas.-

TRIBUNAL:

Los imputados han admitido su responsabilidad en los hechos descritos en el requerimiento y los hechos que lo fundan.

El Ministerio Público, relata que los imputados, y un tercero, concurrieron a una tienda con la finalidad de sustraer algunas especies; andaban con dos bolsos, y, a las personas que atendían en la tienda, les pareció un poco sospechoso su actuar, así es que los observaron y se dieron cuenta de que entraron a los probadores con algunas casacas, y con los bolsos que ellos andaban trayendo. Los funcionarios de la tienda, al mismo tiempo en que eran observados por el dueño de la tienda, les hicieron ver que no podían entrar a los probadores con prendas y portando bolsos. Los dos hombres salieron del probador, y dentro se quedó la señora Karen con un bolso, y una de las testigos ya le había manifestado que salieran, y que abriera su

bolso, porque la habían visto entrar con casacas y se notaba que tenía algo dentro del bolso. Ella le manifestó que no lo iba a hacer, hubo un forcejeo y salió arrancando. Fue seguida por uno de los testigos, quien vio que esta señora se juntó con otra en un colectivo, se subieron, los siguió, alertó a la policía de Investigaciones, llegó la policía, y se bajó ella solamente, desapareció la otra persona, siguió en auto, en ese momento la detuvo, fue reconocida por el testigo, pero ella no tenía especies en ese momento. Declararon los dos funcionarios de la tienda, una vez en Policía de Investigaciones la reconocieron como la persona que había estado involucrada en el hecho, por el dueño de la tienda y por los testigos, reconocieron a ambos imputados. Las especies no aparecieron, los reconocieron como autores, posteriormente, la imputada reconoció que habían sustraído las especies. En cuanto a la penalidad, es procedente la pena de multa.

La Defensa solicita que la multa sea inferior a la del artículo 446 N°3, fundamentalmente, porque de la entrevista con los imputados, señala que son comerciantes ambulante, y entre los dos, perciben una renta de \$120.000 (ciento veinte mil pesos) al mes, tienen un hijo de 5 años, pagan un arriendo de \$35.000 (treinta y cinco mil pesos), estamos hablando de personas de escasos recursos. En estas circunstancias, a la Defensa le parece apropiado que, en base a esta sola entrevista, se les aplique una multa menor al mínimo legal, y pagadera en, a lo menos, dos cuotas mensuales.

TRIBUNAL:

Conforme lo dispuesto en el artículo 395 del Código Procesal Penal, al haber admitido responsabilidad en los hechos, los imputados, el Tribunal procederá a dictar sentencia inmediata.

El tribunal procede a dar lectura al texto de la sentencia dictada en esta causa, cuyo tenor se reproduce a continuación:

Constitución, quince de enero de dos mil cuatro.-

VISTO, OÍDO Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que, se presentó requerimiento por el Ministerio Público contra **DANY ANTONY ÁLVAREZ LAGOS**, RUN N°13.798.962-k, nacido el 1 de enero de 1980, domiciliado en 10 Oriente, entre 3 y 4 Sur, casa N°867, Talca, comerciante ambulante y contra **KAREN SORAYA SALINAS VENEGAS**, por cuanto el día 7 de octubre de 2003, aproximadamente a las 17:30 horas, ambos acusados proce-

dieron a sustraer dos casacas marca Reebok, del local comercial "Otto Deportes", ubicada en Freire 586 de esta ciudad.- La Fiscalía señaló que los hechos descritos son constitutivos del delito de hurto simple, previsto y sancionado en el artículo 446 N°3 del Código Penal.-

SEGUNDO: Que, habiéndose advertido a los imputados de la posibilidad de ser condenados a una pena privativa de libertad, se le preguntó si admitían responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento o sí, por el contrario, solicitaban la realización del juicio.-

TERCERO: Que, a estas preguntas, los imputados respondieron que sí admitían responsabilidad en los hechos, contenidos en el requerimiento, lo que se aviene con los antecedentes presentados por el Ministerio Público, consistentes en:

3.1.- Denuncia efectuada ante la Policía de Investigaciones en la que se relata que el día de los hechos ambos imputados fueron sorprendidos por personal de la tienda comercial "Otto Deportes", sustrayendo dos casacas marca Reebok de color azul, por un valor de \$64.000.-, huyendo del local, para finalmente ser detenidos por personal de la Policía de Investigaciones en la vía pública.-

3.2.- Informe de la Policía de investigaciones de Chile, N°1111, que da cuenta de las diligencias realizadas para detener e identificar a los imputados.-

3.3.- Declaraciones Policiales de los imputados quienes reconocen su participación en los hechos.-

3.4.- Testimonio de Fernando Manuel Castillo Cabrera, prestado ante Investigaciones de Chile, en el que expresa que se desempeña como trabajador de la tienda Otto Deportes y el día de los hechos se percató que los imputados junto a otro sujeto habían sustraído prendas del local y se habían dado a la fuga. Por esa razón los persiguió por calle Montt, siendo posteriormente aprehendidos por la Policía de Investigaciones, a la que, previamente, él había alertado de lo sucedido.-

3.5.- Dichos de Marlys Andrea Bobadilla Morales, quien señala que trabaja en la tienda comercial Otto Deportes en calidad de vendedora y que el día de los hechos la imputada entró al probador y que al salir no devolvió las prendas.-

3.6.- Extracto de filiación y antecedentes de Dany Antony Álvarez Lagos, que registra varias anotaciones pretéritas y de Karen Soraya Salinas, no registrando anotación penal alguna.-

CUARTO: Que, los hechos descritos en el considerando primero, constituyen el delito de hurto, previsto y sancionado en el artículo 432 y 446 N°3 del Código Penal, toda vez que dos personas se apropiaron de cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño, con ánimo de lucro, especies evaluada en más de una y menos de cuatro unidades tributarias mensuales.-

QUINTO: Que, conforme lo razonado precedentemente, habida consideración de los elementos de convicción latamente reproducidos en la motivación tercera y acorde lo previsto en los artículos 297 y 340 del Código Procesal Penal, este sentenciador concluye más allá de toda duda razonable, que existen antecedentes suficientes que justifican tanto la existencia del delito de hurto como la participación que le ha correspondido a los acusados Álvarez Lagos y Salinas Venegas, en calidad de co-autores del mismo, por haber intervenido en su ejecución de una manera inmediata y directa, es decir, se tiene por acreditado que: aproximadamente a las 17:30 horas, del día 7 de octubre de 2003, en esta ciudad, Dany Antony Álvarez Lagos y Karen Soraya Salinas Venegas, sustrajeron dos casacas marca Reebok, desde el local comercial Otto Deportes, ubicado en Freire N°586.-

SEXTO: Que, los imputados son responsables de un ilícito penal castigado con presidio menor en su grado mínimo y multa de 5 unidades tributarias mensuales.-

SÉPTIMO: Que, la defensa ha solicitado en el evento que se dicte sentencia condenatoria, se le condene únicamente a la pena de multa, fijándose su monto en 1 unidad tributaria mensual, pudiendo cancelarla en dos parcialidades, atendida la circunstancia de encontrarse cesante y al hecho de haber admitido responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento, renunciando a la realización del juicio propiamente tal, conforme lo dispuesto en los artículos 395 del Código Procesal Penal y 25 y 70 del Código Penal.-

OCTAVO: Que, por su parte, el Fiscal del Ministerio Público solicitó se imponga la pena de multa asignada al ilícito, y no se opuso al pago en parcialidades.-

NOVENO: Que, al haber admitido responsabilidad en los hechos los imputados, este Juez aplicará únicamente la pena de multa, tal como lo dispone el artículo 395 del Código Procesal Penal, por no concurrir, en opinión del suscrito, antecedentes calificados que justifiquen la imposición de una

pena de prisión como se desprende de la carpeta jurisdiccional y a la extensión del mal producido por el delito.-

DÉCIMO: Que, este sentenciador accederá a la solicitado por la Defensa, esto es, al pago de la multa en parcialidades, atendida la precaria situación económica de los sentenciados, que no ha sido discutida por el Ministerio Público.-

Y visto además, lo dispuesto en los artículos 1, 3, 5, 14 N°1, 15 N°1, 24, 25, 26, 30, 49, 51, 68, 69, 70, 432 y 446 N°3 del Código Penal; 388 y siguientes del Código Procesal Penal, **SE DECLARA:**

I.- Que, **SE CONDENA** a los imputados **DANY ANTONY ALVAREZ LAGOS** y **KAREN SORAYA SALINAS VENEGAS**, ya individualizados, al pago, cada uno de ellos, de una multa de **DOS UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES**, como autores del delito de hurto, perpetrado en esta ciudad, el día 7 de octubre de 2003, en perjuicio del local comercial "Otto Deportes", suma que incluye el pago de las costas de la causa.-

II.- La multa impuesta deberá cancelarse en pesos, en el equivalente que tenga la referida unidad en el momento de su solución, debiendo enterarse en arcas fiscales mediante depósito efectuado en la Tesorería General de la República.-

III.- Si los sentenciados no pagaren la multa impuesta, sufrirán por vía de sustitución y apremio, la pena de reclusión, regulándose un día por cada quinto de unidad tributaria mensual, sin que ella pueda exceder de seis meses.-

IV.- La multa impuesta podrá ser cancelada, en 2 cuotas iguales, mensuales y sucesivas, con vencimiento los días 15 de Febrero de 2004 y 15 de Marzo de 2004.- El no pago de una sola de las parcialidades, hará exigible el total de la multa adeudada.-

V.- Ejecutoriada que sea esta resolución, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal.-

Regístrese, notifíquese y **ARCHÍVESE** en su oportunidad.

Dictada por don **GONZALO FIGUEROA EDWARDS**, Juez Titular del Juzgado de Garantía de Constitución.-

Con lo actuado se puso fin a la audiencia, siendo las 12:06 horas, firmando la presente acta el Juez Titular Sr. **GONZALO FIGUEROA EDWARDS**.

TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL

- **Condena a los acusados a la pena de veinte años de presidio mayor en su grado máximo, accesorias legales y al pago de las costas de la causa como coautores del delito de robo con homicidio. Absuelve a la acusada como encubridora de este delito.**

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 homicidio, y a la imputada de haberles brindado protección y auxilio para esconderse. Las Defensas de los acusados plantearon, principalmente, que no existió coautoría respecto del homicidio, sino sólo en un robo con intimidación. Se planteó, también, que habría una falta de congruencia entre la acusación y lo sostenido por la Fiscalía en estrados. Para el Tribunal la cuestión central estuvo en analizar el traslado de la culpabilidad en el delito complejo de robo con homicidio a los distintos copartícipes. Al efecto estimó demostrado el concierto previo, el que se tradujo en el reparto de las armas y las funciones para asaltar a mano armada, así como el hecho de haberse explicitado verbalmente la orden de matar, sin que alguno intentara impedir las perniciosas consecuencias, lo que implicó a lo menos un dolo eventual común en cada uno de ellos que los hizo responsables del delito de robo con homicidio. Haciéndose cargo de una supuesta falta de congruencia, el Tribunal señaló que la acusación sólo da un marco, siendo en definitiva los jueces quienes determinan y fijan los hechos. Respecto de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, estimó que los perjudicaba la agravante del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, porque haber actuado en grupo implicó un peligro mayor para las víctimas, así como una mayor seguridad para los hechores. También estimó concurrente la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, pese a que uno de ellos presentaba anotaciones en su extracto, por cuanto no constó que las sentencias anteriores hayan estado ejecutoriadas al momento de ocurrir los hechos de esta causa. Rechazó, en cambio, la concurrencia de la agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal, y la atenuante del artículo 11 N° 9 del mismo código, porque no se cumplían sus requisitos. Finalmente, absolvió a la imputada por los cargos de encubridora, porque no se acreditó suficientemente.

Texto completo:

La Serena, veintitrés de diciembre de dos mil tres.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que con fecha quince, dieciséis y diecisiete de diciembre de dos mil tres, ante esta tercera sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, constituida por la juez presidente Liliana Mera Muñoz e integrada por los magistrados Caroline Turner González y Jaime Meza Sáez, se llevó a efecto el juicio oral de los autos rol N° 94-2003, seguidos en contra de **PE-DRO ANTONIO DIAZ HERNANDEZ**, alias "El Peyo", chileno, cédula de identidad N° 14.191.053-1, soltero, sin oficio, nacido en Santiago el 12 de enero de 1981, domiciliado en Los Carrera 3318, Lo Es-

pejo Santiago **JAIME ANDRES OTEIZA OTEIZA**, alias " El Mono", chileno, cédula de identidad N° 12.909.481-8, soltero, comerciante, nacido en Santiago el 10 de octubre de 1975, domiciliado en calle Buzeta 3364, Lo Espejo, Santiago, **GABRIEL RENATO ALARCON ROA**, alias "El Gaoto", chileno, cédula de identidad N° 15.539.183-9, nacido en Santiago el 12 de agosto de 1983, se desconoce profesión u oficio, domiciliado en Pasaje 26 N°6493-Lo Espejo, Santiago, **ANTONIO LEONARDO DEL CARMEN MUÑOZ PINTO**, alias "El Guatón Leo", cédula de identidad N° 14.619.238-6, soltero, chofer, nacido en Santiago el 27 de septiembre de 1980, domiciliado en Gil de Castro N° 3667, Block 21, Lo

Espejo, Santiago y **GRACIELA DE LAS MERCEDES HERNANDEZ BRAVO**, chilena, cédula de identidad N° 8.852.457-8, nacida en Santiago el 29 de octubre de 1963, soltera, peluquera, domiciliada en Pasaje Los Carrera N° 3318, Lo Valledor Sur, Lo Espejo, Santiago.

Representaron al Ministerio Público en el presente juicio los Fiscales adjuntos de Coquimbo Sergio Vásquez Díaz y Enrique Labarca Cortés.

Fue parte querellante en el presente juicio, teniendo además la calidad de actor civil don Alex Mauricio Cruz Barraza, representado por los abogados Marcia Cecilia Gallardo González y Alex Landsberger Varela.

La defensa de los acusados Pedro Antonio Díaz Hernández, Gabriel Renato Alarcón Roa, Jaime Andrés Oteiza Oteiza, y Graciela de las Mercedes Hernández Bravo, estuvo a cargo del abogado Román Zelaya Ríos, en tanto el acusado Antonio Muñoz Pinto fue representado por el abogado Diego Falcone Salas, ambos de la Defensoría Penal Pública.

SEGUNDO: El Ministerio Público dedujo acusación en contra de Pedro Antonio Díaz Hernández, Gabriel Renato Alarcón Roa, Jaime Andrés Oteiza Oteiza, y Antonio Muñoz Pinto como coautores del delito de robo con homicidio previsto y sancionado en el artículo 433 N° 1 del Código Penal, en grado de consumado, y en contra de Graciela de las Mercedes Hernández Bravo, en calidad de encubridora del mismo ilícito, conforme lo dispone el artículo 17 N° 3 del Código Penal, fundada en que el día veinticuatro de noviembre de 2001, a las 00:30 horas aproximadamente, los acusados Pedro Antonio Díaz Hernández, Gabriel Renato Alarcón Roa, Jaime Andrés Oteiza Oteiza, y Antonio Muñoz Pinto, junto al imputado rebelde John Velásquez Sánchez, previamente concertados para la ejecución de un robo y premunidos de armas de fuego, llegaron hasta la estación de servicio YPF, ubicada en la ruta 5, sector La Herradura de esta ciudad. Como previamente se acordara, Velásquez Sánchez, en compañía de Muñoz Pinto se dirigieron hacia los dependientes que atienden la estación de servicio, y apuntándoles con las armas de fuego los intimidaron para sustraerles la suma aproximada de \$105.000, mientras los otros acusados ingresaban al lugar de comidas de la estación de servicios, conocido como "AM/PM". Alarcón Roa, apuntando con un revolver, gritó a los

clientes y cajeros que era un asalto y que se tiraran al suelo. En estas circunstancias, Oteiza Oteiza se dirigió al lugar donde se encontraban guardados los cigarrillos y sustrajo varios cartones de estos, de diversas marcas y otras cajetillas sueltas, utilizando para guardarlas una bolsa de la tienda comercial Falabella; entretanto Díaz Hernández sustrajo el dinero que se encontraba en la caja registradora, monedas de \$100 que eran contenidas en una bolsa plástica transparente. Al lugar, en esos mismos instantes, ingresaron los acusados Velásquez Sánchez y Muñoz Pinto trayendo encañonados a los dos dependientes de la bencinera. Alarcón Roa, sustrajo también en aquellos momentos dinero en efectivo de la caja registradora. En el recinto de comidas y mientras se producía el asalto, Velásquez Sánchez y Muñoz Pinto aseguraban las acciones de los otros tres acusados, intimidando con armas de fuego a los presentes. En estas circunstancias uno de los clientes que estaba en el lugar, Rubén Cruz Pérez, desobedeció las órdenes impartidas y opuso resistencia a la comisión del delito por lo que Muñoz Pinto le golpeó con el arma que portaba, situación que aprovechó la víctima para intentar reducir al asaltante. Durante el forcejeo se escuchó un disparo y salieron del local golpeándose, instantes en que los demás acusados emprendían la huida del lugar. En medio de la pelea Muñoz Pinto comenzó a verse superado físicamente y pidió auxilio, regresando en su ayuda Velásquez Sánchez, quien con el arma de fuego que portaba y teniéndola preparada para ser utilizada, a solicitud de Muñoz Pinto, le disparó al menos tres tiros a la víctima don Rubén Cruz Pérez, causándole la muerte en el lugar. Huyen todos juntos en dirección al domicilio ubicado en calle Los Tulipanes N° 350, Sindempart, Coquimbo, lugar en el cual se encontraba la acusada Graciela de las Mercedes Hernández Bravo, quien tomó conocimiento de la comisión del delito que se investigaba y de la participación de los acusados, a quienes conocía. No obstante se le requirió información guardó silencio, brindando protección y auxilio para que se precavieran y ocultaran.

La parte querellante adhirió a la acusación deducida por el Ministerio Público.

TERCERO: Que con el objeto de acreditar lo apropiación de cosa mueble ajena con ánimo de lucro, y la violencia ejercida con ocasión o motivo de ella consistente en dar muerte a la víctima, la fiscalía rindió pruebas consistentes en los dichos de Ercio Nicanor Pérez Molgas, quien ex-

presa que alrededor de la una de la madrugada del día de los hechos en su lugar de trabajo, el servicentro YPF ubicado en la comuna de Coquimbo, donde se desempeñaba como vendedor de combustible, se le acercaron dos sujetos por atrás, a él y a su compañero de labores, exigiéndoles la entrega del dinero, a lo que en un principio se negó pero finalmente debió acceder porque uno de ellos le manifestó haberlo visto contándolo. Expresa que sintió un cañón en la espalda y que los trasladaron hasta la tienda de expendio de comidas AM/PM, donde su compañero es tirado al suelo y él hace lo mismo. Una persona que pasó a su lado y que venía de la mesa del fondo “se tiró a uno de los asaltantes”, lucharon, se escucharon disparos, que el asaltante que luchaba pedía ayuda. Agregó el testigo que al escuchar los disparos pensó que el arma del que provenían era de fogueo porque no vio caer a nadie. Expresa que los demás sujetos arrancaron antes que las personas que luchaban traspasaran el umbral de la puerta. Entonces, el asaltante y el caballero salieron luchando hacia fuera y escuchó decir “que lo ayudaran, que mataran a ese concha de su madre”, y se escucharon entre cinco a seis disparos. Por su parte el bombero del servicentro YPF Daniel Rodríguez Bustos señala que el día de los hechos, vio pasar aproximadamente a tres sujetos jóvenes hacia el local de comidas AM/PM, uno de los cuales llevaba una máscara de diablo que llamó su atención y se lo comentó a su compañero. Pasaron alrededor de cinco o diez minutos y de repente escuchó que era un asalto, dos sujetos los encañonaron, uno de los cuales portaba sobre su cabeza la máscara de diablo que fue introducida en la audiencia luego de ser reconocida por el policía Víctor Rojas, quien manifestó haberla levantado desde el sitio del suceso. Los asaltantes los dirigieron hacia la tienda y les pidieron el dinero, momento en que entregó los billetes, cuya cantidad ignora. Expresa que iban entrando a la tienda cuando vio a dos jóvenes en la caja, uno sacando cajetillas y otro el dinero. Agregó que vio a un tercer sujeto al lado del cajero automático. Como uno de los sujetos dijo “al suelo” él obedeció. Uno de los clientes que se encontraba en la tienda no hizo caso, por lo que fue golpeado en la cabeza con un puño o un revolver, el cliente se paró y empezó una pelea con el sujeto que lo golpeó. Cuando estaban peleando, adentro del local, escuchó decir a uno de los asaltantes “mátalo, mátalo”, explicando que aún todos los sujetos, los tres que vio al entrar y los

dos que los llevaron, se encontraban dentro del local. Escuchó disparos adentro y más tarde afuera. La testigo Jhoanna Flores, dependiente del local de comidas, expresa que el día de los hechos escuchó decir que eso era un asalto, que se tiraran al suelo y que pedían las billeteras. Agregó que uno de los asaltantes decía “mátalo huevón” y luego escuchó un disparo. Se paró y pudo ver que los cigarros no estaban en la caja registradora, los que reconoce al serle exhibida por la fiscalía la evidencia número quince del auto de apertura. Sus dichos concuerdan con los del cajero del mismo local Alfredo Sánchez, quien señala que unos sujetos ingresaron al local, donde había clientes y gritaron que era un asalto ordenándoles tirarse al suelo, sujetos a quienes previamente había visto en actitud sospechosa, media hora antes, cuando concurren a comprar papas fritas. Uno de los asaltantes portaba una pistola negra grande. Ya en el suelo escuchó un forcejeo, entre un asaltante y un cliente que no se lanzó al suelo como lo ordenaron, y luego gritar a uno de ellos “mátalo huevón, mátalo o dispárale”, y posteriormente disparos al interior del local. Agregó que los sujetos huyeron del interior del local todos juntos, en un lapso de unos segundos. Explicó que antes de los disparos vio a una de las personas detrás del mostrador sacando dinero, y luego de ocurridos los hechos pudo constatar que la caja se encontraba abierta y faltaba dinero así como los cigarros que se guardaban abajo, los que reconoce al serle exhibida la evidencia número 15 del auto de apertura de juicio oral. El testigo Alfredo García, quien se encontraba en el local junto a unos amigos, entre ellos la víctima Rubén Cruz, escuchó gritar “esto es un asalto, al suelo”, vio un revolver apuntando el que reconoce por su forma ya que tenía “algo redondo atrás”. Se lanzó al suelo como los demás a excepción de la víctima, a quien un sujeto le dijo “tírate al suelo o te mato” además de garabatos y groserías. Uno de los sujetos se acercó a Rubén Cruz y lo golpeó en la cabeza al parecer con la empuñadura de un arma, sintió además caer el cargador de una pistola. Cruz se incorporó y comenzó a forcejear con su agresor, escuchándose un disparo interior y luego de treinta segundos o un minuto otros disparos en el exterior, explicando que notó la diferencia.

Los imputados que declaran en la audiencia Pedro Antonio Díaz Hernández, Jaime Andrés Oteiza Oteiza, y Antonio Muñoz Pinto, reconocen haber concurrido al local de YPF, junto a Gabriel

Alarcón y John Velásquez, agregando que este último distribuyó tres armas entre ellos. Sin embargo alegaron no tener participación en el homicidio, señalando Pedro Díaz que huyó del local junto a Alarcón y Oteiza mientras Muñoz peleaba con una de las personas que se encontraba al interior del local de expendio de comidas, quien se negó a lanzarse al suelo, agregando que mientras corría, afuera, escuchó tres disparos, aclarando que no escuchó disparos al interior del local. Por su parte Oteiza no reconoce en un principio la existencia de un balazo al interior del local, para luego, al ser confrontado con sus dichos prestados en presencia del fiscal, manifestar que al escuchar un balazo que impactó en la pierna de la víctima, todos salen corriendo, agregando que no supo lo que ocurrió después. En tanto Muñoz declara que cuando golpeo a un cliente con la empuñadura de su arma y el cargador de esta cae, ya todos sus coimputados habían salido corriendo del local y que cuando él sale afuera con un cliente, John se devuelve, sindicando al acusado rebelde como el único autor de disparos a la víctima.

Sin perjuicio de que los acusados Pedro Antonio Díaz Hernández, Jaime Andrés Oteiza Oteiza y Antonio Muñoz Pinto niegan haber participado en un delito de robo con homicidio, reconociendo sólo haberlo hecho en el delito de robo con violencia o intimidación, conjuntamente con Gabriel Alarcón Roa, esto resulta desvirtuado con los dichos de los testigos Rodríguez Bustos, quien escuchó determinadamente decir "mátalo, mátalo" y sacarle la madre, cuando aún todos los asaltantes se encontraban dentro del local. Además escuchó disparos en el interior, testigo que en la fiscalía señaló que luego de escuchar disparos cuatro asaltantes huyeron, quedando en el local uno de ellos peleando con la víctima, como se demostró al exhibírsele esa declaración, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 332 del Código Procesal Penal; de la testigo Jhoanna Flores, quien señaló que escuchó a uno de los asaltantes decir "mátalo huevón" y luego escuchó un disparo, del testigo Alfredo Sánchez, quien señaló que escuchó decir al interior del local, luego que ingresaran los asaltantes, "mátalo huevón mátalo o dispárale". Agregó el testigo que luego de ello escuchó disparos, señalando que los asaltantes huyeron todos juntos, en un lapso de segundos. Finalmente, Alfredo García relató que el día de los hechos mientras se encontraba en el interior del restaurante del servicentro YPF, luego que ingresa-

ron los asaltantes al lugar y ordenaron a los presentes que se lanzaran al suelo, Rubén Cruz no obedeció y escuchó entonces que uno de los sujetos dijo "tírate al suelo, si no te voy a matar" además de garabatos. Después de ello Cruz fue golpeado, comenzó un forcejeo entre éste y su agresor y luego se sintió un disparo. Como 30 segundos o un minuto después escuchó otros disparos. Como es dable apreciar, al menos cuatro de los testigos presenciales escucharon la orden homicida al interior del local, y al menos un disparo en el interior. Si bien Ercio Pérez expresó que escuchó el balazo cuando ya no quedaba nadie en el interior del recinto y agregó que el disparo fue casi en la puerta del local y que luego escuchó que alguien afuera gritaba "que lo ayudaran, que mataran a ese concha de su madre", de los dichos de los testigos presenciales ya mencionados, de los funcionarios policiales que se constituyeron en el lugar, Jaime Rojo y Víctor Rojas, y del hecho de encontrarse rastros de sangre en el sector de las mesas del local, gotas que llegan hasta la puerta del mismo, según se aprecia de las fotografías tomadas por el perito fotógrafo Víctor Pulgar, contenidas en el set fotográfico 309 e incorporadas como prueba, resulta evidente que al menos uno de los disparos debió ser en el interior del mismo y no en el sector de la puerta, sino que en el de las mesas, ya que todos coinciden que éste fue mientras la víctima y uno de los asaltantes forcejeaban, los que justamente comenzaron la pelea en el sector de las mesas y se dirigieron luego hacia la puerta, disparo que hirió a Rubén Cruz en la pierna, como se acreditó en el juicio. Ninguno de los demás testigos presenciales señaló haber escuchado amenazas afuera del recinto, todos señalaron que ello ocurrió en el interior, pareciendo entonces a estos sentenciadores que el testigo Ercio Pérez se encuentra confundido en cuanto a la secuencia de los hechos en el tiempo.

Se acreditó además que el día de los hechos fueron disparadas dos armas distintas, en el interior del local, un revólver con munición .32 y en el exterior una pistola 9 mm, con el testimonio del testigo Alfredo Sánchez, quien vio al interior del local a uno de los asaltantes portando una pistola negra grande, en tanto Alfredo García describió claramente en estrados un revolver, lo que concuerda con el relato hecho por los acusados en orden a la distribución de las armas entre ellos. Pedro Díaz señaló que él portaba un revolver, John Velásquez una pistola 9 mm y Antonio Muñoz una

pistola 765; Oteiza expresa que John Velásquez y Antonio Muñoz portaban pistolas y Pedro Díaz un pistola “a fogueo”, sosteniendo Antonio Muñoz, que él y Velásquez portaban pistolas y Pedro Díaz un revolver a fogueo. A este respecto es importante consignar que el policía Jaime Rojo señaló haber levantado evidencia en el lugar del sitio del suceso, reconociendo en la audiencia tres vainillas percutidas y un proyectil encamisado calibres 9 mm., que fueron encontrados en el sector que se ubicaba el cadáver, fuera del lugar de expendio de comida, en tanto un cargador de pistola marca Walter, con siete cartuchos, así como un proyectil de plomo, fueron encontrados en el lugar de expendio de comidas concordando en lo anterior el policía Víctor Rojas, quien relató haber encontrado al interior del local un proyectil de plomo y alrededor del cadáver tres vainillas nueve milímetros y un proyectil encamisado del mismo calibre, pudiendo apreciarse sus ubicaciones en el plano confeccionado por el perito Juan Pablo Olivos Castro, quien declaró en estrados describiéndolo, sin que la fiscalía lo incorporara como prueba. Estas evidencias fueron periciadas por el perito balístico Alex Farías, ratificando la existencia de tres vainillas nueve milímetros, un proyectil 9 mm y un proyectil de plomo .32, además de un cargador de pistola marca Walter. El profesional descartó totalmente que el proyectil de plomo que perició haya sido disparado por una pistola, por las características metrológicas del ánima, señalando que el rayado balístico es totalmente diferente y que el proyectil fue disparado por un revolver, presumiblemente marca Colt, lo que determina por el rayado a la izquierda característico de esas armas. Alex Farías declaró además haber periciado una pistola CZ o Famae 9mm, arma que según narrara en estrados el policía Jaime Rojo, encontró en el domicilio de Graciela Hernández, específicamente, escondida bajo un alero de madera del inmueble, junto a su cargador y doce cartuchos 9mm, evidencias que se incorporaron como prueba. Continuó su relato el perito balístico señalando que remitió al perito químico Cristián Valenzuela muestras de la recámara y el cañón de esta pistola, explicando este último que en ambas constató la presencia de nitritos que evidenciaban que el arma había sido disparada.

Se acreditó la muerte de Rubén Cruz Pérez, con el mérito del certificado de defunción acompañado en la audiencia y de la declaración de la médico legista Katia Cabrera, quien determinó

que ésta se produjo a consecuencia de heridas de bala tóraco raquimedular dorsal y tóraco abdominal complicadas, con salida de proyectil. Explicó la perito que el cuerpo presentaba tres heridas de bala, dos en el tórax y una a nivel inguinal todas de tipo homicida, reconociendo la profesional en la audiencia el set de fotografías, tomadas durante la autopsia e incorporadas como prueba por la fiscalía, agregando que la primera herida a bala que se produjo fue la inguinal, la que lesionó parcialmente la arteria femoral, constatándose un hematoma que revela que la sangre se acumuló tratando de coagular.

CUARTO: Que siendo el delito objeto de la acusación de carácter complejo, respecto de los autores se requiere existencia de dolo, tanto respecto de apropiarse como de matar. A juicio de estos sentenciadores sí existió dolo respecto de la muerte, en los cuatro imputados acusados como autores del ilícito. De los elementos probatorios reseñados en el considerando que antecede se revela que el hecho de no haber disparado contra la víctima todos los acusados presentes en el lugar, no importa exclusión de responsabilidad en el delito de robo con homicidio que nos ocupa. Ha resultado acreditado que al menos una de las armas, un revolver, fue disparada al interior del local de expendio de comidas por uno de los sentenciados en presencia de los demás luego que uno de ellos gritara “mátalo huevón” o expresiones similares. Producto del primer disparo, el que tuvo lugar al interior del local, se causó al occiso una lesión inguinal la que a juicio de la médico legista es anterior a las otras heridas de bala que presentaba la víctima, quien se encontraba vivo al recibir los siguientes balazos en el exterior.

Por otro lado, aún cuando se estimase que no existe dolo directo en todos los acusados, el que sí está presente en la especie a juicio de estos sentenciadores, como ya se señaló, al menos existe dolo eventual, por cuanto es evidente que todos los acusados no pudieron menos que representarse la idea de la muerte de Cruz Pérez, idea que aceptaron al escuchar que uno gritaba “mátalo huevón”, o expresiones similares, sin hacer nada para evitarlo. Finalmente y en todo caso, se representaron el hecho delictivo como una consecuencia posible del medio empleado en la consecución de su meta –armas cargadas y repartidas entre tres de los partícipes- hecho conocido por todos ellos, lo que de suyo implica la aceptación del riesgo de su empleo, en la even-

tualidad de ser necesario para el cumplimiento de sus fines, lo que en la especie ocurrió.

A juicio del tribunal se encuentra suficientemente acreditado el concierto entre los acusados como autores de este ilícito, desde que cada uno se dirigió a cumplir una función específica en el lugar de los hechos. Que el concierto sea previo no implica una gran distancia en el tiempo, no debe confundirse con un plan, con la premeditación. El concierto puede nacer momentos antes de los hechos, como ocurrió en este caso, concierto que se entiende desde que los hechos se distribuyeron las armas de fuego, o, al menos, desde que uno de ellos, en presencia de los demás, gritó "mátalo huevón", o algo similar, y permanecieron en la misma actitud en el interior del local. El hecho de no haber tomado parte en la ejecución material de la muerte no importa por sí solo exclusión de responsabilidad, pues pudiendo dividirse las funciones en un delito complejo, la cuestión fundamental para coimputar el todo se traslada a la culpabilidad con que haya actuado el partícipe, respecto de quien habrá de determinarse si su dolo cubrió o no la muerte por su co-reo. Así lo señala don Jaime Vivanco Sepúlveda en su obra *El delito de robo con homicidio*, página 94.

Que conforme se ha reseñado, los hechos descritos y los señalados en el considerando precedente constituyen el delito de robo con homicidio, previsto y sancionado en el artículo 433 N°1 del Código Penal, en el cual le cupo participación en calidad de coautores a los acusados Pedro Antonio Díaz Hernández, Gabriel Renato Alarcón Roa, Jaime Andrés Oteiza Oteiza y Antonio Muñoz Pinto, toda vez que existió una apropiación de cosa mueble ajena, con ánimo de lucro, contra la voluntad de su dueño, ejecutada con violencia en la víctima, la que fue de tal naturaleza que en definitiva le provocó la muerte, es decir con motivo u ocasión del robo se perpetró además homicidio, por cuanto se ha logrado establecer que el día 24 de noviembre de 2001, en horas de la madrugada, los acusados se dirigieron hasta el servicentro YPF, ubicado en el sector La Herradura. Muñoz en compañía de otro sujeto, rebelde en esta causa, llegó hasta el sector de expendio de combustible y en el lugar intimidaron con armas de fuego a los bomberos que allí laboraban, sustrayéndoles dinero y luego los trasladaron encañonados hasta el local de comidas, local donde habían ingresado antes Pedro Díaz Hernández, Gabriel Alarcón Roa y Jaime Oteiza,

intimidando estos últimos a los presentes con un arma de fuego, ordenándoles tirarse al suelo, mientras sustraían dinero de la caja y cigarros. En el interior del recinto un cliente que se encontraba allí, Rubén Cruz, desobedeció las órdenes impartidas y Muñoz Pinto lo golpeó con el arma que portaba, a la que se le cayó su cargador. Se efectuó un disparo que impactó a la víctima en la zona inguinal, la que se desplazó hasta el exterior del local peleando con Muñoz Pinto, recibiendo afuera dos disparos más, resultando en definitiva con tres lesiones producto de los balazos recibidos, las que le causaron la muerte.

QUINTO: Que la defensa del acusado Muñoz Pinto, estima que en la especie no existió coautoría respecto de todo el tipo penal, que su representado pidió un auxilio que no es determinado, por lo que solicita excluir a su respecto la acusación en su contra por homicidio, solicitando sea sancionado como autor de robo con violencia o intimidación. Alega el defensor que la idea era amedrentar y no matar. La reacción de Rubén Cruz fue sorpresiva, nadie se la podía esperar, estaba fuera de todo plan. Muñoz Pinto no disparó, pese a que podía haberlo hecho hasta antes que se le cayera el cargador.

Este tribunal rechazará la petición planteada por estimarse que a Muñoz Pinto le cupo participación en el delito de robo con homicidio en calidad de coautor del mismo, según se argumentó latamente en el considerando cuarto precedente. A mayor abundamiento, debemos señalar que desde luego el hecho de presentarse premunidos de armas de fuego en el lugar e intimidar a los presentes con éstas, lleva implícita la posibilidad de tener que usarlas si alguno de los sujetos pasivos del delito no obedece las órdenes impartidas, como en este caso ocurrió. El que Muñoz Pinto no haya disparado personalmente alguna de las armas que provocaron las lesiones fatales a Rubén Cruz no impide que se lo sancione como autor de dicho ilícito. Al igual que los demás estuvo allí cuando alguien gritó que lo mataran y no hizo nada para evitar tal situación. Si bien no se acreditó fehacientemente quien fue la persona que dio la orden de matar a Cruz, si se acreditó que al igual que los demás acusados, Muñoz la escuchó, por lo que perfectamente pudo darse cuenta de lo que sucedería, y presencié lo ocurrido sin haber hecho nada para evitarlo, desde que niniguno de los testigos señaló haber escuchado a alguno de los asaltantes intentar disuadir a sus copartícipes de dicha decisión.

En todo caso, resulta altamente probable que fuera él, Muñoz Pinto, quien diera esa orden, toda vez que varios de los testigos presenciales escucharon a alguien pedir ayuda y luego la orden de matar, resultando lógico concluir que quien pedía ayuda era justamente Muñoz Pinto, único que tuvo contacto directo con la víctima, que luchó con ésta.

En cuanto a su alegación de que las declaraciones tomadas por la policía a su defendido lo fueron bajo presión, es útil consignar en este punto que el tribunal ha tomado en consideración para arribar a las conclusiones vertidas en el considerando precedente únicamente los dichos de algunos policías que relataron en la audiencia hechos que constataron por sus sentidos así como declaraciones de testigos y peritos prestados en la audiencia, no fundándose en declaraciones anteriores prestadas ante la policía con supuesta violación de garantías, como lo alega la defensa.

La defensa de los imputados Oteiza, Díaz Hernández y Alarcón Roa, por su parte, además de sostener que no existe coautoría en los hechos, alegación que el tribunal no comparte, según se ha dicho, señala que la fiscalía ha esgrimido en estrados una tesis distinta a la sostenida en la acusación, que da cuenta que el autor de tres disparos fue Velásquez, sosteniéndose en la audiencia que la víctima fue objeto de otro disparo al interior del local, del que la defensa no pudo hacerse cargo. A juicio del tribunal los hechos probados en el juicio no exceden el contenido de la acusación, puesto que la calidad de coautores imputada por la fiscalía y señalada en la acusación es la misma a que han arribado estos sentenciadores. Los hechos relevantes que han llevado a la calificación jurídica están presentes en la acusación, en cuanto ésta consigna "Durante el forcejeo se escuchó un disparo..." el hecho que la acusación no señale determinadamente si este disparo impactó o no en la víctima en nada altera la sustancialidad de la imputación, tanto es así que la defensa sabía que debía defenderse de ella, es más el tribunal advirtió que lo hizo, preguntando incluso a un perito si la bala tenía residuos orgánicos. Además la acusación consigna que el acusado rebelde disparó al menos tres tiros, causándole la muerte a la víctima, lo que no resulta contradictorio con lo concluido, por cuanto el que se detonó al interior del local no le causó la muerte inmediata a Rubén Cruz y en la parte exterior de aquel se encontraron tres casquillos 9mm. Es decir, al menos hubo cuatro disparos, uno en el

interior y tres afuera, resultando la víctima con tres heridas de bala, una en la zona inguinal, provocada por el disparo al interior del local, y las dos restantes en la zona torácica, las que le fueron inflingidas en el exterior del local. Por ello, necesariamente uno de los disparos no lo impactó. Como es dable apreciar los hechos relevantes en la acusación se encontraban presentes. No es dable exigir una total identidad entre cada palabra presente en la acusación y el fallo y menos aún impedir que se pruebe la forma en que se verificaron los hechos. La acusación es un marco en que se encuadra la sentencia, pero la imputación se prueba en estrados ante los jueces que son los llamados a determinar que hechos son los que configuran la imputación no vulnerándose en este caso el principio de congruencia, exigido por el legislador.

En cuanto a la alegación de la defensa en orden a que al no haberse periciado el proyectil balístico de plomo se debe entender que éste no presentaba residuos orgánicos y consecuentemente no habría causado lesión alguna a la víctima, será desatendida ya que, según se ha dicho, se acreditó en estrados que ésta sufrió una lesión mientras permanecía al interior del local. Además, aún en el caso de que dicha lesión no existiera, los acusados habrían tenido dolo eventual al consentir en el asalto portando armas cargadas y aceptando la posibilidad de su uso, como ya se ha dicho.

Estos sentenciadores no comparten la tesis de la defensa en cuanto aseveró que los disparos debieron producirse en orden secuencial, por la dirección de las heridas de abajo hacia arriba, lo que necesariamente implicaría que el agresor fue uno solo, y que se encontraba en el suelo, desde que se acreditó que en el hecho se dispararon al menos dos armas diferentes y que la víctima resultó herida al interior del local, lo que se evidenció con las vainillas y proyectiles encontrados, así como con el rastro sanguíneo que existía en el trayecto que va desde el sector de las mesas del recinto y la puerta de éste, además de los dichos de la médico legista. En efecto, la perito además de las heridas de bala, al efectuar la autopsia del cuerpo de Rubén Cruz, constató la existencia de una herida contusa parietal anterior izquierda, por sobre la oreja que lesiona el cuero cabelludo, descartando que el goteo de sangre presente en las fotografías del local de comidas, en el sitio del suceso acompañadas por la fiscalía, corresponda a esta

herida del cuero cabelludo, explicando que para que dicha lesión provocara un goteo de sangre hacia el suelo, la víctima debía haber tenido la cabeza hacia abajo, lo que por cierto no ocurrió en este caso, ya que se desplazó caminando hasta la puerta, dejando mientras lo hacía rastros de sangre en el trayecto. Agregó además, que en todo caso, aún si hubiese estado con la cabeza hacia abajo, en dicha hipótesis habrían quedado gotas muy pequeñas, varias, y en la misma zona. Señaló en cambio que es factible que ese goteo corresponda a la herida de la zona inguinal, por cuanto es común que ese tipo de lesión provoque en quien la sufre ardor más que dolor, lo que permitiría que la persona camine. Además explicó la profesional que el hecho de que el seccionamiento de la arteria femoral no fue total, la existencia de coagulación, revelada por el hematoma, la presencia de ropa en la víctima, como se aprecia en las fotografías del sitio del suceso, hacen compatible el goteo, y no un chorro de sangre, con este tipo de lesión.

En cuanto a la posición de la víctima, nada obsta a que los agresores se encontraran en una posición similar. En todo caso, y aún estimándose que sólo una persona efectuó todos los disparos que le provocaron las lesiones a Rubén Cruz debe tenerse presente aquí lo reseñado en el párrafo anterior acerca de la existencia a todo evento de un dolo eventual en la acción de todos y cada uno de los acusados.

Señala el defensor que doña Katia Cabrera dijo que entre la primera herida y las restantes debieron pasar minutos, lo que se contradice con el resto de la prueba ya que probablemente no alcanzó a pasar un minuto entre ellas. A este respecto el tribunal entendió que la legista se refería a tiempos máximos ya que ella señaló que si una persona no es asistida ante una lesión en la arteria femoral mediante la elaboración de un torniquete en un lapso máximo de diez minutos, se produce el deceso, tiempo que es menor si no se realiza esta maniobra, por lo que no podía transcurrir un tiempo mayor a ese entre esta lesión y las restantes.

Las restantes alegaciones sostenidas por la defensa ya han sido latamente analizadas en los considerandos tercero y cuarto de este fallo, en el que se vierten las conclusiones a que ha arribado el tribunal.

SEXTO: Que perjudica a los cuatro imputados la circunstancia agravante contemplada en el artículo 456 bis N° 3, del Código Penal, esto

es ser dos o más los malhechores, comprobada latamente con los elementos de juicio expuestos en los considerandos precedentes, teniendo además presente que a juicio de estos sentenciadores para configurar la agravante no resulta necesario que los imputados tengan antecedentes penales, por cuanto el peligro mayor para la víctima y la mayor seguridad con que obran los hechos amparados en su número está siempre presente al haber multiplicidad de partícipes en un hecho delictual.

SEPTIMO: Que no perjudica al sentenciado Pedro Díaz Hernández, contrariamente a lo sostenido por la fiscalía, la circunstancia agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal, esto es ser reincidente en delito de la misma especie, por cuanto a juicio del tribunal no basta para configurarla el sólo mérito de su extracto de filiación, habiéndose acompañado en estrados sólo una sentencia relativa a la causa RUC 0100019874-5, del Juzgado de Garantía de la Serena, en la que consta que su dictación es posterior a la fecha de acaecimiento de los hechos que motivaron este juicio, no constando en todo caso que se encuentre ejecutoriada. Respecto de las restantes anotaciones prontuariales no existe constancia acerca del momento, la fecha en que dichas sentencias quedaron ejecutoriadas, por lo que no se dan los requisitos para acogerla.

OCTAVO: Que no beneficia al sentenciado Jaime Oteiza Oteiza, la circunstancia atenuante de colaboración substancial al esclarecimiento de los hechos, contemplada en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, por cuanto a juicio de estos sentenciadores la exigencia para configurarla es muy alta, debe determinarse previamente si este prestó colaboración al esclarecimiento de los hechos y si esta puede ser calificada como substancial. Al incorporar el legislador esta atenuante en reemplazo de la anterior, que exigía que no existiera otro antecedente que su espontánea confesión, disposición incompatible con los principios del nuevo sistema penal y que hacían necesaria su adecuación, mantiene la alta exigencia de la antigua norma, necesitándose que la contribución del acusado sea sustancial para el esclarecimiento vocablo que entre otras acepciones, significa en el Diccionario de la Real Academia Española, "Que constituye lo esencial y más importante de algo".

En estrados el acusado negó haber proporcionado los nombres de sus coimputados a la policía, manifestando sólo haber entregado sus

apodos, negó haber señalado donde estos estaban viviendo, reconociendo haber entregado \$25.000 de los robados a la policía, dinero que es acompañado como evidencia por la fiscalía y reconoce haber señalado quien era autor de los disparos.

Sin perjuicio que el tribunal estima que su colaboración no fue sustancial por cuanto la policía ya conocía el inmueble donde se encontraban las especies, al que llegaron luego de empadronar al testigo Traslaviña, testigo que según depuso en estrados el día de los hechos, aproximadamente a la 1,10 AM vio a tres sujetos jóvenes corriendo, los que ingresaron a un pasaje aldeaño, llevando uno de ellos una bolsa. Según señaló este testigo y los policías, fue él quien les indicó el pasaje, que sólo tenía tres casas, al que se habían dirigido los imputados y siendo uno de ellos hijo de la dueña de casa resultaba posible llegar a los demás. Es importante consignar que los dichos del acusado no fueron veraces, él no reconoció la existencia del disparo interior por otro partícipe, no dio su nombre, inculpando como autor de este sólo a Velásquez, es decir su colaboración fue sesgada e interesada y aparece como una forma de librarse el mismo de responsabilidad inculpando en el ilícito investigado a un tercero para obtener una pena menor ya no sólo por esta atenuante, sino mediante la omisión de antecedentes fundamentales para la investigación como se acreditó.

NOVENO: Que favorece a los sentenciados Pedro Antonio Díaz Hernández, Jaime Oteiza Oteiza, Gabriel Alarcón Roa y Antonio Muñoz Pinto la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior. En efecto, si bien Pedro Díaz registra en su extracto de filiación condenas por sentencias anteriores a la comisión de este ilícito, no consta la fecha en que dichas sentencias quedaron ejecutoriadas, desde que no se acompañaron certificaciones de dichas causas, y atendido el principio de inocencia desde que nadie puede ser considerado culpable, en este caso condenado, sino desde que una sentencia judicial ejecutoriada así lo declare. Por su parte, en cuanto a Jaime Oteiza Oteiza, si bien éste registra anotaciones en su extracto de filiación, del certificado relativo a la causa 73.868 del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua, incorporado en la audiencia, aparece que ésta, al 1 de junio del año 2002, con posterioridad al ilícito que no ocupa, no se encuentra ejecutoriada. La otra anotación prontuarial que registra, no se encuentra certificada, además de re-

ferirse a una falta. En cuanto al acusado Antonio Muñoz Pinto, si bien en su extracto de filiación registra una causa, ésta no se encuentra certificada, por lo que no consta si a la fecha de comisión de este ilícito ésta se encontraba ejecutoriada. Finalmente, del extracto de filiación de Gabriel Alarcón Roa aparece que éste fue condenado como autor de receptación con posterioridad a la fecha de comisión de este ilícito, sin registrar otras condenas.

DECIMO: Que no existen otras circunstancias modificatorias de responsabilidad que considerar y favoreciendo a los acusados Pedro Díaz, Gabriel Alarcón, Jaime Oteiza y Antonio Muñoz una atenuante de responsabilidad criminal y perjudicándoles una agravante, se compensarán pudiendo el tribunal recorrer toda la extensión de la pena al aplicarla.

UNDECIMO: Que con el objeto de acreditar la participación en calidad de encubridora del delito de robo con homicidio que habría correspondido a Graciela Hernández, el Ministerio Público rindió prueba que resultó insuficiente. El policía Jaime Rojo Quintanilla declaró en la audiencia que ingresaron hasta el domicilio de calle Los Tulipanes 350 y que Graciela Hernández autorizó dicha entrada, lugar donde el resto del equipo encontró bolsas con monedas. El policía Víctor Rojas también señala que en un registro voluntario al inmueble se encontró especies relativas al robo, tales como cajetillas de cigarrillos y dinero, explicando además que cerca de un muro posterior del inmueble se encontró un celular, que permitió establecer los números discados y recibidos por este, uno de los cuales correspondía a la madre de Oteiza. Señala además el policía que la imputada, una vez verificado el registro, los acompaña voluntariamente a la unidad policial donde permanece hasta horas de la tarde, cuando se materializó su detención. El policía Alex García si bien señala que la autorización para ingresar la dio otra mujer, llamada Denis, expresa que posteriormente llegó hasta el lugar Graciela Hernández, quien los acompañó voluntariamente a la unidad policial. Señala que en las inmediaciones de este domicilio se encontró un teléfono celular, que permitió ubicar a una dama que había hecho un llamado a éste desde un teléfono fijo de Coquimbo, por lo que al contactarla supieron que hasta ese lugar llegaría más tarde Oteiza. Reconoce en estrados el teléfono celular que refiere, el que es incorporado por la fiscalía como prueba. El policía Cristián Rocco señala que Graciela

Hernández dio autorización voluntaria para el ingreso a su domicilio, y accedió a declarar voluntariamente, acompañándolos a la unidad policial, lugar donde recibió un llamado señalando “estoy con los ratis, quédate ahí no más huevón y cortó”. Posteriormente se acreditó en la audiencia con los dichos de Oteiza, que el fue el quien efectuó el llamado, desconociendo haber manifestado lo último. Este policía señala que esto ocurrió alrededor de las cuatro de la mañana del día de los hechos. Señala además que en el inmueble, en un dormitorio producto del registro encontró una bolsa con monedas de \$100, las que reconoce en la audiencia y son incorporadas como prueba por la fiscalía.

DUODECIMO: Como es dable apreciar ha resultado acreditado en la audiencia que existió un registro en el inmueble de la acusada, sin necesidad de orden judicial previa, y luego concurrió a la unidad policial a declarar, sin encontrarse detenida, donde permaneció desde la madrugada hasta la tarde del día de los hechos. El que se encontraran especies en su domicilio, no implica su participación es este delito, desde que al menos algunos de los hechos vivían allí, según ella misma relató en estrados. No se acreditó que le haya señalado a Oteiza “quédate ahí no más huevón”, cuando este la llamó por teléfono, horas después de los hechos, cuando ella se encontraba en el cuartel policial, ya que al respecto sólo existe el dicho del funcionario policial, pues la acusada sólo dijo haberle señalado que estaba en el cuartel policial lo que también declaró Oteiza, situación que era efectiva, acción que este tribunal estima insuficiente para proporcionar la fuga a los imputados. A mayor abundamiento es dable pensar que ella pudo estimar, al hablar con Oteiza, que éste se encontraba acompañado de su hijo, caso en el cual, estaría amparada por la exención de responsabilidad contemplada en el inciso final del artículo 17 del Código Penal, toda vez que según aparece del certificado de nacimiento acompañado como prueba, ésta es madre de Pedro Díaz Hernández.

Atendido lo razonado y teniendo presente lo dispuesto en el artículo 340 del Código Procesal Penal y no habiendo adquirido este tribunal la convicción más allá de toda duda razonable de que Graciela Hernández participara como encubridora en el hecho punible objeto de la acusación, estándar de prueba que no se logró, se dictará sentencia absolutoria en favor de la imputada.

EN CUANTO A LA ACCION CIVIL

DECIMO TERCERO: Que don Alex Mauricio Cruz Barraza, ha deducido acción civil en contra los acusados Pedro Díaz Hernández, Gabriel Alarcón Roa, Jaime Oteiza Oteiza y Antonio Muñoz Pinto, solicitando que el Tribunal los condene solidariamente al pago de una indemnización por daño moral, ascendente a \$100.000.000 (cien millones de pesos), con costas.

DECIMO CUARTO: Que el tribunal tiene por acreditado suficientemente el dolor y aflicción sufridos por Alex Mauricio Cruz Barraza con sus declaraciones prestadas en la audiencia unidas a las de los testigos Norma Collao Villegas, Rosa Rojo Bogueño, Vicente Vergara Araya, y Rubén Cruz Barraza, hijo este último de Rubén Cruz Pérez, según se acreditó con el competente certificado de nacimiento incorporado en la audiencia quienes están contestes en el detrimento anímico que la muerte de Rubén Cruz Pérez, su padre según se comprobó con su certificado de nacimiento y el de matrimonio de sus padres incorporados en la audiencia, ha provocado en el demandante.

DÉCIMOCUARTO: Que habiendo sufrido a consecuencia de la muerte de Rubén Edgardo Cruz Pérez, el demandante civil, un dolor que en justicia debe ser resarcido, se regulará prudencialmente el monto de la indemnización, por concepto de daño moral, fijándose en la suma de \$20.000.000 (veinte millones de pesos) .

DECIMO QUINTO: Que en nada influyó la declaración del policía Segundo Leitón, en la convicción del tribunal sea para acreditar o desvirtuar la existencia de los ilícitos o la participación de los acusados en éstos, toda vez que se limitó a referir dichos de terceros, sin haber tenido mayor participación en la investigación. De igual modo no influyen en la convicción arribada el extracto de filiación de Graciela Hernández, incorporado en la audiencia, una cajetilla de cigarrillos signada con el número 18 en el auto de apertura de juicio oral y la copia de licencia media y certificado de estudios de Jaime Oteiza.

Y Visto además lo dispuesto en los artículos 1, 14, 15, 11 N° 6, 18, 24, 28, 50, 68, 433 N°1 del Código Penal ; 295, 297, 325 y siguientes, 340, 341, 342 , 348 y 468 del Código Procesal Penal y 2314 del Código Civil se declara:

EN CUANTO A LA ACCIÓN PENAL:

I.- Que se condena a los imputados **PEDRO ANTONIO DIAZ HERNÁNDEZ, GABRIEL RENATO**

ALARCÓN ROA, JAIME ANDRÉS OTEIZA OTEIZA Y ANTONIO LEONARDO DEL CARMEN MUÑOZ PINTO, ya individualizados, a sufrir cada uno la pena de **VEINTE AÑOS DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MAXIMO**, accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa, las que soportaran por partes iguales, como coautores del delito de robo con homicidio del que fuera víctima Rubén Edgardo Cruz Pérez, perpetrado en Coquimbo el día 24 de noviembre de 2001.

II.- Que no reuniéndose los requisitos legales, no se concede a los sentenciados ninguno de los beneficios establecidos en la ley 18.216, por lo que deberán cumplir real y efectivamente las penas impuestas a cada uno de ellos las que se contarán respecto de los sentenciados Díaz Hernández, Alarcón Roa y Oteiza Oteiza, desde el 25 de noviembre de 2001, fecha desde la cual se encuentran ininterrumpidamente privados de libertad en tanto al sentenciado Muñoz Pinto, se le empezará a contar desde el 6 de diciembre de 2002, fecha desde la cual se encuentra ininterrumpidamente privado de libertad, según da cuenta el auto de apertura que dio inicio a este juicio.

III.- Que se decreta el comiso de una pistola marca Norinko Famae, modelo FN 750, calibre 9mm corto con su respectivo cargador, doce cartuchos calibre 9mm, un cargador de pistola marca Walter color negro, siete cartuchos calibre 32mm, un ce-

lular marca Nokia, una máscara color rojo, dos vainillas percutidas de 9mm, una vainilla de cobre percutida, un proyectil balístico encamisado y un proyectil balístico de plomo, debiendo remitirse en su oportunidad las armas y municiones a los arsenales de guerra, para su destrucción.

Hágase devolución de la restante evidencia acompañada al Ministerio Público.

IV.- Que se absuelve a la imputada **GRACIELA DE LAS MERCEDES HERNÁNDEZ BRAVO**, de la acusación que se le formuló como encubridora del delito de robo con homicidio materia de este juicio.

EN CUANTO A LA ACCIÓN CIVIL:

V.- Que **SE HACE LUGAR** a la demanda civil intentada por don Alex Mauricio Cruz Barraza, sólo en cuanto se condena a los demandados civiles **PEDRO ANTONIO DIAZ HERNÁNDEZ, GABRIEL RENATO ALARCÓN ROA, JAIME ANDRÉS OTEIZA OTEIZA Y ANTONIO LEONARDO DEL CARMEN MUÑOZ PINTO**, ya individualizados, al pago en forma solidaria de la suma de veinte millones de pesos (\$20.000.000) por concepto de daño moral, con costas

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

Regístrese.

Redactada por la Juez Caroline Turner González.

Rol: 94-2003.

Dictada por los Jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena Liliana Mera Muñoz, Caroline Turner González y Jaime Meza Sáez.

- **Condena al acusado a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias legales, al pago de las costas de la causa y a la pérdida de la patria potestad y todos los derechos que la ley le confiere respecto de los bienes y persona de su hija como autor del delito de violación.**

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

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de violación en contra de su hija menor de 12 años, alegando la agravante especial del artículo 368 del Código Penal. La Defensa sostuvo la inocencia del acusado, y en subsidio solicitó el rechazo de la agravante del artículo 368 del Código Penal, porque los ascendientes no están nombrados expresamente en él. El Tribunal dio por acreditados tanto la ocurrencia del ilícito como la participación del acusado, desechando los alegaciones de la Defensa respecto de supuestas irregularidades administrativas en el peritaje legista, tanto más atendidas las condiciones en que el Servicio Médico Legal debe funcionar, especialmente en las ciudades pequeñas. Asimismo, dio valor al testimonio de la sicóloga tratante de la menor contra lo planteado por la Defensa, por cuanto ella declaró respecto del relato prestado por la víctima antes de iniciar el tratamiento psicológico, y en su calidad de experta. Respecto de la agravante invocada por el Ministerio Público, la acogió por estimar que concurrían los presupuestos para su procedencia. Ello porque el acusado vivía con su hija y se encontraba encargado por cualquier título, específicamente por mandato legal, del cuidado de ésta.

Texto completo:

Talca, treinta y uno de diciembre de dos mil tres.

Vistos:

El día veintinueve de diciembre de dos mil tres, ante esta Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca, integrada por los Jueces don Rodrigo Cerda San Martín, don Wilfredo Urrutia Gaete y doña María Isabel González Rodríguez, se llevó a efecto la audiencia de juicio oral relativa a los autos rol interno N° 69-2003, por el delito de violación en menoscabo de la menor M.C.B.O., seguido en contra de JUAN ALFONSO BERROCAL PEREZ, chileno, natural de Curacautín, cédula de identidad N° 7.614.996-8, de cuarenta y ocho años de edad, soltero, obrero, domiciliado en O'Higgins sin número de la comuna de Empedrado, nunca antes condenado.

El Ministerio Público, representado por la Fiscal, doña Mónica Cánepa Lobos, fue la parte acusadora en este juicio, cuyo domicilio se encuentra en calle Montt N° 155, de Constitución.

La defensa del acusado estuvo a cargo del Defensor Penal Público, don Alfredo Grandón Lagunas, domiciliado en Portales N° 429, de Constitución.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que los hechos materia de la acusación, según el auto de apertura de juicio oral, ocurrieron entre el mes de diciembre de 2001 y el mes de marzo de 2002, período en el que, en reiteradas ocasiones, el acusado accedió carnalmente por vía vaginal a su hija de seis años de edad, M.C.B.O., en el domicilio que el acusado compartía con la ofendida, ubicado en O'Higgins sin número, de Empedrado.

La Fiscalía calificó estos hechos como constitutivos del delito de violación de persona menor de doce años, previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, en grado de consumado, y estima que en ellos le ha correspondido participación, en calidad de autor, a Juan Alfonso Berrocal Obreque.

El Ministerio Público estima que en su favor concurre la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior establecida en el artículo 11 N° 6 del Código Penal y que le perjudica la agravante establecida en el artículo 368 del mismo cuerpo legal, por ser el padre de la ofendida y vivir junto a ella. Solicita se le imponga la pena de diez años y

un día de presidio mayor en su grado medio más las penas accesorias del artículo 28 del Código Penal y las costas de la causa.

En sus alegatos planteó que, para llevar a efecto el delito, el acusado aprovechó la relación que lo unía con la ofendida y los momentos en que la madre de la menor se ausentó del domicilio común, por asistir a reuniones de apoderados del colegio y cuando fue hospitalizada, hecho ocurrido en el mes de marzo de 2002.

Fundamentó la agravante del artículo 368 del Código penal ya citada, en la circunstancia que el acusado es padre de la ofendida y vivía junto a ella como tal y en que, según lo señalado por el perito psicólogo que evaluó a Berrocal Pérez, Juan Manuel Gálvez Villarreal, la relación de subordinación existente entre él y la víctima fue un elemento importante para provocar estos hechos, agregando que las relaciones humanas que éste establece responden al modelo de "dominio y sumisión". En el ámbito jurídico citó a Luis Rodríguez Collao, que en su libro sobre delitos sexuales plantea que, aún cuando en la norma legal citada no se menciona a los ascendientes, ésta debe ser interpretada en armonía con el artículo 371 del mismo cuerpo legal, en el que se dispone que se aplicará la pena como autor a aquéllos cómplices de este tipo de ilícitos que tengan la calidad de ascendientes, guardadores, maestros o cualquiera persona que actúe de este modo, con abuso de autoridad. El autor sostiene que no es lógico que los ascendientes no se encuentren comprendidos dentro de la agravante específica del artículo 368 del Código Punitivo cuando actúan como autores, en tanto sí se agrava su pena sí concurren en calidad de cómplices.

SEGUNDO: Que la defensa del acusado solicitó su absolución, fundamentando su petición en la circunstancia que no se va a acreditar ni el hecho punible ni la participación del acusado en aquél, ya que sólo existen pruebas indiciarias que no son aptas para destruir la presunción de inocencia que ampara a su representado. Cuestiona el testimonio de la supuesta ofendida, en cuanto a que estaría contaminado por las múltiples intervenciones y entrevistas con adultos, lo que se evidenciaría en la utilización de un lenguaje no acorde a su edad, el cual sería "aprendido". Desde ese punto de vista, resta todo mérito al informe de credibilidad del testimonio de aquélla realizado por la sicóloga Sofía Huerta Castro. Por otra parte, también resta crédito al testimonio de Ingrid Pérez

Valdés, quien carece de objetividad por ser la profesional que realiza sicoterapia a la menor. Agregó que el peritaje del médico legista, quien no es ginecólogo y por ello no tiene la experticia que se requiere, fue realizado con infracción a las normas que lo regulan y sus reglamentos; porque no se encontraba presente un familiar adulto de la menor y tampoco otro profesional del área de la salud. Tampoco consultó en su entidad, no fue firmado por otro perito que lo avalara y no puede determinarse, como lo afirmó el médico, que las lesiones ocurrieron tres meses antes del examen porque también pudieron haber sido causadas en un período anterior.

En lo relativo a una prenda de ropa interior femenina, -un calzón-, presentado como evidencia material por el Ministerio Público, estima que no constituye prueba del ilícito ni que el relato de M. B. O. sea veraz, porque habría sido extraído, tiempo después de la época en la que habrían ocurrido los hechos, de un baño que no fue resguardado debidamente por los funcionarios policiales, que comparte la familia de la ofendida con otras y que no fue reconocido por la madre de la menor.

En subsidio, para el evento que la decisión sea condenatoria, rechaza que concurra en contra de su representado la agravante que plantea el Ministerio Público, por cuanto en el artículo 368 del Código Penal, -se considere injusto o no-, no aparecen mencionados los ascendientes y guardador es un concepto jurídico que no es asimilable a aquél.

TERCERO: Que, aún cuando se le ofreció la palabra, el acusado se asiló en su derecho a guardar silencio durante la audiencia.

CUARTO: Que es un hecho no controvertido, por constituir una convención probatoria según el auto de apertura de juicio oral, que el extracto de filiación y antecedentes del acusado no registra anotaciones penales.

QUINTO: Que, habiéndose ponderado legalmente la prueba rendida durante el juicio, este tribunal tendrá por acreditadas las siguientes proposiciones de hecho:

1°) Que en el mes de marzo de 2002, en dos oportunidades, Juan Alfonso Berrocal Pérez accedió carnalmente a M.C.B.O., introduciendo su pene en la vagina de la segunda, mientras se encontraban en el hogar que ambos compartían, ubicado en O'Higgins sin número, de Empedrado.

I.- En cuanto al acceso carnal que efectuó el acusado a la víctima, la proposición se encuentra establecida con los siguientes antecedentes:

I.a) Testimonio de M.C.B.O.: Quien señaló que había concurrido a la audiencia porque “su papá le había hecho algo malo”; agregó que el acusado le había “metido una cosa”,- dibujándola con los dedos sobre la mesa y que pudo apreciarse como algo similar a un pene-, y mostró el lugar donde se lo había introducido, señalando la zona de los genitales. Relató que “sintió algo fuerte”, que “eso le dolía”, que le salía sangre y que, como manchó sus calzones, los botó en el baño por orden de su progenitor. Expresó que esto ocurrió en su domicilio, en dos oportunidades, cuando estaba sola con su padre porque su madre había concurrido a una reunión. Para llevar a efecto la acción, la primera vez, su padre la colocó sobre una banqueta y, en la segunda, en la cama de su hermano. Al respecto, luego de indicar lo señalado, reconoció y señaló la banqueta a la que se refirió en la foto N° 5, cuando se le exhibió en la audiencia.

Que, a juicio de este tribunal, el relato de la menor es veraz teniendo en consideración la forma en la que narró los hechos, el lugar y oportunidad en la que ocurrieron, las expresiones verbales y corporales que utilizó para explicitarlos y la actitud demostrada ante estos jueces. Esta impresión se corrobora por la persistencia y consistencia de éste, en relación a lo expresado por la ofendida a otros testigos y profesionales de la salud, según se consignará a continuación.

La credibilidad de su testimonio se encuentra reafirmado por la perito psicóloga del Instituto de Criminología, doña Sofía Huerta Castro, profesional a la que fue derivada la menor con el objeto de que emitiera su opinión respecto de este punto. Sus conclusiones indican que existen indicadores relacionados con agresión sexual, la que se encuentra asociada al acusado. Asimismo, que la menor presenta daño emocional, lo que se evidencia con un cambio de actitud, e incluso postural, cuando recuerda la situación y por la imagen negativa de su progenitor. Estima que el relato de la niña es veraz, porque es coherente, consistente y persistente, pese al tiempo transcurrido, lo que es un gran indicador a este respecto, teniendo en consideración la edad de la ofendida. Esto se encuentra reafirmado porque la niña describe detalles respecto a la posición en la que fue colocada; realiza movimientos propios de un acto sexual, imi-

tando los que habría efectuado su padre; describe dolor físico, el llanto provocado por éste y sangramiento. Descarta la posibilidad que la niña haya sido inducida por otras personas porque, atendido su edad y a lo complejo de la situación, no podría incluir reiteradamente los mismos detalles, lo que sólo resulta posible cuando se trata de experiencias vividas.

I.b) Declaración de Héctor Contreras Morales: El médico legista informó que, el día 23 de mayo de 2002, examinó a M. C. B. O. y a dos de sus hermanas. Sólo en la primera encontró signos de desfloración antigua, con una data que estimó en tres meses por la cicatrización que presentaban los tejidos. Observó múltiples lesiones del himen, concluyendo que fueron causadas por la penetración frecuente del miembro masculino. Descartó que éstas hayan sido producto de un evento accidental de otro tipo porque, en ese caso, habría un solo desgarró y no varios, ya que encontró múltiples restos de estructuras himeneales.

Que, a juicio de este tribunal y atendidas las condiciones en las que deben trabajar los profesionales que laboran en el Servicio Médico Legal, especialmente en ciudades más pequeñas, las supuestas irregularidades administrativas que denuncia la defensa respecto del peritaje no le restan valor a lo informado por el perito. En efecto, fue evacuado por un médico que desarrolla este tipo de labor hace varios años lo que permite presumir que tiene la calificación y experiencia para esos efectos y, lo que es más importante, describió las lesiones observadas y explicó claramente las razones por las que descartó que el desgarró del himen de la ofendida se haya producido en forma accidental.

I.c) Testimonio de María Luisa Muñoz Sepúlveda: La testigo, quien fue profesora jefe de la ofendida durante el año 2002 mientras ésta cursaba primer año básico en el Liceo San Ignacio de Empedrado, relató que en el mes de marzo del citado año, a dos semanas de iniciarse las clases, le llamó la atención la conducta de la menor ya que presentaba episodios de rabietas y se arrancaba de la sala. Habló en varias oportunidades con su madre. En el mes de mayo del mismo año, la niña tuvo una reacción de ese tipo muy fuerte y fue llevada a la Inspectoría General. Se llamó a su madre y se conversó con ella la situación. Posteriormente la testigo también habló con su alumna a solas y ésta le contó varios aspectos de su vida; que debía llevar a sus hermanos pequeños al jardín y que los

otros “la tocaban”. Acto seguido le dijo “tía, mi papá me viola y que le hacía daño”. Con el objeto de tratar este asunto de la mejor forma, la menor fue derivada a la psicóloga del colegio, doña Ingrid Pérez Valdés. Posteriormente denunciaron los hechos a la Fiscalía de Constitución.

I.d) Declaración de Ingrid Alejandra Pérez Valdés: La testigo, quien se desempeñaba como psicóloga en el colegio donde estudiaba la menor al momento de formularse la denuncia, narró que tuvo conocimiento de la situación cuando la niña le fue derivada por su profesora jefe, debido a que dijo ser víctima de abuso sexual por parte de su padre. Expresó que la menor le contó que su padre y hermanos la tocaban; que su padre lo hacía con “algo duro” en la zona vaginal y que esto le dolía, agregando que en una ocasión se manchó con sangre. Comenta que, para graficar, la niña dibujó en el aire un elemento fálico y con movimientos compatibles con este tipo de acciones le mostró lo que su padre hacía. Explicó las razones por las que dio credibilidad a la versión de la M. B. O. y que fue quien denunció los hechos a la Fiscalía Local de Constitución. Posteriormente ha realizado terapia reparatoria a la menor, ya que ésta se encuentra interna en el Hogar Buen Pastor de Constitución y ella presta servicios en esa institución. Comentó que, en la actualidad, el comportamiento de la niña es bueno y ha recuperado la confianza en los adultos.

Que, contrario a lo sostenido por la defensa, este tribunal otorga validez al testimonio de esta testigo, por cuanto relata lo señalado por la ofendida antes que ésta iniciara su sicoterapia y es concordante con lo señalado por la profesora de la niña y por la víctima, durante la audiencia. La relación profesional que ha mantenido con la víctima, no inhabilita su juicio, por tratarse de una testigo experta.

I.e) Declaración de María Guillermina Obrequé Pino: El relato de la madre de la menor es claro en cuanto a que en un primer momento no creyó lo que le dijeron, pero su opinión cambió después que conversó con su hija. La menor le habría contado lo que le hizo su padre; que le había salido sangre y que ésto había ocurrido en tres oportunidades cuando la ofendida cursaba primer año básico, mientras la testigo no se encontraba en la casa. Señaló que en esa época convivía con el acusado y que, producto de esa unión, nacieron cinco hijos. Ella se dedicaba a las labores del hogar y el cuidado de los menores y el trabajo de Berrocal Pérez era el sustento económico de la familia. Recuerda

que el padre se quedó en algunas oportunidades a cargo de la menor cuando ella iba a reuniones del colegio de sus hijos y también cuando fue hospitalizada, durante el año 2002. En esa oportunidad dejó los niños con su cuñada, pero su conviviente se los quitó y estuvieron bajo su cuidado durante una semana.

I.f) Testimonio de Pía Méndez Sepúlveda: La testigo, inspectora de la Policía de Investigaciones de Chile, concuerda con lo señalado por la madre de la menor en cuanto a que habría sido violada por su padre, según lo señalado por la niña, cuya versión su madre no creyó al principio, cuando lo oyó de otras personas, hasta que conversó con su hija. También la niña le mencionó que se había manchado con sangre y que su padre le había ordenado que arrojara su calzón al baño.

I.g) Evidencia material consistente en un calzón: La prueba incorporada al juicio sirve para reafirmar la veracidad del relato de la menor, en cuanto su hallazgo en el pozo negro que servía de baño al grupo familiar, coincide con la situación relatada por ésta; que lo arrojó allí por orden de su padre, porque se había manchado con sangre producto de la penetración de la que fue objeto. Su tamaño y figuras estampadas son ilustrativos para este tribunal en el sentido que se trata de una prenda infantil femenina.

Respecto de su hallazgo es útil el testimonio del Carabinero Juan Cabrera Celis, quien, por instrucción del Ministerio Público, concurrió en el mes de julio de 2002 al domicilio de la menor y recuperó esta prenda desde el interior de un pozo negro ubicado a 20 metros de la casa. Señaló que estaba mojado y “medio rojizo”. Reconoció la prenda durante la audiencia.

Lo propio hizo la químico-farmacéutica Nancy Fuentes Barriga, quien pericó la citada prenda e indicó que presentaba manchas café claro en la entrepierna y zona anterior y que se detectó la presencia de sangre, pero no de semen.

En lo relativo a la adecuada cadena de custodia de esta evidencia, son útiles las declaraciones de Cabrera Celis, policía que la inició; de Claudio Durán Torres, ex administrador de la Fiscalía Local de Constitución; y de Jaime Cáceres Hinojosa y Vanessa Yasmina Picón Vicencio, ambos auxiliares administrativos del Servicio Médico Legal.

II.- En lo concerniente al lugar de ocurrencia de los hechos y que éste correspondía al hogar común, resulta importantes los siguientes antecedentes:

II.a) Declaración de la ofendida: En cuanto indicó que los hechos ocurrieron en el interior de su domicilio y que, con el objeto de ejecutar los hechos materia de la acusación, su padre la subió en una banca ubicada en el comedor de la vivienda. En otra oportunidad, habría sido objeto de agresión sexual en la cama de su hermano.

II.b) Declaración de María Guillermina Obreque Pino y Pía Méndez Sepúlveda: Ambas manifestaron que la menor señaló lo indicado en el párrafo anterior y expresaron que el inmueble está compuesto por tres dependencias; un comedor –cocina, un dormitorio donde se encuentra la cama matrimonial y otro donde están las camas de los niños. Agregaron que en el sitio existe una caseta de madera con una ducha y otra con un pozo negro.

II.c) Fotografías numeradas del 1 al 13, exhibidas durante la audiencia: Tales pruebas fueron realizadas por la perito fotógrafo de la Policía de Investigaciones, Paula Castro Arellano, quien las reconoció y señaló que las captó en el marco de la investigación de los hechos por los que se acusa a Berrocal Pérez y que concurrió al domicilio con la policía Pía Méndez Sepúlveda.

Las mismas fueron exhibidas a la ofendida, su madre y a la inspectora de Investigaciones Pía Méndez Sepúlveda. Fueron reconocidas por éstas, como el domicilio donde habrían ocurrido los hechos, siendo particularmente importantes las numeradas como 2, 3, 4 y 5, que muestran la habitación destinada a cocina y comedor y la banca, que según la menor, fue el lugar donde su padre la subió para agredirla sexualmente. Las número 9 a 13, corresponden a una vista general de la caseta destinada a baño y, en detalle, el pozo negro que se utiliza como tal, donde fue encontrado el calzón presentado como evidencia por la Fiscalía, según lo señaló, también el Carabinero que inició la cadena de custodia de aquél, Juan Cabrera Celis.

III.- En lo referente a la época en que ocurrieron los hechos motivo de la acusación, este tribunal los fija en el mes de marzo de 2002 apreciando conjuntamente los dichos de la víctima, de su madre y de la policía Pía Méndez Sepúlveda. En efecto, la ofendida indicó que los hechos descritos en el I.- de este motivo ocurrieron cuando su madre no estaba porque había ido a una reunión; la segunda, que recuerda las agresiones sexuales ocurrieron cuando su hija M. C. B. O. cursaba primer año básico y que la niña le mencionó que su padre aprovechó que estaban solos para cometer tales

acciones. La madre de la menor recordó que, en una oportunidad, iba con todos sus hijos a una reunión de curso y el acusado le dijo que no llevara a M. ni a otra hija de dos años, las que se quedaron con él. También, que estuvo hospitalizada por un problema de salud y que dejó a todos sus hijos al cuidado de su cuñada; no obstante, después supo que ésta tuvo un problema con Berrocal Pérez y él se llevó a los niños, los que mantuvo bajo su cuidado por una semana. El testimonio de Pía Méndez es complementario, ya que reitera esas situaciones, agregando que la madre de la menor estuvo hospitalizada durante el mes de marzo de 2002, lo que corroboró con lo que le indicó la hermana del imputado, llamada Herminia Berrocal.

El testimonio de María Luisa Muñoz Sepúlveda y de Ingrid Pérez Valdés, quienes tomaron conocimiento de los hechos a fines del mes de mayo de 2002, concuerda en cuanto a que la niña cursaba primer año básico durante el año 2002 y que relató que el padre aprovechaba los momentos que estaban solos para ejecutar el hecho de la forma que se ha indicado.

2°) Que M. C. B. O. es hija del acusado y, en la época en la que ocurrieron los hechos referidos en el N° 1°) precedente, tenía seis años de edad. La aseveración se estima comprobada con lo consignado en el certificado de nacimiento de la ofendida incorporado como prueba documental al juicio, en cuanto consigna que nació en el 2 de noviembre de 1995, es hija de Juan Alfonso Berrocal Pérez y de María Guillermina Obreque Pino y que lo señalado se encuentra inscrito con el N° 14 del registro de nacimientos del año 1997 de la circunscripción El Barón, del Servicio de Registro Civil e Identificación.

SEXTO: Que, a juicio de estos sentenciadores, los hechos descritos en el motivo precedente configuran el delito de violación, en grado de consumado, de persona menor de doce años, previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, por cuanto un individuo accedió carnalmente, por vía vaginal, a una menor de seis años.

SEPTIMO: Que, en mérito de la prueba analizada precedentemente, especialmente lo declarado por la menor M. C. B. O. en los términos indicados en el quinto considerando, junto a los otros medios consignados allí, permiten llegar a la convicción, más allá de toda duda razonable, que a Juan Alfonso Berrocal Pérez le ha correspondido participación, en calidad de autor, en los hechos es-

tablecidos en el aludido motivo, por haber tomado parte en ellos de una manera inmediata y directa.

OCTAVO: Que, en relación a la capacidad del acusado de ser responsabilizado penalmente por el ilícito, es importante lo señalado por la perito siquiatra, doctora Bella Blanco Garcés, quien examinó a Juan Alfonso Berrocal Pérez y pudo concluir que no presenta características que impliquen alteración del juicio de realidad ni de su capacidad mental. Por tanto, siendo sano mentalmente, expresa que el acusado es imputable. Agregó que la entrevista clínica se desarrolló normalmente, con pleno conocimiento de parte del acusado del contexto de la situación y del profesional que lo estaba entrevistando y que presenta rasgos de personalidad antisocial por su incapacidad de empatía, escaso control de impulsos y de autocrítica.

NOVENO: Que se acoge en favor del acusado Juan Alfonso Berrocal Pérez la circunstancia atenuante de responsabilidad penal consagrada en el N°6 del artículo 11 del Código Penal, esto es, su irreprochable conducta anterior, teniendo en consideración la convención probatoria que señala que su extracto de filiación y antecedentes no registra anotaciones penales pretéritas.

DECIMO: Que, atendido el vínculo de parentesco que une al acusado con la ofendida y al hecho que vivían juntos, el Tribunal hace lugar a la agravante especial alegada por el Ministerio Público, establecida en el artículo 368 del Código Penal, por estimar que concurren los presupuestos para su procedencia en cuanto se encontraba encargado por cualquier título o causa, en este caso por mandato legal, del cuidado de la ofendida. En efecto, el artículo 222 del Código Civil dispone que toca de consuno a los padres, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos y el artículo 225 del mismo cuerpo legal sólo prefiere a la madre para ese cuidado personal, en el caso que vivan separados y siempre que no se haya dispuesto, de común acuerdo o por sentencia judicial, otra solución en virtud del interés superior del menor. Según quedó demostrado en el quinto considerando, la última hipótesis no es aplicable al presente caso, por cuanto, al momento de ocurrencia de los hechos, los padres de la ofendida mantenían convivencia y residían junto a la menor y otros cuatro hijos en el domicilio ubicado en O'Higgins sin número, de la localidad de Empedrado.

A mayor abundamiento, al efecto resulta importante lo señalado por el perito sicólogo del Instituto de Criminología, Juan Manuel Gálvez

Villarreal, quien evaluó a Juan Alfonso Berrocal Pérez e indicó que éste creció en un ambiente de múltiples carencias materiales y afectivas y que todas sus relaciones interpersonales son establecidas siguiendo el modelo de dominio-sumisión, el que ejercía dentro de su familia. Desde ese contexto y teniendo en consideración otros factores de riesgo en los que se encontraba la menor; consumo de alcohol, maltrato infantil y negligencia, se comprende en mejor forma las circunstancias que sirvieron de antecedente al desarrollo de los hechos.

UNDECIMO: Que siendo la pena asignada al delito tres grados de una pena divisible, esto es, la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, y concurriendo en la especie una circunstancia agravante especial de responsabilidad penal que no permite aplicarla en el mínimo, el marco legal queda reducido al presidio mayor en su grado medio a máximo, esto es de diez años y un día a veinte años.

DUODECIMO: Que, conforme lo asentado en el noveno motivo, concurriendo una minorante de responsabilidad penal, la pena que se aplicará será en el mínimo del marco penal resultante, según lo señalado en el undécimo considerando.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y lo dispuesto en los artículos 1, 11 N° 6, 14 N°1, 15 N°1, 18, 21, 24, 26, 28, 50, 68, 362, 368 y 370 bis del Código Penal; y artículos 1, 45, 46, 47, 275, 281, 295, 296, 297, 306, 314, 315, 325, 328, 329, 330, 333, 338, 339, 340 a 344, 346, 348 y 484 del Código Procesal Penal, se declara:

Que **SE CONDENA** al acusado **JUAN ALFONSO BERROCAL PEREZ**, ya individualizado, como autor del delito de violación en menoscabo de la menor M. C. B. O., perpetrado durante el mes de marzo de 2002, en la localidad de Empedrado, **a sufrir la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio**, 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.

Que en virtud de lo resuelto por esta sentencia y conforme lo dispone el artículo 370 bis del Código Penal, se priva al acusado Juan Alfonso Berrocal Pérez de la patria potestad y de todos los derechos que la ley le confiere respecto de la persona y bienes de su hija M. C. B. O., de los ascendientes y descendientes de ésta. No obstante, el acusado conservará todas las obligaciones legales cuyo cumplimiento beneficie a la víctima o sus des-

endientes. **Oficiese** a la oficina del Servicio de Registro Civil e Identificación que corresponda, a fin que lo resuelto sea subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento de la menor.

La pena corporal aplicada al sentenciado, se empezará a contar desde el 23 de mayo de 2002, fecha de su aprehensión y desde la cual se encuentra ininterrumpidamente privado de libertad, según consta del auto de apertura del juicio oral.

Atendida la pena impuesta, no se concede al acusado ninguno de los beneficios alternativos a las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la Ley N° 18.216, debiendo cumplir la sanción efectivamente privado de libertad.

Devuélvase, en su oportunidad, a la Fiscalía la documentación y prueba material acompañada durante la audiencia.

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

Contraloría General de la República y al Servicio de Registro Civil e Identificación.

Póngase al sentenciado a disposición del Juzgado de Garantía de Constitución para los efectos del cumplimiento de la pena, oficiándose al efecto al señor Alcaide del Centro de Cumplimiento Penitenciario de Constitución, a quien deberá adjuntársele copia de esta sentencia con el atestado de encontrarse ejecutoriada.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, archívese.

Sentencia redactada por la Juez , doña María Isabel González Rodríguez.

RUC N°0200063006-6.

RIT N° 69-2003.

PRONUNCIADA POR LOS JUECES DON RODRIGO CERDA SAN MARTIN, DON WILFREDO URRUTIA GAETE Y DOÑA MARIA ISABEL GONZALEZ RODRÍGUEZ.

- **Condena a los acusados a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, al pago de una multa de 11 U.T.M., accesorias legales y al pago solidario de las costas de la causa como autores del delito de estafa.**

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

Resumen:

La Fiscalía acusó a los imputados como autores de los delitos de estafa, de receptación y del artículo 196 A bis letra e) de la Ley de Tránsito. La Defensa alegó que siendo la venta de cosa ajena válida los hechos de la causa no eran sino un problema de índole civil. Alegó, también, que no se cumplían los elementos del tipo de estafa, por cuanto faltó el error no vencible y consecuencia directa del dolo de los actores. Finalmente alegó la incompetencia del Tribunal, porque la compra del auto chatarra, y por tanto el principio de ejecución, fue en Santiago. El Tribunal desechó los argumentos de la Defensa y tuvo por acreditada la concurrencia de cada uno de los elementos del tipo penal: el engaño en la compra de un auto chatarra que cambian por uno robado en buen estado y que ponen en venta en una automotora; el error en la creencia del adquirente de haber comprado un auto legítimo, y que no sólo sufrió éste, sino también el dueño de la automotora y aquellos funcionarios que practicaron dos revisiones técnicas; la disposición patrimonial y el perjuicio en el pago del precio y la adquisición de un auto robado. Respecto del delito de receptación, el Tribunal señaló que esta figura penal fue el medio necesario para cometer la estafa, y por tanto quedaba subsumida en ésta. También desechó la alegación de incompetencia, por cuanto la compra de un auto chatarra es un acto lícito. El primer acto de preparación se dio entre la fecha del robo del vehículo (30 de noviembre de 2001) y su posterior puesta en venta en la automotora de Curicó (22 de diciembre del mismo año). Finalmente, respecto del ilícito de la Ley de Tránsito, señaló que éste se refiere al fin de transitar, y en este caso fue para defraudar, por lo que lo desestimó.

Texto completo:

Curicó, doce de enero de dos mil cuatro.

VISTO, OIDO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que con fecha seis y siete de enero del año en curso, ante esta Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, presidida por la magistrado doña Paulina Rodríguez Rodríguez, e integrada por doña Graciela Carvajal Herrera y por don Hernán García Mendoza, se llevó a efecto la audiencia de juicio oral en la causa rol interno N° 43-2003, por el delito de estafa, perpetrado en esta ciudad el 02 de enero de 2002, en perjuicio de don Mario González Palavecino, seguido en contra de **NAYIDE DEL CARMEN TOLEDO ARAVENA RUN** N° 10.681.733-2, fecha de nacimiento el 30 de abril de 1963, 40 años de edad, dueña de casa, sin apodos, con domicilio en La Laguna, sin número, Teno, y **JORGE ALEJANDRO TOLEDO ARAVENA**, RUN N° 11.369.148-4, fecha de nacimiento el 06 de diciembre de 1968, 35 años

de edad, sin apodos, casado, comerciante, con domicilio en La Montaña sin número de Teno, ambos sin antecedentes penales anteriores, según consta de sus extractos de filiación y antecedentes exentos de anotaciones penales pretéritas, acompañados a la audiencia por el Ministerio Público como **documentos N° 1 y 2.**

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 Vinko Fodich Andrade. En tanto, el abogado Julio Herrera Rosales actuó como acusador particular por el querellante Mario González Palavecino, solicitando ser notificado al fono fax 319185 o al correo electrónico *julioadoc@tie.cl*

La defensa de los acusados estuvo a cargo del abogado Sergio Aguilera Jara de la Defensoría Penal Pública de Curicó, con domicilio en Argomedo N° 280 de esta ciudad.

SEGUNDO: Que, según el auto de apertura de juicio oral, el Ministerio Público de Curicó dedujo acusación en contra de los acusados Nayide del Carmen Toledo Aravena y Jorge Alejandro Toledo Aravena como coautores del delito de estafa, en grado de consumado, tipificado en el artículo 468 del Código Penal y sancionado en el artículo 467 N° 1 del Código Penal, en relación con el artículo 68 inciso segundo del Código Penal, señalando que el día 14 de junio de 2001 los acusados concurren a la ciudad de Santiago, donde adquirieron el vehículo patente SE-4651 de color negro, marca Nissan V-16, el que por instrucciones de la Compañía de Seguros se remataba por pérdida total del vehículo ya que éste había participado en un accidente de tránsito quedando totalmente destruido, dicho accidente de tránsito estaba siendo investigado por el 21° Juzgado del Crimen de Santiago causa rol N° 59-05-2001, se realizó el remate de rigor y se emitió la factura del vehículo a nombre de Nayide del Carmen Toledo Aravena, en la suma de \$900.000.-, posteriormente, a fines del mes de diciembre del 2001, los acusados Toledo Aravena concurren a la Automotora Cordillera de esta ciudad ubicada en calle Carmen N° 447 de Curicó donde entregan en consignación el referido vehículo para su venta con la misma patente ya indicada pero con una característica bastante peculiar, ya no era el vehículo totalmente destruido sino que se trataba de un vehículo que no tenía ningún tipo de choque ni daño, se encontraba completo, de color blanco, mismo modelo y marca, pero tenía el número de motor y chasis adulterado, luego se estableció que este nuevo vehículo, que figuraba con la patente del vehículo rematado, había sido robado el día 30 de noviembre de 2001, correspondiendo en definitiva al vehículo patente PN-5698 de propiedad de don Luis Toro Hernández, se realizó esta entrega en la Automotora Cordillera y se procedió a su venta el día 04 de enero de 2002 a don Mario González Palavecino quien lo adquirió en la suma de \$3.000.000.- con toda su documentación al día; una vez realizados todos los trámites de inscripción don Mario González quería utilizar el vehículo para trabajar como taxi, concurre a la Secretaría Regional de Transportes de Talca, donde solicita se autorice a éste cambiar de color, de blanco a negro a fin de trabajar como taxi, se encuentra con que este vehículo ya tenía el color negro y autorización para trabajar como taxi, fue por esta razón que González Palavecino concurre a las dependencias

de la Sección de Encargo y Búsqueda de Vehículos de Talca donde se procedió a la revisión del vehículo, percatándose que los números de motor y chasis se habían adulterado. Califica los hechos como constitutivos del delito de estafa, previsto y sancionado en el artículo 468 en relación al artículo 467 N° 1, ambos del Código Penal, correspondiéndoles a los acusados una participación en calidad de coautores conforme lo previene el artículo 15 N° 1 del Código Penal, beneficiándolos la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, su irreprochable conducta anterior. Solicita el Ministerio Público se condene a los acusados a sufrir cada uno la pena de ochocientos días de presidio menor en su grado medio y multa de ocho unidades tributarias mensuales, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 467 N° 1 del Código Penal, más las accesorias legales y costas.

En sus alegatos de apertura y clausura el Ministerio Público reiteró las argumentaciones contenidas en el auto de apertura de juicio oral, señalando además que se tipifican los delitos de receptación y el del artículo 196 A bis letra e) de la Ley del Tránsito, por lo que deberá darse aplicación al artículo 75 del Código Penal, en consecuencia, la pena deberá ser de presidio menor en su grado máximo, esto es, tres años y un día para cada uno de los acusados.

TERCERO: Que el abogado Julio Alex Herrera Rosales, actuando por el querellante Mario González Palavecino, dedujo acusación particular en contra de los acusados Nayide del Carmen Toledo Aravena y Jorge Alejandro Toledo Aravena, señalando que el día 3 de enero de 2002 don Mario González Palavecino concurre a la Automotriz Cordillera de la ciudad de Curicó para comprar un vehículo para colectivo, lugar donde lo atendió el vendedor y propietario don Julio Farías González, a quien su representado le señaló su necesidad de un vehículo para colectivo, ofreciéndole un automóvil marca Nissan, modelo V-16, Ex Kai, año 1988, color blanco, el que estaba inscrito a nombre de Nayide del Carmen Toledo Aravena. Añade que el vehículo se encontraba en buen estado de conservación, con la documentación al día, por lo que don Mario González Palavecino hizo una oferta en dinero en efectivo de \$3.350.000.- con comisión incluida, la que fue aceptada, concurren a la Notaría de Eduardo de Rodt de esta ciudad en compañía de don Julio Farías a realizar la transacción, firmada ya por la vendedora; se realizó el contrato,

entregándole un cheque a nombre de don Julio Farías por el valor del vehículo, más comisión, llevándose su representado el vehículo; días después, cuando su representado efectuó diligencias conducentes para ingresar la patente del vehículo a la Subsecretaría de Transportes, como colectivo, se encontró con la sorpresa que este vehículo ya estaba inscrito como taxi en la Región Metropolitana, por lo tanto, si ya fue utilizada con este fin, no puede ser nuevamente ingresada para lo mismo, incluso don Mario González Palavecino lo había pintado negro y tenía el mismo permiso de circulación como taxi-colectivo, y sólo faltaba la autorización de la Seremi de Transportes, en dichas circunstancias su representado le comunicó a don Julio Farías tal situación, quien le manifestó que lamentaba el hecho y que podía venderlo nuevamente en su negocio, pero le recomendaba cambiarle el color al blanco que tenía. Agrega que su representado aceptó su consejo y cuando venció la revisión técnica, lo llevó a la planta y le informaron a su representado que no era de una legítima procedencia, ya que tenía otros números de serie debajo del que aparentaba; en dicho momento concurrió a la Sección de Encargo y Búsqueda de Vehículos de Talca para que verificaran si el vehículo era o no el que le habían vendido, dándose cuenta del engaño de que había sido víctima por parte de la vendedora Nayide del Carmen Toledo Aravena, quien por intermedio de su hermano Jorge Toledo Aravena entregó este vehículo a la compraventa denominada Automotriz Cordillera para su comercialización, donde su representado, de buena fe, compró un vehículo para transporte público y le vendieron uno con identidades falsas de dudosa procedencia.

El acusador particular califica los hechos descritos como constitutivos del delito de estafa, previsto en el artículo 468 del Código Penal y sancionado en el artículo 467 N° 2 del mismo cuerpo legal, correspondiéndoles a los acusados Nayide del Carmen Toledo Aravena y Jorge Alejandro Toledo Aravena una participación en calidad de coautores, concurriendo en favor de ambos acusados la atenuante de la irreprochable conducta anterior y la agravante establecida en el artículo 12 N° 5 del Código Penal, esto es, obrar con premeditación conocida o emplear astucia, fraude o disfraz, solicitando se condene a los acusados a sufrir cada uno las penas de cinco años de presidio menor en su grado máximo y multa de quince unidades tributarias mensuales, accesorias legales y costas.

En sus alegatos de apertura y clausura reafirma sus planteamientos contenidos en el auto de apertura de juicio oral, concluyendo la participación culpable de ambos acusados. Agrega que no dedujeron acciones civiles porque hay acciones civiles interpuestas en otro tribunal que sí es competente.

CUARTO: Que la defensa de los acusados expuso en su alegato de apertura que en nuestro ordenamiento la venta de cosa ajena vale, según lo dispone el artículo 1815 del Código Civil, hay que preguntarse si existe fraude o estafa por vender una cosa ajena, se ha dicho que hubo estafa, engaño, una maquinación fraudulenta, sin embargo, la inscripción en el Registro de Vehículos Motorizados no constituye un requisito, garantía o prueba de la posesión como ocurre con los bienes raíces, es sólo un registro que se lleva por publicidad, que no determina la posesión de algo; lo único que va a escuchar el Tribunal es que efectivamente hay un vehículo que se enajenó en ciertas condiciones y que son las mismas en que este vehículo a su vez había sido adquirido. Agrega que si la venta de cosa ajena vale, no se puede reprochar a alguien que a sabiendas venda algo que sabe ajeno, el legislador no lo permite, incluso más, ese adquirente, que es el querellante, es poseedor de buena fe, él adquirió una especie corporal mueble que servía para la circulación, no comunicó, como condición de incorporarlo al parque automotriz de colectivo, esta persona adquirió un auto de color blanco, con ciertas condiciones técnicas, de cilindrada, lo poseyó durante un período prolongado de tiempo, estamos ante un problema de platas, esto no es un problema penal, el querellante ha circunscrito el perjuicio a \$3.000.000.- Añade que la estafa requiere que haya dolo directo en cuanto al engaño, este engaño parte de la base de una maquinación fraudulenta, pero en la víctima tiene que producirse un error, primero tiene que ser obra del dolo directo del agente, en este caso probar que fue de los acusados, el error tiene que ser no vencible, porque toda persona que adquiere un bien tiene que usar la suficiente diligencia y cuidado en lo que adquiere, la estafa requiere dolo directo y se tiene que acreditar. En cuanto al perjuicio este tiene que ser real, cree la defensa que es problema de resolución de contrato, existen otras vías para demandar ese perjuicio, no la vía criminal. Finaliza señalando respecto de una supuesta organización, supuestos actos complejos, invocando la incompetencia del Tribunal por haber principio de ejecución del delito en Santiago, el ar-

título 374 letra a) del Código Procesal Penal establece que son nulos los juicios y por tanto las sentencias que se dictan por tribunal incompetente. Finalmente la defensa solicita la absolución de sus representados, y como gozan de una irreprochable conducta anterior hacer aplicables los beneficios de la Ley N° 18.216.

En su alegato de clausura, la defensa agregó algunos conceptos sostenidos en su alegato de apertura, y añadió que respecto de la señora Nayide Toledo Aravena el único antecedente que hay es que firmó una adquisición de un vehículo, hizo cambio de color del vehículo al igual que la víctima, pero no se ha acreditado por ningún medio procesal que ella haya tenido un conocimiento más allá del que la víctima alega tener, el hecho de firmar la adquisición de un documento no hace partícipe de la ilegalidades del hecho, la acusada dio una explicación muy razonable, es su hermano, ha prestado firmas, facilitó su RUT, su nombre, su persona, pero los hechos tuvieron su principio de ejecución en Santiago, se adquirió todo en Santiago, el negocio fue hecho por su hermano, ella no tiene nada que ver en esta causa, su actividad no es punible, porque el requisito *sine qua non* de todo delito de estafa es un conocimiento, un dolo directo, aquí no existe el cuasidelito de estafa, tiene que tener un conocimiento real y acabado de los hechos que se estaban fraguando, y haber firmado un documento, haber prestado su nombre, no la hace responsable del delito que se le imputa, por tal razón la defensa señala que debe dictarse sentencia absolutoria, tenemos clara conciencia que el dueño real era la otra persona porque la inscripción de vehículos motorizados no es requisito, garantía ni prueba del dominio, es una solemnidad exigida por vía de publicidad. Respecto del ilícito, el vehículo sustraído es un Nissan Sentra y el vehículo enajenado es un V-16, modelos diametralmente opuestos y distintos, y el dueño del vehículo robado nos dijo V-16, pero los Carabineros, el peritaje, el documento, todo, indica que es un Sentra, modelo diferente, tenemos un modelo o un chasis que no corresponde a la apariencia externa del vehículo. Agrega que la chatarra que se compró en Santiago es un V-16 negro, completamente destruido, 75% destrucción, y vimos un V-16 blanco, el dueño dijo V-16 pero el documento dice Sentra, ni él sabe lo que se le robó. Considera la defensa que si el Ministerio Público lo que pretende para exacerbar la pena son los delitos conexos y las relaciones de hecho, el vehículo

chocado se adquirió en junio del 2001, las normas de competencia de los tribunales son clarísimas, el Tribunal no sería competente para conocer del hecho; respecto del imputado Jorge Toledo Aravena no está el elemento material del delito, no hay claridad que es lo adulterado, si es un V-16 o un Nissan Sentra, en el presente caso cree la defensa que puede haber una duda razonable respecto de la participación. Por otro lado, el Ministerio Público pretende exacerbar la pena con una situación prevista en la Ley de Tránsito, pero esta sanciona ilícitos que dicen relación con la conducción, el uso de patentes falsas tiene que ser una utilización en la conducción y aquí no se ha acreditado que el vehículo se haya conducido por el agente. Finaliza reiterando su solicitud de absolución y, en subsidio, atendida la irreprochable conducta anterior, solicita la aplicación de algún beneficio en el evento improbable que los antecedentes, según el Tribunal, den para dictar una sentencia condenatoria.

En tanto en la réplica, la defensa reitera algunos planteamientos en cuanto a la inocencia de Nayide Toledo Aravena.

QUINTO: Que la acusada Nayide del Carmen Toledo Aravena, haciendo uso del derecho a declarar que le confiere el inciso tercero del artículo 326 del Código Procesal Penal, exhortada a decir verdad señaló que si bien es cierto firmó una venta ella no tenía ningún antecedente sobre el auto, que aparece en una Notaría firmando una venta pero no tiene ninguna otra participación, jamás ha ido a Santiago, jamás ha estado en ningún lado, no sabía, no tenía idea, cuando la llamaron a declarar al Ministerio Público recién se vino a dar cuenta de lo que estaba sucediendo, dicen que es coautora, o cómplice, pero no es verdad, firmó pensando que estaba bien, estuvieron detenidos, se presentó la víctima con su abogado, lo único que han querido con su hermano es reparar un poco el asunto, estuvieron detenidos y se presentó la víctima pero le pedían \$38.000.000.-, querían estafarla, ellos han querido sacar provecho, el auto se vendió en \$3.000.000.-, todo esto le ha afectado mucho, siendo una persona honrada y se encuentra en un juicio, que la tomen detenida como una delincuente, el precio que ha tenido que pagar es demasiado alto, en estos momentos está sola, no tiene el apoyo del marido, se siente inocente, realmente firmó, pero no sabe manipular el auto, no sabe manejar, si don Mario compró el auto siendo chofer sabiendo manipular el auto y no se dio cuenta, menos se iba a

dar cuenta ella, ninguno de los testigos la puede apuntar como que la ha visto en algún lado, los únicos que la reconocen son los Carabineros, ni siquiera el caballero de la compraventa la conoce. Interrogada por el Ministerio Público indica que fue a la Notaría a firmar con su hermano Jorge y el caballero de la compraventa, no se acuerda de la fecha, sólo vio el contrato y nada más, ella sabía que su hermano compró el auto a su nombre, le dijo que lo iba a vender, su hermano vive un poco más abajo, fueron a la Notaría De Rodt. Se le exhibe un contrato de compraventa el que reconoce donde figura su nombre, dice que es su firma, la fecha que se indica es 4 de enero de 2002. Agrega que no conoció el auto, tampoco fue a la automotriz a verlo, fue al Registro Civil a solicitar cambio de color, llenó la solicitud de cambio de color la niña del lugar y ella lo firmó, esto porque su hermano compró el auto para colectivo, cuando fue al Ministerio de Transportes le dijeron que la patente se había vendido, ya no servía como colectivo, todo esto se lo dijo su hermano. Añade que es dueña de casa, tenía dos vehículos, pero actualmente dice no tener ningún vehículo, fue socia de Transportes Cruz Martínez, por este motivo tenía colectivos los que compró su papá a nombre de ella, hacía tiempo que querían venderlos. Interrogada por el acusador particular expresa que ella aparece firmando papeles, pero siempre lo ha hecho apoyada por otras personas, dice que González Palavecino le pedía \$38.000.000.- no hizo ningún depósito, el abogado Valderrama se presentó a presionarla, ella no recibió los \$3.000.000.-, sólo firmó la venta, seguramente su hermano recibió el dinero, no fue utilizada por su hermano. Interrogada por el defensor señala que el dueño del auto estaba en la automotora, luego su hermano lo tenía en su casa y ella nunca fue a su casa, su familia se dedicaba al transporte de pasajeros, ella era socia, cuando fue detenida la visitó el abogado Valderrama con la víctima, don Mario, a presionarlos, les subían la cantidad y no pudieron llegar a arreglo.

En tanto, el acusado Jorge Toledo Aravena en la oportunidad procesal que contempla el inciso final del artículo 338 del Código Procesal Penal, señaló que él hizo el negocio fraudulento, fue responsabilidad de él, su hermana no tuvo nada que ver, ella prestó su carnet.

SEXTO: Que con la prueba testimonial, pericial, documental y evidencia material rendida en el presente juicio, probanzas que se valoran libre-

mente, según lo preceptuado por el artículo 297 del Código Procesal Penal, que no contradicen las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, este Tribunal ha adquirido más allá de toda duda razonable, que se encuentran establecidas las siguientes proposiciones de hecho:

1° Que el día 14 de junio de 2001 la acusada Nayide Toledo Aravena, por gestiones efectuadas por el acusado Jorge Toledo Aravena, adquirió en la ciudad de Santiago, en subasta pública, el vehículo siniestrado, patente SE-4651-7 de color negro, marca Nissan V-16.

Dicha circunstancia se encuentra acreditada en el juicio con los siguientes elementos de prueba:

a) Dichos de **Carlos Hernández Vergara**, dueño de la sociedad Hernández y Hernández, quien indica que el vehículo que vendió chocado, un 75% dañado, lo compró el año 2001 en la casa de remates Marticorena, lo retiró su sobrino Alex Aguilera López con una grúa, le hicieron el aseo correspondiente pero no lo pudieron echar a andar, luego llegó un señor de apellido Toledo al segundo día de haberlo comprado, el 14 de junio, y se lo adquirió en la suma de \$1.200.000.-, su sobrino retiró el vehículo de la casa de remates con la guía de despacho. Añade que él compró el vehículo en Marticorena en la suma de \$900.000.- Se le exhiben al testigo dos fotografías ya incorporadas por el Ministerio Público a la audiencia como **evidencia material N° 1**, señalando que la patente corresponde al vehículo que vendió, esto es, SE-4651, pero el auto es imposible que corresponda a ese móvil, por cuanto el auto que vendió estaba siniestrado y era de color negro amarillo. Testimonio que se encuentra acorde con el Giro y Pago del Impuesto a la Transferencia de Vehículos Motorizados, de fecha 12 de junio de 2001, correspondiente al automóvil Nissan V-16 patente SE-4651-7, vendido por el martillero Marticorena y Cía. Ltda. a la acusada Nayide del Carmen Toledo Aravena, en la suma de \$900.000.-; con la factura N° 160438, de fecha 12 de junio de 2001, emitida por Marticorena y Cía Ltda. a nombre de Nayide del Carmen Toledo Aravena, por el vehículo referido, por la venta neta ascendente a \$900.000.- más comisiones; con la orden de remate N° LA/2001076 en la cual la Compañía de Seguros Generales Las Américas autoriza a Marticorena y Cía. Ltda. para efectuar el remate del vehículo Nissan V-16, patente SE-4651; y con la fotocopia del inventario de vehículos N° 04619

de Remates Marticorena y Cia. Ltda. que da cuenta de la recepción que hizo la casa de remate del móvil chatarra patente SE-4651 de manos de la Compañía de Seguros Las Américas, incorporados a la audiencia por el Ministerio Público como **documentos N° 16, 17, 23 y 25.**

b) Testimonio de **Alex John Aguilera López**, quien señala que trabaja en la Compraventa de Vehículos Hernández y Hernández, y respecto del vehículo que vendieron el 14 de junio este estaba siniestrado en más de un 50%, muy chocado, era un Nissan V-16, negro amarillo, patente SE-4651 se compró en la casa de remates Marticorena, y mediante una guía de despacho retiró de aquel lugar dicho móvil. Se le exhibe la guía de despacho N° 60983 de Marticorena y Compañía Limitada, en la cual se consigna el vehículo Nissan V-16, patente SE-4651, incorporado por la Fiscalía como **documento N° 24.**

c) Atestado del funcionario de Carabineros de Chile **Jaime Enrique Troncoso Romero**, quien señala que dentro de las actividades investigativas se envió a un funcionario policial a Santiago quien se constituyó en la casa de remates Marticorena y en la Aseguradora Las Américas, en donde recabó información que el vehículo placa patente SE-4651 había sufrido siniestro lo que se tradujo en pérdida total, luego había sido rematado por Hernández y Hernández. Añade que Carlos Hernández le había dicho al funcionario policial que él había rematado el vehículo en la suma de \$900.000.- y se lo había vendido al acusado Jorge Toledo Aravena. El testigo reconoce la guía de despacho de Marticorena que se le exhibe, a nombre de Hernández y Hernández, acompañada a la audiencia por el Ministerio Público como **documental N° 24**; reconoce además la factura N° 160438 de Marticorena y Cía Ltda., de 12 de junio de 2001, a nombre de la acusada Nayide Toledo Aravena, incorporada a la audiencia por el Ministerio Público como **documento N° 17.** Agrega que el funcionario recuperó también la documentación de la Aseguradora Las Américas. El testigo Troncoso reconoce asimismo el fax de carta, de 3 de enero de 2002, de la Compañía de Seguros Las Américas, incorporado a la audiencia por el Ministerio Público como **documento N° 21.**

d) Solicitud de inscripción ante el Registro Nacional de Vehículos Motorizados N° 99707, de fecha 25 de junio de 2001, del automóvil Nissan año 1998, patente SE-4651-7, en que aparece como nuevo propietario Nayide del Carmen Toledo

Aravena, el cual fue comprado en remate mediante factura, incorporado a la audiencia como **documento N° 15** por el Ministerio Público.

e) Certificado de Inscripción y Anotaciones Vigentes en el Registro Nacional de Vehículos Motorizados del automóvil Nissan V-16, 1998, de color blanco, patente SE-4651-7, el que indica como propietario anterior a la acusada Nayide del Carmen Toledo Aravena, de fecha 25 de junio de 2001, correspondiente a la prueba **documental N° 3** del Ministerio Público.

f) Fotocopia de factura N° 0005386, de fecha 13 de marzo de 1998, en que la empresa automotriz Mallouhi y Cia. Ltda. vende a Manuel Contreras Valdés el automóvil Nissan V-16, 1988, negro, motor N° GA16790808T, chasis N° 3N1EB31S2Z1020481, por la suma de \$4.290.000, correspondiente al vehículo placa patente SE-4651, incorporado a la audiencia como **documento N° 22** del Ministerio Público.

2° Que a fines del mes de diciembre de 2001, el acusado Jorge Toledo Aravena, concurrió a la Automotora Cordillera, de propiedad de Julio del Carmen Farías González, ubicada en Curicó, en donde entregó en consignación para su venta el referido vehículo patente SE-4651-7, marca Nissan V-16.

Dicha proposición de hecho se encuentra probada con los siguientes elementos de convicción:

a) Atestado de **Julio del Carmen Farías González**, quien señala ser comerciante de vehículos desde hace unos diez años, su negocio, la Automotriz Cordillera está en Membrillar N° 249 de esta ciudad, y en el mes de diciembre de 2001 recibió del acusado Jorge Toledo Aravena -al que reconoce en audiencia- un auto Nissan V-16, año 98, no recuerda patente, de color blanco, dejándolo para la venta.

b) Dichos de la propia acusada Nayide del Carmen Toledo Aravena quien reconoció que su hermano compró el auto a su nombre y le dijo que lo iba a vender.

3° Que el 02 de enero de 2002, Mario Eugenio González Palavecino adquirió en la Automotora Cordillera el referido vehículo Nissan V-16, patente SE-4651-7, de Nayide del Carmen Toledo Aravena, el que se encontraba en buen estado de conservación, por la suma de \$3.350.000.-, cantidad que fue cancelada mediante cheque, firmando el contrato de compraventa en la Notaría De Rodt el día 04 de enero de 2002.

Circunstancia que se encuentra acreditada con los siguientes elementos de prueba:

a) Dichos de **Julio del Carmen Farías González**, quien indica que habiendo recibido de Jorge Toledo Aravena el auto Nissan V-16 para su venta, llega un señor González quien le hace una oferta la que le comunica a Toledo Aravena, vendiéndoselo en la suma de \$3.350.000.- que fue pagada mediante cheque del Banco del Desarrollo, de 2 de enero de 2002. El testigo reconoce la fotocopia del referido cheque que se le exhibe, y el recibo de entrega del dinero a Jorge Toledo Aravena por la suma de \$3.200.000.- por la venta del vehículo Nissan V-16, patente 4651, de fecha 2 de enero, los que fueron incorporados a la audiencia por el Ministerio Público como **documentos N° 13 y 14**, respectivamente. Añade que la transacción se efectuó en la Notaría de Eduardo de Rodt de Curicó, firmó la hermana de Jorge Toledo, sólo tuvo contacto con ella para que le firmara el contrato de compraventa, suscrito entre Nayide del Carmen Toledo Aravena y Mario González Palavecino, incorporado por el Ministerio Público como **documento N° 5**, el que reconoce al exhibírsele en audiencia. Reconoce asimismo el Nissan V-16 que vendió en las dos fotografías que se le exhiben, incorporadas al juicio por la Fiscalía como **evidencia material N° 1**. Finaliza señalando que fue primera vez que le pasó algo así en muchos años.

b) Asertos de la víctima **Mario Eugenio González Palavecino**, quien señala que adquirió el vehículo patente SE-4651 el 02 de enero de 2002 en la Automotora Cordillera de Curicó, en tanto el contrato de compraventa lo firmó el 04 de enero de 2002 en la Notaría De Rodt de Curicó, en donde apareció vendiendo la acusada Nayide Toledo Aravena. El testigo reconoce en audiencia tanto la fotocopia del cheque como el contrato de compraventa que se le exhiben, incorporados por el Ministerio Público como **documentos N° 13 y 5**.

c) Dichos de la propia acusada **Nayide del Carmen Toledo Aravena**, quien señala que fue a la Notaría De Rodt a firmar junto a su hermano Jorge y el caballero de la compraventa, no se acuerda de la fecha, sólo vio el contrato y nada más, su hermano compró el auto a su nombre, le dijo que él lo iba a vender, el auto se vendió en \$3.000.000.- Se le exhibe en audiencia el contrato de compraventa por el vehículo patente 4651-7, por la suma de \$3.000.000.-, celebrado entre Nayide del Carmen Toledo Aravena y Mario González Palavecino, sus-

crito ante el Notario Público, el que reconoce señalando que es su firma la que aparece en dicho instrumento, la fecha que se indica es el 4 de enero de 2002, incorporado por el Ministerio Público como **documento N° 5**. Interrogada por el acusador particular señala que no recibió los tres millones, seguramente su hermano recibió el dinero.

d) Fotocopia de recibo de dinero por compraventa del vehículo marca Nissan V-16, patente SE-4651, año 1998, inscrito a nombre de Nayide del Carmen Toledo Aravena, en que se consiga que la Automotriz Cordillera recibió de Mario Eugenio González Palavecino la suma de \$3.350.000.-, de fecha 02 de enero de 2002, vendedor Julio Farías, incorporado a la audiencia por el Ministerio Público como prueba **documental N° 6**.

4° Que con posterioridad a la compra del automóvil patente SE-4651-7, realizada por Mario González Palavecino, se estableció que este tenía las placas patentes, el número de motor y chasis adulterados.

Circunstancia que se encuentra establecida con los siguientes elementos de prueba:

a) Dichos de **Mario Eugenio González Palavecino**, quien señala que luego de comprar el vehículo Nissan V-16, patente SE-4651-7, como pretendía darle un uso de taxi colectivo, lo pintó de color negro, le sacó la revisión técnica y el seguro, pero en Talca es rechazada su solicitud toda vez que ya había sido otorgada dicha patente para taxi colectivo, lo pinta nuevamente de color blanco, lo que le significó un nuevo gasto. Asertos que se encuentran en armonía con la fotocopia de dos certificados de seguro obligatorio del automóvil patente SE-4651-7, pagados por su propietario don Mario González Palavecino, indicándose en el primero que corresponde a un taxi colectivo y su fecha de vigencia es desde el 26 de febrero de 2001 al 31 de mayo de 2002, en tanto en el segundo se señala que corresponde a un automóvil cuya fecha de vigencia del seguro es desde el 01 de mayo de 2002 al 31 de marzo del 2003; y con la fotocopia del certificado de revisión técnica clase B y análisis de gases del referido vehículo patente SE-4651-7, de fecha 22 de marzo de 2002, probanzas incorporadas a la audiencia por el Ministerio Público como **documentos N° 11 y 12**. Añade el testigo que cuando fue a poner al día la revisión técnica que le vencía el 30 de abril, la persona que revisó el móvil llamó a su jefe y juntos le explicaron que en el chasis había algo malo, el empleado de la planta le

muestra el motor del auto indicándole que hay algo pegado que no corresponde al móvil, y que puede ser robado. Añade que el 02 de mayo de 2002 concurre a Carabineros de Talca, llegó como a las 7:45 horas de la mañana, en el lugar le practicaron una revisión que concluyó en que el mismo día el auto quedó incautado porque era robado, ya que se habían comunicado con la persona a la que le habían sustraído dicho vehículo, le hablaron de un señor Toro, de Santiago.

b) Dichos de **Jaime Enrique Troncoso Romero**, quien señala trabajar en el Servicio de Encargo y Búsqueda de Vehículos, y que el día 2 de mayo de 2002 se encontraba en Licantén y se recibió un llamado informando que se había apersonado Mario González Palavecino porque en la revisión técnica de su vehículo la habían rechazado por anomalía del número de identificación del vehículo; posteriormente se entrevistó con Mario González Palavecino quien le expresó haber comprado el automóvil en la Automotora Cordillera de Curicó, que pretendía usarlo como taxi colectivo pero fue rechazado, lo llevó a la revisión técnica donde le dijeron que el número del chasis estaba adulterado; seguidamente, al revisar el móvil, a simple vista se da cuenta que había una placa la cual estaba desprendida de una de sus partes, debajo estaba el número de chasis original, el cual había sido borrado, proceden a una nueva revisión del vehículo y encuentran un autoadhesivo en la guantera con el número original del automóvil. Agrega que con el número del autoadhesivo y además con el número que había florecido mediante la pericia química practicada, se determinó que se trataba de un robo a mano armada, cuya patente original era PN-5698. El testigo reconoce el autoadhesivo con el número de chasis original del vehículo patente PN-5698, el que se incorpora a la audiencia por el Ministerio Público como **evidencia material N° 4**. Además se le exhibe al testigo el Certificado de Inscripción en el Registro Nacional de Vehículos Motorizados del vehículo patente PN-5698, prueba incorporada por la Fiscalía como **documento N° 4**, el que coincide con el número de chasis impreso en el autoadhesivo encontrado en la guantera del auto patente SE-4651. Agrega que la placa metálica de aluminio es artesanal, no es original del auto porque este número de chasis se implanta en el cortafuegos del vehículo, y es imposible que vaya en una placa, porque la impresión se hace con un solo golpe, los números son equidistantes, sin variación entre nú-

mero y número en cuanto a distancia, y a simple vista se nota que no es trabajo original. Finaliza señalando que el procedimiento de revenido químico aplicado tuvo cien por ciento de certeza ya que los números aparecieron en forma nítida.

c) Atestado de **Raúl Ignacio Mandiola Espinoza**, teniente de Carabineros, quien señala que en mayo de 2002 se desempeñaba como jefe de la Sección de Investigación Policial de Talca, y el 02 de mayo de ese año, en horas de la mañana, Mario González Palavecino se acercó donde él trabajaba, siendo atendido por el cabo Rojas Miño, pidiendo le revisaran el auto Nissan V-16, año 1998, color blanco, patente SE-4651, porque le habían rechazado la revisión técnica, la revisión se hizo frente al cuartel junto a los carabineros Cofré y Rojas Miño, constatando que en el chasis, al costado superior, existía una placa adosada al pegamento que registraba los caracteres N31EV3152Z1020481, eran los números de identificación del vehículo, se desprendía que eran falsos, por lo que se vio obligado a dar cuenta a la Fiscalía de Talca, el funcionario Cofré Fuenzalida efectuó fijación fotográfica del vehículo, su número de placa y motor. El testigo reconoce las dos fotografías del vehículo referido las que reconoce como el vehículo revisado y que llevó Mario González Palavecino, incorporadas como **evidencia material N° 1** del Ministerio Público. Respecto de la placa añade que se encontraba al costado superior derecho del motor, la que retiró, detrás de ésta estaba el lugar físico desgastado, esta placa no era original, esta fue la situación por la cual llamó a la Fiscalía, la placa que contenía el número de chasis es rectangular y se encontraba sobrepuesta al auto, posee un VIN, los cuales identifican a un automóvil, elemento que se incorpora al juicio por el Ministerio Público como **evidencia material N° 2**, más tres fotografías que muestran la referida placa las que se incorporan agregadas a la **evidencia material N° 1**. Añade que las placas patentes permanecieron en el móvil hasta que personal especializado las retiró. Se le exhibe al testigo las placas patente SE-4651 del automóvil revisado, las que reconoce como las que tenía el vehículo en aquella ocasión, las que se incorporan a la audiencia por el Ministerio Público como **evidencia material N° 3**. Continúa señalando el testigo que le solicitó a Jorge Talma Talma que procediera a efectuar pericia al móvil, una vez practicada ésta aparecieron las sombras del número de chasis con los caracteres N31BEAB13TO11618. Se le exhiben al tes-

tigo dos fotografías de la parte delantera y otra de la parte posterior del vehículo en cuestión las que describe como correspondientes al automóvil Nissan V-16, color blanco, patente SE-4651, además una foto del motor del vehículo el cual exhibe el número de motor, y otra fotografía del torpedo interior del motor donde se aprecia una placa de metal donde aparecen los números identificatorios del chasis, según sus propios dichos. Al ser conrainterrogado por la Defensoría señala que los números que se rescataron correspondían al Nissan V-16, patente PN-5698, el cual al ser ingresado al sistema con que cuenta Carabineros registraba encargo por robo, que el número de chasis va en el cortafuegos del automóvil, bajo relieve, y no utiliza ningún tipo de placa.

d) Testimonio del funcionario de Carabineros **Jorge Cofré Fuenzalida**, de la Sección de Investigación Policial, quien señala que el día 2 de mayo de 2002 se encontraba de servicio junto al cabo Rojas Miño cuando se presentó a la Unidad Mario González Palavecino, quien venía para que le revisaran su vehículo que había comprado en la Automotora Cordillera, ya que lo había llevado en reiteradas oportunidades a revisión técnica, y que tenía el número de chasis cambiado. El testigo señala que fue él quien efectuó la fijación fotográfica del vehículo, reconociendo en audiencia las cinco fotografías del Nissan V-16, patente SE-4651, que se le exhiben, incorporadas por el Ministerio Público como **evidencia material N° 1**.

e) Atestado del funcionario de Carabineros **Benjamín Piva Valdés**, capitán de la Sección de Encargo y Búsqueda de Vehículos, quien señala que en mayo del 2002, mientras estaba en Licantén, fue informado que Mario González Palavecino había concurrido a la institución para verificar la veracidad del número de chasis y motor de su vehículo, y que al revisarlo constató que tenía el número de VIN, que es el número de identificación del movil, adherido a éste. Añade que en la guantera encontraron dicho talón, el que reconoce en audiencia al exhibírsele la **evidencia N° 4**. Asimismo reconoce la placa con el número de chasis falsa que tenía Mandiola en sus manos y que había sido desprendida del vehículo, la que se le exhibe en la audiencia, correspondiente a la **evidencia N° 2** del Ministerio Público, agregando que el número de chasis no se imprime en una placa sino que se hace en el cortafuegos, mediante fuerza.

f) Declaración del perito **Jorge Eduardo Talma Talma**, quien informa al Tribunal que el día 2 de mayo de 2002 fue requerido por el Ministerio Público a objeto de efectuar pericia a un vehículo Nissan V-16, patente SE-4651, dicho vehículo mantenía números de chasis y motor adulterados, revisa el cortafuegos observando que en esa zona se encontraba una placa de metal la que presentaba uno de sus lados levantados, en el costado derecho estaba el número de motor visiblemente alterado. Añade que procedió a aplicar en la zona del motor reactivos químicos con la finalidad de revelar el número oculto, ya que estaba alterado, aplicó el revenido químico, no se logró restablecer el número del motor, en tanto en la zona del cortafuegos aplica reactivos químicos logrando restablecer el número de serie. Agrega que esta diligencia del 2 de mayo fue fijada fotográficamente por el cabo Cofré. El testigo reconoce cinco fotografías del móvil periciado las que describe, incorporadas a la audiencia por la Fiscalía como **evidencia material N° 1**.

g) Fotocopia simple del formulario único para reemplazo de taxis del Seremi de Transportes y Telecomunicaciones, en que se señala que la patente SE-4651 ingresó en reemplazo de la placa patente FR4067, la placa consultada estaba inscrita a la fecha del congelamiento del parque de taxis, incorporado a la audiencia por el Ministerio Público como **documento N° 7**.

h) Fotocopia simple de la solicitud de inscripción ante el Registro Nacional de Vehículos Motorizados, N° 1390, del vehículo patente SE-4651-7, de alteración de características del movil, efectuada por Mario González Palavecino, de fecha 11 de marzo de 2002, incorporado a la audiencia por el Ministerio Público como **documento N° 8**.

i) Fotocopia simple de la solicitud ante el Registro Nacional de Vehículos Motorizados, de inscripción de compraventa de vehículos N° 47, de fecha 4 de enero de 2002, correspondiente al automóvil Nissan, patente SE-4651-7, en que se señala como actual propietaria a Nayide del Carmen Toledo Aravena, y como nuevo adquirente a Mario Eugenio González Palavecino, incorporado a la audiencia por la Fiscalía como **documento N° 9**.

j) Solicitud de inscripción de vehículo, N° 48, de fecha 4 de enero de 2002, por cambio de color del automóvil Nissan V-16, patente SE-4651-7, color negro, año 1998, efectuada por su actual propietario Mario Eugenio González Palavecino, incorporado a la audiencia por el Ministerio Público como **documento N° 10**.

k) Certificado de revisión técnica del vehículo patente SE-4651, incorporado a la audiencia por la Fiscalía como **documento N° 12**.

5° Que el número de chasis que tenía el auto Nissan V-16, patente SE-4651-7, correspondía a un vehículo que había sido robado en la ciudad de Santiago a su propietario Luis Toro Hernández el 30 de noviembre de 2001, correspondiendo en definitiva al vehículo marca Nissan patente PN-5698-2.

Dicha proposición de hecho se encuentra acreditada con los siguientes elementos de prueba:

a) Atestado de **Luis Alejandro Toro Hernández**, quien señala que el 30 de noviembre alrededor de las 10:30 horas concurre con su hija de cuatro años a comprar al Supermercado Monserrat de la ciudad de Santiago, dejando su automóvil Nissan V-16, color blanco, patente PN-5698-2 estacionado en las afueras del establecimiento, y al regresar y al subirse al móvil un delincuente le abre la puerta, lo amenaza con un revólver, él cubre a su hija protegiéndola, en tanto que el sujeto lo obligó a dejar las llaves en el automóvil con contacto, huyendo con el vehículo del lugar. Añade que hizo esta denuncia a Carabineros de Maipú, causa que recayó en el 14° Juzgado del Crimen de Santiago, posteriormente hizo también la denuncia ante la Compañía Chilena Consolidada, luego de dos meses la aseguradora le pagó el valor comercial de dicho vehículo, esto es, \$2.800.000.-, probanza que se encuentra acorde con la certificación de la secretaria subrogante Silvia Marambio Fuentes del 14° Juzgado del Crimen de Santiago, de fecha 02 de enero de 2002, que indica que ante ese juzgado se sigue la causa rol N° 5885-AG-2001, por el delito de robo con intimidación, iniciada el 06 de diciembre de 2001, denuncia efectuada por don Luis Toro Hernández, incorporado por la Fiscalía como **documento N° 20**.

b) Testimonio del funcionario de Carabineros de Chile **Jaime Enrique Troncoso Romero**, quien concluye del proceso investigativo seguido que el vehículo patente PN- 5698, comprado por Mario González Palavecino, fue robado en la ciudad de Santiago el 30 de noviembre de 2001.

c) Mandato suscrito por Luis Toro Hernández y firmado por representantes de la compañía aseguradora para proceder al pago del vehículo Nissan patente PN- 5698, incorporado por el Ministerio Público como prueba **documental N° 19**.

d) Carta de aceptación del asegurado Luis

Alejandro Toro Hernández, en que señala que el 30 de noviembre de 2001 su automóvil, año 1997, patente PN-5698, fue robado, indicando su aceptación del monto de la indemnización determinado por el Liquidador de Siniestros, y que asciende a \$3.000.000, como única, total y directa a percibirse por la pérdida total del móvil, acompañado por el Ministerio Público como prueba **documental N° 18**.

e) Certificado de Inscripción y Anotaciones Vigentes en el Registro Nacional de Vehículos Motorizados, del automóvil Nissan Sentra, blanco, año 1997, patente PN-5698-2, que indica como actual propietario a Juan Andrés Astudillo Acevedo, y como propietarios anteriores a Luis Alejandro Toro Hernández, incorporado por el Ministerio Público como **documento N° 4**.

SEPTIMO: Que los hechos asentados durante el juicio, consignados en las proposiciones fácticas reseñadas en el fundamento anterior, resultantes de la unión lógica y sistemática de las probanzas rendidas, las que se valoran libremente, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, permiten tener por acreditado el delito de estafa, previsto en el artículo 468, y sancionado en el artículo 467 N° 1, ambos del Código Penal, en grado de consumado, en perjuicio de Mario González Palavecino, acaecido en Curicó el 2 de enero de 2002, por cuanto en el presente caso concurren todos los elementos del tipo penal, y la defraudación excede de cuarenta unidades tributarias mensuales.

OCTAVO: Que el **engaño** o maquinación fraudulenta, primer elemento del tipo penal de la estafa, compuesto por el ardid o puesta en escena para lograr engañar a la víctima, se configuró en el presente caso con el hecho de la compra en junio del 2001 de una auto chatarra con sus documentos y patente al día, la SE-4651, lo que quedó acreditado con la orden de remate de la Compañía de Seguros Las Américas donde consta que se trataba de un auto siniestrado –documento N° 23-, con los dichos de Carlos Hernández Vergara y su sobrino Alex John Aguilera López, dichos que permiten concluir que los acusados compraron, en definitiva, un auto con un 70% de pérdida aproximada, cuyo objeto fue extraer sus placas patentes, el sello verde catalítico y la revisión técnica; luego los acusados se hacen de alguna forma de un vehículo robado previamente a Luis Toro Hernández, según consta de la certificación del 14° Juzgado del Crimen de

Santiago –documento N° 20-, posteriormente el acusado Jorge Toledo Araneda entrega para su venta a fines del mes de diciembre de 2001 a la Automotriz Cordillera el auto robado días antes a Luis Toro Hernández, pero con las placas patentes de la chatarra adquiridas en el mes de junio, la SE-4651, y finalmente el 02 de enero del 2002 dicho móvil es vendido en la Automotriz Cordillera a la víctima Mario González Palavecino, con lo que se cierra el círculo de la *mise en scene* de la estafa; el **error en la víctima**, segundo elemento del tipo, es decir, una falsa representación de la realidad, se presenta claramente en Mario González Palavecino cuando cree, firmemente y de buena fe, haber adquirido un vehículo legítimo, en circunstancias que lo que estaba comprando era un auto robado, habiendo desplegado la conducta que se le exige a un buen padre de familia, error idóneo que alcanza a las demás personas que tuvieron acceso al vehículo, tanto así que el dueño de la Automotriz Cordillera, quien tiene una larga experiencia en la venta de vehículos, no se dio cuenta del ardid, pasando, luego de adquirido por la víctima, dos revisiones técnicas sin que ningún mecánico se percatara de la adulteración, como consta de la fotocopia de la revisión técnica de 22 de marzo de 2002 que indica que el vehículo fue aprobado con ninguna objeción, acompañada al juicio por la Fiscalía como documento N° 12, y sólo el 30 de abril en una revisión técnica posterior un empleado se da cuenta de que hay “*algoraro*” y lo manda a Carabineros, y sólo el 2 de mayo Carabineros de Talca, luego de efectuar un análisis minucioso de la placa adherida del chasis concluyen, tanto en la falsificación de las placas patentes, como de su número de chasis y motor, le informan al afectado cuál es la verdadera identidad del vehículo y su legítimo propietario, como quedó demostrado en el juicio oral principalmente con los atestados de la propia víctima González Palavecino, del dueño de la Automotriz Cordillera Julio Farías González y de los funcionarios de Carabineros Troncoso Romero y Piva Valdés; en cuanto a los otros elementos del tipo penal de la estafa, esto es, la **disposición patrimonial** y el **perjuicio**, esta falsa representación de la realidad en la víctima Mario González Palavecino, hace que éste disponga voluntariamente parte de su patrimonio, esto es, \$3.350.000.-, para adquirir un vehículo robado con sus placas patentes adulteradas, gaste además en revisiones técnicas y en cambios de color del móvil, según consta, en especial, de la declaración de

la propia víctima González Palavecino y del contrato de compraventa celebrado entre éste y la acusada Nayide Toledo Aravena –documento N° 5-, perjuicio patrimonial que no fue reparado, configurándose así los últimos dos elementos del tipo indicados.

NOVENO: Que la participación culpable que en calidad de autores les cupo a los acusados Nayide del Carmen Toledo Aravena y Jorge Alejandro Toledo Aravena, en los términos prescritos en el artículo 15 N° 1 del Código Penal, en los hechos descritos en las proposiciones fácticas contenidas en el razonamiento sexto de esta sentencia, relativos al delito de estafa perpetrado el 02 de enero de 2002 en Curicó, en perjuicio de Mario González Palavecino, se encuentra acreditada en especial con las declaraciones de la propia acusada Nayide del Carmen Toledo Aravena quien reconoce haber firmado ante Notario Público el contrato de compraventa del vehículo adulterado y haber concurrido al Registro Civil a solicitar cambio de color del móvil; los dichos de **Carlos Hernández Vergara**, quien indicó haber vendido, el 14 de junio del 2001, el móvil chatarra a un señor de apellido Toledo; los asertos del vendedor y dueño de la Automotriz Cordillera **Julio Farías González**, quien relató en audiencia haber recibido del acusado Jorge Toledo Aravena el auto Nissan V-16, patente SE-4651, para su venta, y que el contrato de compraventa lo firmó en la Notaría De Rodt la acusada Nayide Toledo Aravena; con los testimonios de oídas de **Jaime Troncoso Romero y Benjamín Piva Valdés**, quienes confirman lo expuesto; y con los documentos consistentes en la factura extendida por la casa de remates Marticorena y Cia. Ltda., el giro y pago del impuesto a la transferencia de vehículos motorizados en que aparece como compradora del vehículo patente SE-4651 la acusada Nayide Toledo Aravena, el contrato de compraventa del referido vehículo en que aparece vendiendo esta última, y la solicitud de inscripción ante el Registro Nacional de Vehículos Motorizados, N° 47, de la compraventa del vehículo en cuestión que señala como actual propietaria a la acusada y como adquirente a la víctima González Palavecino, incorporados por el Ministerio Público como prueba **documental N° 17, 16, 5 y 9**, respectivamente.

DECIMO: Que, respecto de la acusada Nayide del Carmen Toledo Aravena, su participación en el hecho investigado es clara, toda vez que tratándose de una persona mayor de edad, empresaria en actividades comerciales de transporte, ha-

biendo poseído otros vehículos con anterioridad, y más aun, habiendo concurrido a una Notaría Pública a firmar la compraventa y al Registro Civil respectivo a solicitar cambio de color del móvil, no puede pretender que lo que un día compró como chatarra con un setenta por ciento de daño estructural, en la suma de \$1.200.000.- vendiéndolo algún tiempo después como un vehículo en perfectas condiciones, pero con las placas patentes y sus números de chasis y motor adulterados, sin ningún tipo de daño apreciable a simple vista, y por una suma mucho mayor, esto es, \$3.200.000.-, su presunta inocencia no pueda estar basada en el desconocimiento de la defraudación, como lo argumenta la defensa.

En consecuencia, se rechazará la solicitud de la defensa en orden a absolver a ambos acusados del delito de estafa por el cual fueron acusados.

UNDECIMO: Que este Tribunal, concordando con lo sostenido por el Ministerio Público, estima que la receptación del vehículo patente PN-5698, por algún lapso en posesión de los acusados, constituyó el medio necesario para cometer el delito que se tuvo por establecido en el considerando séptimo del presente fallo, quedando aquel subsumido en esta última figura, por cuanto aquella se sumó a la adquisición de la chatarra con patente, utilizando dicha placa en el móvil robado, cuya identificación fue alterada, permitiendo todas estas maquinaciones de los acusados la venta del móvil en cuestión, hechos que unidos configuraron, definitivamente, el delito de estafa por el cual se condena; consecuentemente, se entiende que cabe la aplicación de la norma del artículo 75 del Código Penal, en cuanto ella determina la sanción a imponer y, una vez establecida, debe hacerse aplicación de las normas modificatorias de responsabilidad penal, en el caso, el artículo 68 del código punitivo.

Que en cuanto a la concurrencia del delito prescrito en el artículo 196 A bis letra e) de la Ley del Tránsito, el Tribunal estima que dicho ilícito está más bien referido a conductas atribuibles al manejo de móviles en las vías públicas, en tanto las placas patentes, el número de chasis y motor falso utilizados en el móvil robado, no tenían como fin precisamente el transitar sino más bien defraudar patrimonialmente, por lo que se desestimaré la argumentación del Ministerio Público al respecto.

DUODECIMO: Que en cuanto a la alegación de la defensa respecto a que el Tribunal no sería competente para conocer el hecho por cuanto el

vehículo fue supuestamente sustraído en la ciudad de Santiago, en tanto la compra de la chatarra habría ocurrido en junio del 2001 también en la ciudad de Santiago, se desestimaré tal argumentación toda vez que la compra del auto siniestrado patente SE-4651 ocurrida el 14 de junio de 2001, antes de la vigencia de la reforma procesal penal, no constituye delito, dándose principio a la ejecución del ilícito con posterioridad al 30 de noviembre del 2001 cuando se roban el móvil perteneciente a Luis Alejandro Toro Hernández, llevándose a efecto la maquinación fraudulenta después de la fecha de la sustracción y el 22 de diciembre del mismo año cuando se vende en la Automotriz Cordillera de Curicó, es decir, toda la operación de adulteración del número de chasis y motor, además, del cambio de las placas patentes, ocurre en el período de un poco más de veinte días, lo que se acreditó en el juicio con la certificación del 14° Juzgado de Crimen de Santiago que indica que ante ese tribunal se sigue la causa rol N° 5885 AG-2001, por el delito de robo con intimidación, iniciada el 06 de diciembre del 2001, tras denuncia efectuada por don Luis Toro Hernández, incorporada a la audiencia por el Ministerio Público como **documento N° 20**, con la declaración de la víctima Mario González Palavecino, con lo señalado por el dueño de la Comercial Automotriz Cordillera Julio Farías González, documentos acompañados, y por los dichos de los policías Jaime Troncoso Romero y Benjamín Piva Valdés.

DECIMOTERCERO: Que, asimismo, en lo que dice relación a lo sostenido por la defensa en cuanto a que el vehículo robado es un Nissan Sentra y el enajenado es un V-16, el Tribunal rechazará tal alegación toda vez que el vehículo sustraído efectivamente es un modelo Sentra, pero este vehículo se vendió como modelo V-16, con documentos que no le correspondían, sin embargo, una vez que se descubrió su verdadera identidad volvió a tener su denominación de origen, esto es, modelo Sentra, con su verdadero número de motor y chasis. Asimismo, desestimaré la alegación de la defensa en cuanto a que estamos ante un problema jurídico de naturaleza civil, atendido lo razonado y concluido en los razonamientos séptimo y octavo de este fallo.

DECIMOCUARTO: Que se acogerá la circunstancia atenuante de responsabilidad penal contenida en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, la irreprochable conducta anterior de los acusados, la que se encuentra acreditada con sus extractos de filiación y antecedentes, exentos de anota-

ciones penales anteriores, los que fueron incorporados al juicio por el Ministerio Público como **documentos N° 1 y 2**.

DECIMOQUINTO: Que se rechazará la circunstancia agravante de responsabilidad penal invocada por el querellante y acusador particular, contenida en el artículo 12 N° 5 del Código Penal, esto es, en los delitos contras las personas, obrar con premeditación conocida o emplear astucia, fraude o disfraz, por cuanto la estafa corresponde a un delito contra la propiedad, estando al efecto incluido en el Título IX del Libro Segundo del Código Penal, intitulado Crímenes y Simples Delitos contra la Propiedad y, asimismo, por aplicación del principio *non bis in idem*, consagrado en el artículo 63 del código punitivo, que prescribe que no producen el efecto de aumentar la pena aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse.

Por estas consideraciones, y **VISTO**, además lo dispuesto en los artículos 1°, 3°, 11 N° 6, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 21, 24, 29, 47, 49, 63, 68, 75, 467 N° 1 y 468 del Código Penal; artículos 1°, 45, 46, 47, 295, 296, 297, 325 y siguientes, 333, 340, 341, 342, 344, 346, 348 y 468 del Código Procesal Penal; artículos 14 y 15 de la Ley N° 18.216, **SE DECLARA:**

I.- Que se **CONDENA** a la acusada **NAYIDE DEL CARMEN TOLEDO ARAVENA**, ya individualizada, a sufrir la pena de **TRES AÑOS Y UN DÍA** de presidio menor en su grado máximo, al pago de una multa de ONCE UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y al pago solidario de las costas de la causa, como autora del delito de estafa, en grado de consumado, en perjuicio de Mario González Palavecino, perpetrado el 02 de enero de 2002 en la ciudad de Curicó.

II.- Que se **CONDENA** al acusado **JORGE ALEJANDRO TOLEDO ARAVENA**, ya individualizado, a sufrir la pena de **TRES AÑOS Y UN DÍA** de presidio menor en su grado máximo, al pago de una multa de ONCE UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y al pago solidario de las costas de la causa, como autor del

delito de estafa, en grado de consumado, en perjuicio de Mario González Palavecino, perpetrado el 02 de enero de 2002 en la ciudad de Curicó.

III.- Que atendida la pena impuesta a los condenados, y concurriendo en la especie los requisitos del artículo 15 de la Ley N° 18.216, teniendo presente, además, los informes presentenciales favorables –a juicio del Tribunal- de ambos acusados, acompañados por la Defensoría, se les concede el beneficio de la **libertad vigilada**, debiendo permanecer sujetos al control, vigilancia y orientación permanente de un delegado del sistema de libertad vigilada por el mismo tiempo de la pena impuesta en esta sentencia, esto es, tres años y un día. Que para el evento que el beneficio le fuere revocado y tuvieren que entrar a cumplir efectivamente la pena impuesta les servirá de abono UN DÍA que permanecieron privados de libertad con ocasión de esta causa, esto es, el 13 de enero de 2003, según se señala en el acápite décimo del auto de apertura de juicio oral de fecha diez de diciembre de 2003 del Tribunal de Garantía de Curicó.

IV.- Que si los sentenciados no tuvieren bienes para satisfacer la multa impuesta, sufrirán por vía de sustitución y apremio, la pena de reclusión, regulándose un día por cada un quinto de unidad tributaria mensual, sin que ella pueda exceder de seis meses.

Una vez ejecutoriado el presente fallo, dese cumplimiento al artículo 468 del Código Procesal Penal.

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

Sentencia redactada por el magistrado don Hernán García Mendoza.

Regístrese, notifíquese y comuníquese oportunamente al Juzgado de Garantía de esta ciudad, hecho, archívese.

R.I.T. N° 43-2003

R.U.C. N° 0200054389-9

Dictada por la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, presidida por la magistrado doña Paulina Rodríguez Rodríguez, e integrada por los magistrados doña Graciela Carvajal Herrera y don Hernán García Mendoza.

- **Condena al acusado a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y accesorias legales como autor del delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación; a la pena de sesenta días de prisión en su grado máximo y accesorias legales como autor del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, y a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, multa de 40 U.T.M. y accesorias legales como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes. Es condenado, también, al pago de las costas de la causa.**

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

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor de los delitos de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, tenencia ilegal de arma de fuego y tráfico ilícito de estupefacientes. Además alegó la concurrencia de la agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal en el segundo de los delitos. Respecto del delito de robo la Defensa señaló que se trató de un hurto porque el escalamiento no se habría acreditado. En cuanto a los delitos de tenencia ilegal de arma de fuego y tráfico ilícito de estupefacientes, sostuvo que toda la evidencia recogida y acompañada en el juicio era prueba ilícita, porque se obtuvo con infracción de garantías constitucionales. En concreto, no se habría respetado la norma del artículo 215 del Código Procesal Penal. El Tribunal estimó que se había configurado el delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, y que en este ilícito el acusado tuvo participación en calidad de autor. Argumentó que fue la huella del imputado la que se encontró en la habitación, así como fue en su poder que se encontró una de las especies sustraídas. Así, aún cuando hubiese sido otro el que escaló, al menos hubo una convergencia de voluntades y la conciencia de una participación en un hecho común. En lo relativo a la alegación de haberse obtenido ilegalmente la prueba, la rechazó porque la norma que correspondía aplicar en este caso es el artículo 187 del Código Procesal Penal. Ello en ejercicio de la facultad del artículo 83 letra b), del mismo cuerpo legal, por haberse tratado de delitos flagrantes, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 130 del mismo código. Ello tanto más que tanto la tenencia ilegal de arma de fuego como el tráfico ilícito de estupefacientes son delitos que se configuran con la sola posesión. Finalmente, acogió la agravante alegada por el Ministerio Público debido a que había sido condenado anteriormente por el mismo delito, siendo irrelevante que el cumplimiento de la condena haya sido en atención al mayor tiempo que estuvo privado de libertad.

Texto completo:

La Serena, tres de marzo de dos mil cuatro.

VISTOS:

PRIMERO: Que con fecha 26 y 27 de febrero del presente año, ante esta Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de La Serena, constituida por el juez señor Nicanor Alberto Salas Salas, quien presidió la audiencia, y los jueces señores Jorge Pizarro Astudillo y Jorge Fernández Stevenson, se llevó a efecto la audiencia del Juicio Oral relativa a los autos rol N° 04-2004, seguido contra **LUIS FELIPE CORTES GODOY**, chileno, soltero, cédula de identidad n°

15.910.135-5, cuya profesión u oficio se ignora, domiciliado en calle Gabriel González Videla N° 3170, Vista Hermosa, La Serena.

Fue parte acusadora en el presente juicio el Ministerio Público, representado en la oportunidad por el fiscal adjunto de La Serena, don Marcelo Sanfeliú Gerstner, domiciliado en calle Gandarillas N° 810, La Serena.

La defensa del acusado Luis Felipe Cortés Godoy estuvo a cargo del abogado de la Defensoría Penal Pública don Christian Rodríguez Villalobos, domiciliado en Avenida El Santo N° 1160, La Serena.

SEGUNDO: Que la acusación deducida por el ministerio público en este juicio se fundamenta en los siguientes hechos:

Hecho N° 1: El día 22 de Febrero de 2003 en horas de la tarde, el acusado Luis Felipe Cortés Godoy en compañía de otra persona no identificada ingresó al inmueble, que en ese momento se encontraba sin moradores, ubicado en calle Lidia Urrutia N° 3140, Población Figari, comuna de La Serena, mediante el escalamiento de un portón de madera, para ingresar posteriormente al interior de dicho inmueble y sustraer con ánimo de lucro y contra la voluntad de su dueño, distintas joyas que fueron avaluadas por su propietaria Rosa Eugenia Soler González, en dos millones de pesos, para posteriormente darse a la fuga con las especies en su poder.

Hecho N° 2: El día 01 de marzo de 2003 y con ocasión de una entrada y registro e incautación autorizada judicialmente al domicilio del acusado Luis Felipe Cortés Godoy, ubicado en calle Gabriel González Videla N° 3170, Vista Hermosa, La Serena, se le encontró en su interior un revólver empavonado con empuñadura color café, marca Taurus, calibre 38 especial, serie N° 1327450, con veinticuatro (24) cartuchos del mismo calibre sin percutar, más veintinueve (29) cartuchos calibre 380 ó 9 milímetros corto, sin percutar, todo sin la autorización legal correspondiente para su tenencia, ni tampoco tener inscrita el arma señalada a su nombre.

Hecho N° 3: El día 01 de marzo de 2003 y con ocasión de una entrada y registro e incautación autorizada judicialmente al domicilio del acusado Luis Felipe Cortés Godoy, ubicado en calle Gabriel González Videla N° 3170, Vista Hermosa, La Serena, se encontró que poseía en su interior para traficar 68 envoltorios de papel contenedores de cannabis sativa, con un peso neto de 30,67 gramos; 7 envoltorios de papel contenedores de cannabis sativa, con un peso neto de 41,80 gramos; 1 envoltorio de papel contenedor de cannabis sativa, con un peso neto de 48,29 gramos, sin contar con la autorización competente y sin estar destinada a un tratamiento médico ni a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

Los hechos precedentemente descritos, en concepto del ministerio público, constituyen los siguientes delitos:

Delito N° 1: El hecho N° 1, el delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, previsto y

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

Delito N° 2: El hecho N° 2, el delito de tenencia ilegal de arma de fuego, previsto y sancionado en el artículo 9° de la Ley N° 17.798, sobre control de armas de fuego, en grado de consumado.

Delito N° 3: El hecho N° 3, el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 1° en relación al artículo 5° de la ley N° 19.366, en grado de consumado.

Hace igualmente presente el ministerio público que en relación al delito N° 2 concurre en perjuicio del acusado la agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal, esto es, ser reincidente en delito de la misma especie, y que en ninguno de los delitos le beneficia o favorece atenuante alguna de responsabilidad penal.

Por lo anteriormente expuesto, solicita la fiscalía que se condene a LUIS FELIPE CORTÉS GODOY, con costas, a las siguientes penas :

Delito N° 1: La pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más la pena accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, de acuerdo con el artículo 29 del Código Penal.

Delito N° 2: La pena de cien días de presidio menor en su grado mínimo, más la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, de acuerdo con el artículo 30 del Código Penal. En este punto se deja constancia que en la audiencia el ministerio público se desistió expresamente de la pena de comiso del arma de fuego que en relación a este ilícito había solicitado.

Delito N° 3: La pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio y multa de cien unidades tributarias mensuales, más la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, de acuerdo con el artículo 30 del Código Penal.

En cuanto al delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación.

TERCERO: Que en relación a este hecho punible, el Ministerio Público aportó primeramente la declaración de la testigo Elsa Irene Cárdenas Tapia, asesora del hogar, quien presta sus servicios a doña Rosa Soler González en el domicilio de calle Lidia Urrutia N° 3140 de esta ciudad. Indicó la testigo que el fin de semana del 22 de febrero de 2003, su empleadora y su familia salieron de paseo

al sector de La Paloma, por lo que ella se quedó a cargo de la casa, a la cual concurrió el día sábado entre las 10:30 y las 13:30 horas aproximadas, no advirtiendo nada extraño, encontrándose el domicilio en iguales condiciones como lo había dejado el día anterior. Añadió que al retirarse a su casa a las 13:30 horas, no quedó nadie en el interior del inmueble, dejando todos los accesos cerrados, que comprendía tanto la puerta de calle, de la cocina, como el portón de madera anexo, que da a un sector de estacionamiento interior. Continuó señalando que siendo aproximadamente las 19:00 horas, recibió una llamada de una vecina del domicilio en que trabaja, indicándole que los perros que tiene la familia se habían quedado en el exterior, lo que le extrañó, pues cuando ella se fue los había dejado encerrados en el patio, pero ante el aviso, decidió volver a la casa, encontrando que los perros se encontraban nuevamente adentro, sin poder determinar cómo entraron. Agregó que al revisar la casa se percató que la puerta de la cocina –que da hacia el patio en que se encuentra el portón de madera a que se ha hecho referencia- se encontraba abierta de par en par, y en la pieza principal observó que habían forzado el primer cajón de la cómoda, el cual había sido sacado del lugar y vaciado su contenido en la cama. La testigo a continuación procedió a reconocer las fotografías que del informe fotográfico N° 41 se le exhibieron, señalando, respecto de la foto N° 1, que ella corresponde al frontis del domicilio de doña Rosa Soler, observándose a un costado un portón de madera que da a un patio, aclarando que por el lado interno del portón, dicho patio no tiene techo, el cual sólo comienza después de 1 metro aproximadamente, por lo que antes hay un espacio abierto. Respecto de la foto N° 2, la testigo reconoció la cajonera que fue forzada, indicando que en el primer cajón se encontraban las cosas sustraídas, que supo que eran joyas de la dueña de casa. Añadió la testigo que ante lo observado avisó a su esposo y a una vecina del lugar, y se llamó a carabineros y al padre de la ofendida, don Camel Soler Anais, quien también concurrió más tarde al domicilio. Terminó señalando que en la casa estaban todos los ingresos cerrados, ya que ella misma lo había hecho, e incluso las ventanas tienen una protección de reja por dentro, aclarando que en todo caso, la puerta de la cocina si bien también estaba cerrada, cualquier persona la podía abrir, ya que no tenía llave.

Declaró igualmente en el juicio el testigo don Camel Fernando Soler Anais, padre de la ofendida, quien expuso que el día sábado 22 de febrero, aproximadamente a las 20:00 horas, fue avisado que en la casa de su hija habían ingresado a robar, por lo que se dirigió hacia el lugar, donde se impuso de los hechos a través de la nana y un carabineiro que allí se encontraba, ya que su hija estaba de paseo. Añadió que ante ello se comunicó con su hija para avisarle de lo sucedido, quien quedó de volver al día siguiente, por lo que, por esa noche, ubicaron a un amigo de la familia para que se quedara cuidando. Finalmente, el testigo procedió a reconocer en la fotografía N° 1 del informe pericial N° 41 que se le exhibió, la casa de la ofendida, su hija Rosa Soler.

También declaró en el juicio doña Rosa Eugenia Soler González, quien indicó que desde hace 20 años que vive en el domicilio de calle Lidia Urrutia N° 3140, Población Figari, La Serena, el cual reconoció en la fotografía N° 1 del informe N° 41 referido. En cuanto a los hechos, indicó la testigo que el fin de semana del 22 de febrero del año 2003 se encontraba de vacaciones junto a su grupo familiar en el campamento Tamelcura, donde se había dirigido el día jueves, quedándose al cuidado de la casa la nana Elsa Cárdenas. Añadió que el día sábado su padre le avisó que le habían entrado a robar y que le habían sustraído todas sus joyas, por lo que decidió volver a la ciudad al día siguiente, puesto que ya era muy tarde. Al llegar a su domicilio verificó el robo de sus joyas, que eran más de 30, las que guardaba en el primer cajón de un mueble ubicado en su dormitorio, que era el único que contaba con llave. El referido mueble fue reconocido por la testigo en la fotografía N° 2 del informe pericial N° 41 ya mencionado, con indicación del cajón faltante, el cual según indicó, se encontraba en el suelo, y su contenido sobre la cama, añadiendo que las joyas correspondían a diversas clases, esto es pulseras, gargantillas, reloj de oro, colgantes, aros y otros, las que adquirió a través de muchos años a una misma joyera que le vendía en su domicilio. Reconoció igualmente la testigo las fotografías N° 3, 5 y 6, correspondientes al mueble forzado así como la tapa del primer cajón del mismo a que hiciera referencia. En cuanto a la fotografía N° 1 –y en relación a la reja de fierro exterior que en ella se observa- la testigo indicó que tanto su puerta principal como la de vehículos quedan siempre cerrados aunque no tienen llave; la puerta

de casa y el portón de madera también permanecen siempre cerrados, este último incluso con un candado que se encuentra por la parte posterior; y que la puerta de la cocina si bien se mantiene también cerrada, queda sin llave, por lo que se puede abrir libremente. En relación al portón, la testigo agregó que el mismo conduce a un pasillo, donde caben 2 autos, el cual no está completamente techado, sino que tiene en su inicio un espacio de 1 metro aproximado, siguiendo a continuación el techo. Añadió que escalar, saltar el portón e ingresar por el señalado espacio resulta fácil y posible de efectuar, lo que le consta, pues en una oportunidad en que se quedó sin sus llaves de ingreso a la casa, le pidió a un hijo que lo saltara, lo que éste hizo, afirmándose en la perilla del mismo. La testigo procedió también a reconocer una gargantilla que le fue exhibida por el ministerio público -y que se refiere en el N° 12, bajo el acápite "otros medios de prueba" del auto de apertura-, como una de sus especies que guardaba en el señalado cajón y que le fuera sustraída. Finalmente, terminó señalando la declarante que posteriormente fue a hacer una denuncia a Investigaciones, ya que en la tapa del cajón se observaba la huella de una mano así como también, en el segundo cajón, la de una zapatilla.

Declaró también en el juicio Eugenia Yasmina Calonge Soler, hija de la ofendida, quien señaló que el fin de semana correspondiente al 22 de febrero del año 2003, salieron de vacaciones con su familia al campamento Tamelcura, al interior de Ovalle. La testigo procedió a reconocer la fotografía N° 1 del informe pericial N° 41 que se le exhibió, correspondiente al domicilio de sus padres, indicando que siendo aproximadamente las 13:30 a 14:00 horas, al proceder a cargar la camioneta, se percató de la presencia del acusado en las inmediaciones, el cual se encontraba con otro joven, de nombre Sebastián, como a seis casas hacia la derecha de la fotografía, lugar donde vive el padre de este último. Agregó que al salir todo quedó cerrado, y en lo referido al portón de madera, indica que éste tiene una cerradura con un candado por el interior. Continuó señalando la testigo que el día sábado recibió una llamada del padre de su hija quien le informó que habían entrado a robar a casa de sus padres y que los hechos se habían llevado diversas joyas, lo que les fue también comunicado por su abuelo que también les avisó de la misma situación. Ante ello, y por lo tarde de la hora, decidieron retornar sólo al día siguiente, percatándose al lle-

gar que el primer cajón del mueble ubicado en el dormitorio de su madre se encontraba forzado, cuyo contenido había sido vaciado sobre la cama, observando la existencia de una huella de una mano en el mismo mueble así como también de una zapatilla, por lo que decidieron ir a efectuar la denuncia a Investigaciones. La testigo procedió a continuación a reconocer las fotografías N° 2, 3 y 4, correspondientes al mueble y su primer cajón forzado, y a las huellas que según indicó, allí se observaban. Por otra parte, añadió que detrás del portón de madera anexo a la casa, existe un espacio de entre 1 metro y medio en que no existe techo, y en el costado interior de la pared, una especie de pisadera, donde se encontraba otra huella de zapatilla, que a su juicio era similar a la encontrada en el mueble que había sido forzado. Agregó que las ventanas de la propiedad tienen rejas por el interior, y que la puerta de la cocina estaba sin llave, ya que estaba mala la chapa. Por último, ante una consulta, la testigo indicó que en ocasiones, cuando se les quedaban las llaves dentro de la casa, solicitaban a Sebastián, el joven a que antes hizo mención, que se pasara por el portón para que les abriera la puerta, el que se subía por la manilla, se afirmaba con las manos de la parte superior y saltaba al otro lado.

Declaró también en el juicio el Inspector de la Policía de Investigaciones Luis Durán González, quien señaló que el día 24 de febrero de 2003 se presentó al cuartel doña Rosa Soler González a efectuar una denuncia por el delito de robo que le había afectado, concurriendo él a su domicilio, pudiendo observar que en el dormitorio principal había un mueble de melamina negro que presentaba la tapa del primer cajón forzada, ante lo cual dio instrucciones para que no se tocara nada, ya que al día siguiente concurrirían a tomar huellas del lugar. Añadió que efectuó una inspección ocular a las vías de ingreso, no encontrando ninguna señal de fuerza. Continuó el testigo indicando que al día siguiente volvió al lugar junto al perito en huellas Jorge Trevigno y el fotógrafo. Procedió luego a reconocer las fotografías N° 1, 2, 3 y 4 del informe pericial N° 41 que se le exhibieron, esto es, el frontis de la casa de la ofendida, el mueble que fuera forzado para proceder a la sustracción de las especies, y la huella palmar observada en el mismo, indicando que también se fotografió otra huella de zapatilla, pero en el revelado no se apreciaba, por lo cual dicha fotografía no se acompañó. Añadió el declarante que según la inspección que efectuó, las rejas de entra-

da no tenían llave; en cuanto a la puerta principal, ésta se mantenía cerrada, aunque no funcionaba el mecanismo de la chapa para poner el seguro; la puerta de la cocina se mantenía sin llave, y el portón de madera también se encontraba cerrado. Agregó que a los días siguientes observó otra huella en el muro interior del portón que semejaba mucho a la huella plantar encontrada en el mueble. Señaló el testigo igualmente que al efectuar las consultas y empadronamientos respectivos propios de la investigación, a través de los datos aportados por Eugenia Calonge, hija de la ofendida, se enteró de un tal "Pipe" y "Tatán", apodos que consultados en la Brigada, correspondían a Luis Felipe Cortés Godoy y a Cristián, cuyo apellido no recuerda, los que con anterioridad habían sido detenidos por robo en lugar habitado y porte ilegal de arma de fuego, y disponían de fotos de los mismos, los que fueron reconocidos en un 100% por Eugenia como los individuos que había visto cerca del domicilio de su madre momentos antes de salir al paseo. Añadió el perito que ante ello recabó sus huellas digitales que se mantenían en la policía por los ilícitos anteriores y efectuadas las comparaciones correspondientes con la huella que se había encontrado en el mueble del dormitorio, ésta correspondía al acusado, por lo que se obtuvo una orden del Juzgado de Garantía de La Serena para concurrir a su domicilio, ubicado en calle Gabriel González Videla N° 3170, diligencia que se efectuó el día sábado 1° de marzo.

Finalmente, en relación a este aspecto, el ministerio público acompañó 8 fotografías contenidas en el informe pericial fotográfico N° 41, ya mencionado, respecto de las cuales existe convención probatoria en el sentido que las mismas fueron tomadas por el perito Luis Santelices Jopia el día 24 de febrero del año 2003, a las 18:35 horas, en el domicilio de calle Lidia Urrutia N° 3140, La Serena.

CUARTO: Que con el mérito de los elementos de juicio señalados en el fundamento anterior, apreciados libremente conforme lo dispone el artículo 297 del Código Procesal Penal, y no contradiciendo aquellos los principios de la lógica, las máximas de experiencia ni los conocimientos científicamente afianzados, es posible tener por acreditado, más allá de toda duda razonable, que el día 22 de Febrero de 2003 en horas de la tarde, terceros ingresaron al inmueble, que en ese momento se encontraba sin moradores, ubicado en calle Lidia Urrutia N° 3140, Población Figari, comuna de La Serena, mediante el escalamiento de un portón

de madera, para ingresar posteriormente al interior de dicho inmueble y sustraer con ánimo de lucro y contra la voluntad de su dueño, distintas joyas de propiedad de doña Rosa Eugenia Soler González, para posteriormente darse a la fuga con las especies en su poder.

Estos hechos constituyen el delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, previsto y sancionado en el artículo 440 N° 1 del Código Penal en relación al artículo 432 del mismo cuerpo legal.

QUINTO: Que la participación que en el presente ilícito se atribuye al acusado Luis Felipe Cortés Godoy, se acreditó primeramente con la declaración del perito huellográfico y dactiloscópico Jorge Trevigno Arco, quien expuso que el día 24 de febrero del año 2003 le correspondió concurrir al domicilio de calle Lidia Urrutia N° 3140 de esta ciudad a practicar un peritaje dactiloscópico, agregando que al llegar se percató que en el dormitorio principal se encontraba una cómoda de color negro, de cinco cajones, de superficie lisa y pulimentada, y cuyo cajón superior presentaba señales de fuerza, ya que tenía su tapa quebrada. Agregó que en la curva superior del mueble referido se observaban 4 huellas digitales, correspondientes a los dedos índice, medio, anular y meñique de una mano izquierda, y como ya tenían antecedentes de que el posible autor era un tal "Pipe", de nombre Luis Felipe Cortés Godoy, quien tenía antecedentes anteriores, pidió sus fichas para cotejar sus huellas con la encontrada en el lugar del suceso, pudiendo determinar que dos de las huellas, correspondientes a los dedos índice y medio, eran de él. El perito procedió luego a reconocer las fotos 1, 2, 3 y 4 del informe N° 41 ya referido, así como las fotografías N° 7 y 8, que muestran la huella palmar referida con los reactivos aplicados. Señaló el perito que en la especie se trató de un 100% de certeza en la conclusión, y terminó reconociendo el informe huellográfico N° 11 que practicó, y que fue acompañado en la audiencia.

Sobre este aspecto puede mencionarse igualmente la declaración de los testigos Luis Durán González y Cristián Montoya Rivera, quienes en lo relativo a este punto señalaron que al practicarse el ingreso a la casa del acusado Luis Felipe Cortés en cumplimiento a una orden verbal emitida por el Juzgado de Garantía de esta ciudad, y en un momento en que aquél se cambió de ropa, se le encontró portando en su cuello una gargantilla, la cual

el primero le retiró, concurriendo a la casa de la ofendida, la cual la reconoció en un 100% como de su propiedad, y que era parte de las joyas que le habían sido sustraídas.

La ofendida Rosa Soler González procedió también a reconocer en el juicio la referida gargantilla cuando le fue exhibida por la fiscalía, la que fue igualmente acompañada a la audiencia.

Por último, no resulta inoficioso señalar que los antecedentes anteriores son coincidentes también con lo declarado por la testigo Eugenia Calonge Soler, en cuanto indicó que pudo observar al acusado en las inmediaciones del domicilio de su madre al momento de salir la familia de vacaciones, dato éste que aportó a la policía y que fue precisamente el que derivó en las sospechas que a su respecto manejó la policía y que permitió efectuar la comparación de sus huellas que por antecedentes anteriores ya se disponían de él, con la encontrada en el mueble forzado del domicilio afectado.

SEXTO: Que del modo referido en los fundamentos precedentes y de acuerdo a lo señalado por el artículo 340 del Código Procesal Penal, este tribunal ha adquirido la convicción, más allá de toda duda razonable, de que se perpetró el hecho punible acreditado en el fundamento cuarto, y que en él ha correspondido al acusado Luis Felipe Cortés Godoy, una participación de autor, culpable y penada por la ley.

SEPTIMO: Que la defensa del acusado, en relación a este ilícito, señaló que se reconoce la participación de aquél, aunque sólo en un hecho de hurto, ya que si bien existió en la especie una apropiación de cosa mueble ajena con ánimo de lucro, ello lo fue sin existir fuerza en las cosas. Añadió que según el ministerio público, la fuerza se configuraría en la especie por la existencia de escalamiento del portón de madera anexo al inmueble, pero no se ha acreditado que ello haya ocurrido por parte del acusado. Al efecto, aduce que conforme lo señalado por el inspector Durán y la testigo Eugenia Calonge, el día 20 de febrero de 2003, antes de salir ésta con su familia de vacaciones vio a dos jóvenes merodeando por el sector, uno de los cuales se trataría del acusado, y el otro un amigo de nombre Sebastián, al cual en algunas oportunidades los propios dueños de casa le habían solicitado ingresar por el portón y abrirles la puerta de la casa cuando las llaves se les olvidaban. En tales condiciones, la defensa se pregunta porqué no pensar en que fue el otro partícipe quien escaló el portón, ingresó a la casa y luego abrió la puerta de

calle permitiendo el ingreso de su representado, todo lo cual implica la existencia de una duda razonable en relación a la fuerza que se atribuye a su defendido, lo que deriva en que sólo se encuentre acreditado el delito de hurto a su respecto.

OCTAVO: Que el tribunal desestimaré la petición de la defensa en el sentido de haberse tratado en la especie sólo de un hurto, atendidos los fundamentos y prueba de cargo que sobre el particular ya se han referido en los considerandos anteriores de esta sentencia, y que dan cuenta de la existencia de fuerza en la comisión del presente ilícito en los términos del N° 1 del artículo 440 del Código Penal. Al efecto, se acreditó inequívocamente que el acceso al interior del domicilio de la ofendida sólo pudo efectuarse a través de la puerta de la cocina que si bien se encontraba cerrada, lo estaba sin llaves, la que incluso fue encontrada abierta de par en par por la testigo Elsa Cárdenas al momento de descubrirse el ilícito, pero hasta ella podía accederse únicamente por el portón de madera anexo al inmueble que comunica al patio interior, el cual si bien de acuerdo a los testimonios rendidos en el juicio permanecía cerrado con candado, conforme los mismos testigos indicaron, era posible escalar e incluso ello se había efectuado materialmente con anterioridad, ya que ello resultaba fácil y posible, sosteniéndose primeramente en la perilla del mismo, para luego saltar al otro lado por un sector que no se encuentra techado. Además, la propia testigo Eugenia Calonge y también el policía Luis Durán González refirieron incluso la existencia de una huella de zapatilla en el muro lateral interior, significativo de escalamiento, e inusual, como señaló la primera, ya que tal muro se mantenía pintado, lo que se hacía todos los años. Respecto a la posibilidad que haya sido una persona distinta del acusado quien haya procedido al escalamiento, ello configura sólo una mera hipótesis, no acreditada, y por el contrario, lo probado en el juicio es que una huella palmar de aquél fue encontrada por los peritos en el mueble del dormitorio de la ofendida donde guardaba sus joyas que le fueron sustraídas, y también, que a él mismo le fue encontrada una gargantilla proveniente de este ilícito, la que portaba al momento de su detención. Por último, y aún en la hipótesis de existir otro partícipe en los hechos, en teoría, la convergencia de voluntades y la conciencia de participación en un hecho común, implica la aplicación de similar normativa para todos los involucrados.

En cuanto al delito de tenencia ilegal de arma de fuego.

NOVENO: Que en relación a este hecho punible, declaró primeramente el inspector de la policía de investigaciones Luis Durán González, quien expuso que en virtud de la orden verbal de entrada, registro e incautación emitida por el Juzgado de Garantía de esta ciudad debido a las sospechas que existían en contra del acusado de tener participación en el delito de robo a doña Rosa Soler, el día 1 de marzo del año 2003 se concurrió hasta su domicilio ubicado en calle Gabriel González Videla N° 3170 de esta ciudad, ingresando él junto al inspector Cristián Montoya al dormitorio del acusado, donde después de un registro levantó un cojín grande –una especie de “puff”- en el cual al palparlo sintió algo duro en su interior, y al proceder a abrirlo, encontró un revólver Taurus, color negro, con su funda, calibre 38, y su número de serie rayada para tratar de borrarla, aunque aún era claramente visible. Agregó el testigo que también se encontró diversa munición correspondiente a esta arma, al igual que otra cantidad calibre 380. Consultado sobre el origen del arma, el testigo indicó que el acusado señaló que no era de él, y que únicamente la guardaba a un tal “Miguelito”, no pudiendo determinarse de quién se trataba. El testigo terminó reconociendo el arma referida y que le fuera exhibida en la audiencia, la cual se acompañó también al juicio, y que se menciona en el N° 1 del acápite “otros medios de prueba” del auto de apertura.

La declaración anterior es coincidente con lo declarado por el policía Cristián Montoya Rivera, quien indica que el día 1 de marzo del año 2003 le correspondió participar en la diligencia de entrada y registro emanada del Juzgado de Garantía de esta ciudad al inmueble de calle Gabriel González Videla N° 3170, agregando que en el dormitorio del acusado, en una repisa ubicada en la entrada de la pieza encontró diversos cartuchos calibre 38 y una caja con munición calibre 380, por lo que presumieron que debía haber un arma de fuego en el lugar, la que fue efectivamente encontrada por el inspector Durán, y correspondía a un revólver -el cual reconoció cuando le fue exhibido en la audiencia-, al igual que los 29 cartuchos calibre 380 acompañados en el N° 3 del auto de apertura bajo el acápite de “otros medios de prueba”, y los 24 cartuchos calibre 38 acompañados en el N° 2 del mismo acápite referido. Terminó señalando el testigo que preguntado sobre el origen del arma, el acusado

indicó que no era de él, y que se la había mandado a guardar un tal “Miguelito”. Añadió que efectuadas las consultas pertinentes, se determinó que el arma señalada se encontraba inscrita a nombre de Juan Iribarren Morales, e interrogada su cónyuge, indicó que aquella les había sido sustraída habiendo efectuado la denuncia pertinente. Finalmente, el testigo procedió a reconocer en la audiencia las fotografías del informe pericial fotográfico N° 50, en particular en lo referente a este ilícito, las N° 1 y 2, correspondientes al domicilio el acusado; N° 3, 4 y 5, en que se observa el momento en que se revisa el “puff” y se encuentra el arma ya señalada; y N° 12, referida a la munición encontrada en el dormitorio del acusado.

En el mismo sentido depuso la detective Carola Videla Muñoz, quien expuso que también participó en la diligencia de entrada y registro en el domicilio de calle Gabriel González Videla N° 3170 de esta ciudad en que se produjo la detención del acusado Luis Felipe Cortés Godoy, y que fuera autorizada por el Juzgado de Garantía. Añadió que el objetivo de la misma era la búsqueda de joyas provenientes de un delito de robo que se investigaba, pero en la diligencia se encontró también un arma de fuego en su habitación.

Depusieron también en el juicio los peritos balísticos de la policía de investigaciones René Brito Borghesi y Alex Farías Moya, quienes señalaron que en tal calidad les correspondió efectuar un peritaje al arma de fuego marca Taurus, calibre 38 especial, serie 1327450 que les fue remitido, determinándose después de las pruebas que se practicaron, que aquélla se encontraba en buen estado mecánico y de conservación, concluyéndose que se trataba de un arma apta para ser usada como arma de fuego convencional. Agregaron que efectuadas las consultas correspondientes, se determinó que el arma se encontraba inscrita a nombre de un titular desde el año 1984. Finalmente, los peritos procedieron a reconocer el arma que se les exhibió y el informe pericial N° 26 que evacuaron, y que fue acompañado a la audiencia. El perito Brito Borghesi procedió a reconocer además los 24 cartuchos calibre 38 acompañados en el N° 2 del auto de apertura bajo el acápite de “otros medios de prueba”, y los 29 cartuchos calibre 380 acompañados en el N° 3 del mismo acápite referido.

Declaró también en el juicio el perito fotógrafo Víctor Pulgar Vargas, a quien correspondió acompañar el día 1 de marzo del año 2003 a funciona-

rios de la brigada de robos de la policía de investigaciones a un registro de un domicilio de calle Gabriel González Videla N° 3170 de esta ciudad, donde fotografió diversas evidencias, entre otras, en lo referente a este ilícito, un revólver con munición, retornando al lugar el día 4 de marzo para fijar fotográficamente otras dos evidencias. El perito procedió a continuación a reconocer las 29 fotografías contenidas en el informe fotográfico N° 50, que fue igualmente acompañado en la audiencia, dentro de las cuales se encuentran las N° 3, 4, 5, 6 y 7 correspondientes al revólver Taurus referido, en la secuencia en que es retirada desde el "puff" en que se encontraba oculta, el detalle del arma, y su serie con el intento de borrado; y la fotografía N° 12, que muestra la munición encontrada en el lugar. El perito reconoció igualmente las 9 fotografías contenidas en el informe pericial fotográfico N° 51, acompañado también al juicio.

Se adjuntó también a este respecto oficio N° 1595/111 del Comandante de Guarnición de Ejército de La Serena, en el que se informa que el acusado Luis Felipe Cortés Godoy no posee armas inscritas y no cuenta con autorización para portar arma de fuego.

Igualmente, se acompañó fotocopia de comprobante de inscripción de arma de fuego en el registro nacional de armas, relativa al revólver Taurus N° de serie 1327450, la que aparece inscrita a nombre de Juan Iribarren Morales.

DECIMO: Que con el mérito de los elementos de juicio señalados en el fundamento anterior, apreciados libremente conforme lo dispone el artículo 297 del Código Procesal Penal, y no contradiciendo aquellos los principios de la lógica, las máximas de experiencia ni los conocimientos científicamente afianzados, es posible tener por acreditado, más allá de toda duda razonable, que el día 01 de marzo de 2003 y con ocasión de una entrada y registro e incautación autorizada judicialmente al domicilio del acusado Luis Felipe Cortés Godoy, ubicado en calle Gabriel González Videla N° 3170, Vista Hermosa, La Serena, se le encontró en su interior un revólver marca Taurus, calibre 38 especial, serie N° 1327450, con veinticuatro (24) cartuchos del mismo calibre sin percutar, más veintinueve (29) cartuchos calibre 380 ó 9 milímetros corto, sin percutar, todo sin la autorización legal correspondiente para su tenencia, ni tampoco tener inscrita el arma señalada a su nombre.

Estos hechos constituyen el delito de tenencia ilegal de arma de fuego, previsto y sancionado en el artículo 9° de la Ley N° 17.798, sobre control de armas de fuego.

UNDECIMO: Que la participación que en el presente ilícito se atribuye al acusado Luis Felipe Cortés Godoy, se acreditó con los mismos testimonios de los funcionarios policiales y los demás antecedentes ya referidos en el fundamento noveno anterior, que determinan que el revólver marca Taurus, serie 1327450, apto para ser utilizado como arma de fuego, más 24 cartuchos correspondientes a esta arma y otra cantidad de 29 cartuchos calibre 380 fue encontrado en la habitación del acusado, escondido dentro de un "puff", todo ello sin que registrara inscripción legal a su nombre ni permiso de porte de arma de fuego.

En cuanto al delito de tráfico ilícito de estupefacientes

DUODECIMO: Que en relación a este hecho punible, declaró el inspector de la policía de investigaciones Luis Durán González, quien expuso que en virtud de la orden verbal de entrada, registro e incautación emitida por el Juzgado de Garantía de esta ciudad debido a las sospechas que existían en contra del acusado, el día 1 de marzo del año 2003 se concurrió hasta su domicilio ubicado en calle Gabriel González Videla N° 3170 de esta ciudad, ingresando él junto al inspector Cristián Montoya al dormitorio del imputado. Agregó que el inspector Montoya, en un mueble ubicado a la entrada de la habitación encontró la suma de \$112.000.- aproximados en billetes de diverso valor, y consultado el acusado sobre el origen del mismo, señaló que él no estudiaba ni trabajaba, y que el dinero se lo daba su abuela. Añadió el testigo que continuando el registro, en el entretecho ubicado sobre la cama del acusado encontró 8 paquetes envueltos en papel de diario, contenedores de una hierba de color verde que impresionaba como marihuana, por lo que llamaron a la brigada antinarcóticos a fin de que se realizaran los peritajes correspondientes. Agregó el testigo que interrogado el acusado sobre este punto, indicó que la sustancia la tenía para su consumo. Continuó señalando el declarante que momentos más tarde, la detective Carola Videla le comunicó que había encontrado otros 67 o 68 envoltorios de marihuana - comúnmente denominados "máquinas"- que también el acusado señaló tener para su consumo, y ante la evidencia encontrada, se determinó detener

al acusado por infracción a la ley de armas y por tráfico ilícito de estupefacientes. El testigo a continuación procedió a reconocer las fotografías del informe N° 50, en particular las correspondientes a este ilícito, N° 8, 9 y 10, relativas a bolsa contenedora de papellillos de marihuana encontrada por la detective Videla en una bodega anexa al dormitorio del acusado; N° 11, detalle del contenido de uno de los papellillos; y N° 13, 14, 15, 16 y 17, contenido de las bolsas encontradas en el entretecho del dormitorio del acusado.

La declaración anterior es coincidente con lo declarado por el policía Cristián Montoya Rivera, quien indica que el día 1 de marzo del año 2003 le correspondió participar en la diligencia de entrada y registro emanada del Juzgado de Garantía de esta ciudad al inmueble de calle Gabriel González Videla N° 3170, agregando que en el dormitorio del acusado, en una repisa ubicada en la entrada de la pieza encontró la suma de 115.000.-aproximados, y luego el inspector Durán encontró unos paquetes de marihuana, señalando el acusado que la misma tenía para su consumo. Agregó el testigo que más tarde, la detective Carola Videla informó que había encontrado otra bolsa con diversos papellillos de marihuana. El testigo procedió finalmente a reconocer las fotografías N° 8, 9, 10, 11 y 13 a 17 del informe pericial N° 50, correspondientes a la droga encontrada al acusado.

En el mismo sentido depuso la detective Carola Videla Muñoz, quien señaló que también participó en la diligencia de entrada y registro en el domicilio de calle Gabriel González Videla N° 3170 de esta ciudad, en que se produjo la detención del acusado Luis Felipe Cortés Godoy, y que fuera autorizada por el Juzgado de Garantía. Añadió que el objetivo de la misma era la búsqueda de joyas provenientes de un delito de robo que se investigaba, pero en la revisión que practicó, en una bodega lateral, anexa al dormitorio del acusado, encontró tras un sofá, un paquete con 68 envoltorios de papel, contenedores de una hierba color café, con olor y características propias del género cannabis sativa, y antes de ello, en la propia habitación del acusado se había encontrado bastante droga de similares características, señalando al respecto el acusado que la sustancia la mantenía para su consumo personal. La testigo reconoció igualmente las fotografías del informe N° 50 que se le exhibieron, en particular las referidas a este hecho, N° 8, 9, 10, 11 y 13 correspondientes a la droga incautada en la dili-

gencia, al igual que los trozos de papel contenedores de la droga, acompañados como prueba en los N° 4, 5 y 6 bajo el acápite de "otros medios de prueba" del auto de apertura. Señaló la testigo igualmente que la prueba de campo efectuada a la hierba encontrada dio coloración positiva para el género cannabis sativa, y terminó reconociendo el acta de recepción N° 86/03, que da cuenta de la entrega que ella hizo de la droga en el Servicio de Salud de Coquimbo.

Depuso también a este respecto el testigo Carlos Molina Vásquez, subinspector de la policía de investigaciones, quien señaló que el día sábado 1 de marzo del año 2003 a petición de la brigada de robos, le correspondió efectuar un análisis de una hierba que se había encontrado en un domicilio, la cual estaba contenida en 68 envoltorios pequeños y otros 8 paquetes grandes, toda la cual, una vez efectuados los peritajes correspondientes dio coloración positiva para la presencia de cannabinoles, presentes en la cannabis sativa. El testigo procedió a reconocer a continuación las fotografías del informe N° 50 que se le exhibieron, en particular las N° 10, 11, 13, 14, 15 y 16, correspondientes a la hierba incautada y respecto de la cual practicó su peritaje, indicando que se trataba de una cantidad total bruta de 254,12 gramos. Reconoció el testigo igualmente las pruebas N° 4, 5 y 6 del acápite "otros medios de prueba", correspondientes a los trozos de diario contenedores de la droga.

Se acompañó al juicio por el ministerio público igualmente a este respecto acta de recepción N° 86/03 que da cuenta de la entrega en la sección Farmacia del Servicio de Salud de la cantidad neta de 120,76 gramos de hierba, correspondientes a 30,67 gramos de hierba molida café; 41,80 gramos de hierba verde; y 48,29 gramos de hierba verde, todas de nombre presunto marihuana.

Depuso también el perito Francisco Godoy Núñez, bioquímico, a quien correspondió efectuar el análisis de la hierba incautada en el procedimiento policial, señalando que efectuadas las pericias respectivas, se determinó que ella correspondía a cannabis sativa, comúnmente denominada marihuana. Reconoció el perito el acta de recepción N° 86 a que ya se hiciera referencia, así como los informes N° 86 A, B y C que elaboró, donde consigna los resultados de su análisis, y que fueron igualmente acompañados al juicio.

Finalmente, se incorporó al juicio por la fiscalía, informe sobre tráfico y acción del cannabis

en el organismo, emitido por el Servicio de Salud de Coquimbo, asesoría de farmacia, así como una fotografía digital de dinero en efectivo, correspondiente a la suma de \$115.500.- que fuera incautado en la habitación del acusado, y la cual ya se ha hecho referencia.

DECIMOTERCERO: Que con el mérito de los elementos de juicio señalados en el fundamento anterior, apreciados libremente conforme lo dispone el artículo 297 del Código Procesal Penal, y no contradiciendo aquellos los principios de la lógica, las máximas de experiencia ni los conocimientos científicamente afianzados, es posible tener por acreditado, más allá de toda duda razonable, que el día 01 de marzo de 2003 y con ocasión de una entrada y registro e incautación autorizada judicialmente al domicilio del acusado Luis Felipe Cortés Godoy, ubicado en calle Gabriel González Videla N° 3170, Vista Hermosa, La Serena, se encontró que poseía en su interior 68 envoltorios de papel contenedores de cannabis sativa, con un peso neto de 30,67 gramos; 7 envoltorios de papel contenedores de cannabis sativa, con un peso neto de 41,80 gramos; 1 envoltorio de papel contenedor de cannabis sativa, con un peso neto de 48,29 gramos, sin contar con la autorización competente y sin estar destinada a un tratamiento médico ni a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

Estos hechos constituyen el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 1° en relación al artículo 5° de la ley N° 19.366.

DECIMOCUARTO: Que la participación que en el presente ilícito se atribuye al acusado Luis Felipe Cortés Godoy, se acreditó con los mismos testimonios de los funcionarios policiales y los demás antecedentes ya referidos en el fundamento duodécimo anterior, al que se hace ahora expresa remisión, y que dan cuenta de la incautación de la cantidad de hierba correspondiente a marihuana en la cantidad de 120.76 gramos neto, que era poseída por el acusado, sin las autorizaciones pertinentes y sin acreditarse las excepciones legales.

DECIMOQUINTO: Que la defensa de Luis Felipe Cortés Godoy, en relación a los ilícitos de tenencia ilegal de arma de fuego y tráfico ilícito de estupefacientes por los que ha sido acusado, señaló que toda la evidencia reunida a su respecto y recogida desde su domicilio configura una prueba ilícita, y por tanto no puede ser valorada por el Tribunal. Fundamenta su alegación en que

la exclusión de prueba es una garantía vigente para todo ciudadano, y si bien el artículo 276 que se refiere a ella se encuentra ubicada a propósito de la preparación del juicio oral, lo cierto es que se trata de una norma de aplicación general, que contiene una prohibición de valoración de prueba obtenida con vulneración de las garantías constitucionales, y que se sobrepone a las normas de la persecución estatal. En la especie, la defensa estima vulnerada la garantía del debido proceso del artículo 19 n° 3 inciso 5° de la Constitución Política de la República, que configura un conjunto de garantías cuyo contenido es el respeto a las formas procesales, y en particular, no se habría cumplido con lo dispuesto en el artículo 215 del Código Procesal Penal, recogiendo e incautando la policía evidencia en contravención a esta norma, quienes han señalado expresamente que no tenían orden específica respecto de los ilícitos de tráfico de estupefacientes y tenencia ilegal de arma referidos, siendo incorrecta la aplicación que pretende el ministerio público del artículo 187 por sobre el artículo 215. Como ambas disposiciones aparentemente se oponen se debe buscar otra interpretación, esto es, el lógico y sistemático, y de ella aparece que el artículo 187 describe cómo el ministerio público debe proceder a la incautación de objetos relativos a la comisión de un ilícito, y el artículo 215, por su parte, se refiere al procedimiento a adoptar en el caso de objetos o documentos en el caso específico de otra actuación judicial en curso, cuyo era el caso, por lo que esta disposición resulta ser especial frente a la general del artículo 187. De lo contrario, aduce la defensa, no tendría nunca aplicación aquella normativa, además que en ella no distingue el legislador, señalando alguna excepción en caso de flagrancia, por lo que no resulta lícito al intérprete distinguir. Por otra parte, se cuestiona la defensa si puede efectivamente pensarse en flagrancia en el caso de la tenencia del arma y la droga, atendida la forma y circunstancias en que se produjo su hallazgo. De otro lado, y sin perjuicio de lo señalado, en lo relativo al arma de fuego, indica la defensa que para que pueda ser sancionado su representado, de acuerdo al artículo 9 de la ley 17.798, se requiere que se acredite que la posesión o tenencia de armas está destinada a alterar el orden público, atacar a las Fuerzas Armadas o a las de Orden y Seguridad Pública o a per-

petrar otro delito, lo que con las pruebas reunidas en el juicio no se puede establecer, especialmente en lo referido a "otro delito". Por lo anterior, sólo procedería, a lo más, la aplicación de una multa. Por último, la defensa indica que no le perjudica al acusado la agravante del artículo 12 N° 16 que hace valer el ministerio público, pues para que ella opere se requiere el cumplimiento efectivo de la pena, el cual debe ser producto de la condena, y no como resultado de abonos derivados de un período de privación de libertad a raíz de un procesamiento o formalización.

DECIMOSEXTO: Que el tribunal desestimará las alegaciones de la defensa, estimando que los artículos 187 y 215 invocados, no se oponen, ni se trata tampoco de una normativa general por sobre otra particular, sino que configuran ambas situaciones diversas. En efecto, de la lectura de las dos disposiciones citadas aparece que el artículo 215 regula la situación ocurrida durante la práctica de una diligencia de registro, en que se descubren objetos o documentos que permiten *sospechar* la existencia de un hecho punible distinto del que constituye la materia del procedimiento en que se libró la orden de registro que se practica. Es decir, se trata de elementos o antecedentes que *no constituyen o configuran por sí mismo un ilícito*, sino que tal como la señalada disposición lo indica, sólo permiten *sospechar* del acaecimiento de uno, esto es, "aprehender o imaginar algo por conjeturas fundadas en apariencias o visos de verdad", tal como dicho concepto es definido por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Resulta evidente, en tal hipótesis, la exigencia de una nueva orden judicial para proceder a su incautación, pues bien puede suceder que tales sospechas no se concreten en definitiva en un ilícito, con grave afectación, en tal caso, del derecho de propiedad, lo que resulta concordante con lo señalado por el artículo 9 del Código Procesal Penal que requiere autorización judicial previa en toda actuación del procedimiento que prive al imputado o a un tercero de los derechos que la Constitución asegura, o los restrinja o perturbe.

Diversa es la situación del artículo 187 del Código Procesal Penal, el que faculta para proceder a la incautación inmediata de los objetos, documentos e instrumentos hallados en poder del imputado respecto de quien se practicare detención en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 83 le-

tra b) del mismo cuerpo legal, esto es, casos de delito flagrante, entendiéndose a su vez que lo hay en las hipótesis del artículo 130, cuya es precisamente la situación de la especie. En efecto, en cumplimiento de la orden de entrada y registro emanada del Juzgado de Garantía de esta ciudad a propósito del delito de robo, fue encontrado por la policía en poder del acusado –circunstancia ésta que no ha sido discutida– un revólver apto para ser utilizado como arma de fuego convencional y una importante cantidad de cannabis sativa dispuesta en bolsas y otros diversos papellitos comúnmente demostrativos de su comercialización, y en virtud de tales flagrantes ilícitos, que se configuran por la mera tenencia y posesión respectivamente, sin contar con las autorizaciones correspondientes, se procedió a la incautación de los medios de prueba respectivos, actuándose de este modo conforme las facultades legales, y sin concurrir los vicios que se alegan.

Por otra parte, no resulta procedente en la especie dar aplicación al inciso 2º del artículo 9 de la ley 17.798 como solicita la defensa, en el sentido que no existen en el juicio circunstancias o antecedentes que permitan presumir fundadamente que la posesión o tenencia del arma encontrada en poder del acusado haya estado destinada a alterar el orden público, atacar a las Fuerzas Armadas o a las de Orden y Seguridad Pública o a perpetrar otro delito, como indica la norma legal, ya que además de no haberse rendido prueba por parte de la defensa en tal sentido, los antecedentes del juicio conducen precisamente a una presunción contraria, al haber sido requerido el acusado por un delito de robo, y tener también ya antecedentes anteriores por un delito de homicidio frustrado en que precisamente hizo uso de un arma de fuego.

DECIMOSEPTIMO: Que del modo referido en los fundamentos precedentes y de acuerdo a lo señalado por el artículo 340 del Código Procesal Penal, este tribunal ha adquirido la convicción, más allá de toda duda razonable, de que se perpetraron los hechos punibles acreditados en los fundamentos décimo y décimo tercero, y que en ellos ha correspondido al acusado Luis Felipe Cortés Godoy, una participación de autor, culpable y penada por la ley.

DECIMOCTAVO: Que por otra parte, efectivamente perjudica al acusado en el delito de tenencia ilegal de arma de fuego la circunstancia agravante contemplada en el artículo 12 N° 16 del Código Penal, esto es, ser reincidente en delito de la

misma especie, la cual se encuentra acreditada con su extracto de filiación y antecedentes y copia de la sentencia respectiva, documentos ambos acompañados al juicio, en los que consta que con fecha 16 de agosto de 2002 el acusado fue condenado a la pena de 21 días de prisión en su grado medio como autor del delito de porte ilegal de arma de fuego, pena que, conforme se indica en el mismo fallo, se le tuvo por cumplida con el mayor tiempo que estuvo privado de libertad en dicha causa.

De la manera referida, se desestima la petición de la defensa de no acceder a la aplicación de la referida agravante, según lo señalado en el fundamento décimo quinto anterior, al reunirse los requisitos necesarios para hacerla procedente, no haciendo la ley distinción alguna en orden al cumplimiento de la pena en razón de la condena misma o por los períodos de abono correspondientes, bastando al respecto su efectivo cumplimiento bajo privación de libertad, que es precisamente lo acaecido en la especie.

DECIMONOVENO: Que, por otra parte, y aunque no fue materia de alegación por los intervinientes, en la especie se trata el acusado de un menor declarado con discernimiento en relación a los tres ilícitos que se le atribuyen, como se acredita con las copias de sentencia de 1º y 2º instancia acompañados bajo los N° 2, 3, 4 y 5 del acápite "documentos" del auto de apertura, y en tales circunstancias procede dar aplicación al artículo 72 del Código Penal que indica que en tal caso se debe imponer la pena inferior en grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que una persona resulte responsable.

VIGESIMO: Que de este modo, en relación al delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, efectuada la rebaja de pena referida por el artículo 72 del Código Penal, y no concurriendo en la especie circunstancias modificatorias de responsabilidad que considerar, al imponer la misma puede el tribunal recorrerla en toda su extensión.

En cuanto al delito de tenencia ilegal de arma de fuego, efectuada la rebaja de pena referida por el artículo 72 del Código Penal, y concurriendo en la especie una circunstancias agravante de responsabilidad, al imponer la misma no puede el tribunal hacerlo en el mínimo.

Finalmente, en lo relativo a la penalidad del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, tratándose en la especie de una sustancia incluida en el inciso 2º del artículo 1º de la ley 19.366, y que por

tanto queda incluida en el artículo 2º del Reglamento de la ley referida, el tribunal procederá a bajar la pena asignada al mismo en un grado, dándose aplicación además al artículo 72 del Código Penal. Por otra parte, cabe tener presente que en este ilícito no existen circunstancias modificatorias de responsabilidad que considerar, por lo que al imponer la pena determinada de acuerdo a lo anteriormente referido, el tribunal puede recorrerla en toda su extensión.

Por estas consideraciones, y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 12 N° 16, 14 n° 1, 15 n° 1, 18, 21, 24, 29, 30, 67, 68, 72, 76, 432 y 440 N° 1 del Código Penal; 1º, 2, y 9 de la Ley 17.798 sobre Control de Armas; 1º, 5º y 39 de la Ley 19.366 sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes; y 295, 296, 297, 340, 341, 342 y 348 del Código Procesal Penal, **SE DECLARA:**

I.- Que se **condena** a **LUIS FELIPE CORTÉS GODOY**, ya individualizado, a las siguientes penas por los delitos que en cada caso se indican:

a) **TRES AÑOS Y UN DÍA** de presidio menor en su grado máximo, más la pena accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autor del delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación en perjuicio de Rosa Soler González, perpetrado en esta ciudad, en horas de la tarde del día 22 de febrero de 2003;

b) **SESENTA DÍAS** de prisión en su grado máximo, más la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, perpetrado en esta ciudad el día 1 de marzo del año 2003;

c) **QUINIENTOS CUARENTA Y UN DÍAS** de presidio menor en su grado medio y multa de **cuarenta** unidades tributarias mensuales, más la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, perpetrado en esta ciudad el día 1 de marzo del año 2003.

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

II.- Que se condena, asimismo, al sentenciado Luis Felipe Cortés Godoy al pago de las costas de la causa.

III.- Que no reuniéndose los requisitos legales, no se concederá al condenado Luis Felipe Cortés Godoy, ninguno de los beneficios contemplados en la Ley 18.216, por lo que deberá cumplir real y efectivamente las penas corporales que respectivamente le han sido impuestas, comenzando por la más grave, penas que se contarán desde el día 1º de marzo de 2003, fecha desde la cual se encuentra ininterrumpidamente privado de libertad con motivo de esta causa.

IV.- Una vez ejecutoriada el presente fallo, remítanse los antecedentes pertinentes al Juez de Garantía correspondiente para los efectos del cumplimiento de esta sentencia.

Redactada por el Juez Sr. Jorge Fernández Stevenson.

Rol N° 04-2004

DICTADA POR LOS JUECES DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE LA SERENA, SEÑORES NICANOR SALAS SALAS, JORGE PIZARRO ASTUDILLO Y JORGE FERNANDEZ STEVENSON. No firma el Juez don Jorge Pizarro Astudillo, no obstante haber concurrido al juicio y a la deliberación, por encontrarse haciendo uso de permiso.

CORTE DE APELACIONES

- **Acoge recurso de apelación interpuesto, declarando admisible la querella por abusos sexuales presentada por el SENAME.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Talca.

Resumen:

El SENAME interpuso una querella por el delito de abusos sexuales contra menores de edad, la cual fue declarada inadmisibles por el Tribunal de Garantía por haber sido interpuesta por una persona no autorizada por la ley. Ello, principalmente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 111 del Código Procesal Penal. La Corte revocó la resolución del Tribunal de Garantía señalando que, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 111 y 53 del Código Procesal Penal, cualquier persona, sin distinción de ser natural o jurídica, está facultada para parecer en juicio por delitos que afectan intereses sociales relevantes, como justamente son los intereses superiores del niño.

Texto completo:

En Parral a catorce de noviembre de dos mil tres.

Vistos:

1º Que el Servicio Nacional de Menores a través de su director Regional presentó querella en esta causa aduciendo para ello las facultades conferidas por el decreto ley N° 2.465 y los artículos 3 y 19 de la Convención Internacional de Derechos del Niño, indicando que el interés procesal en el ejercicio de la acción penal y su legitimidad activa además se basaría en el artículo 5º de la Constitución Política “del Estado”, los artículos 53 inciso 2º y 111 inciso 3º, toda vez que “los delitos cometidos contra menores constituyen en si mismos intereses sociales relevantes”.

2º Que en la presente causa se formalizó la investigación calificando los hechos como abusos sexuales contra menores de edad.

3º Que el Código Procesal Penal en su artículo 111 señala expresamente “*Que la querella podrá ser impuesta por la víctima, su representante legal o su heredero testamentario*” Así el Servicio Nacional de Menores como persona jurídica, no puede encontrarse en la calidad de víctima según lo dispone el artículo 108 del Código Procesal Penal.

4º Que de acuerdo a lo anterior no cabe que una persona jurídica presente querella, ya que

la voz persona capaz de comparecer en juicio a que aluden los incisos 2º y 3º del artículo anteriormente señalado, debe necesariamente interpretarse restrictivamente de acuerdo al artículo 4º del Código de Procedimiento Civil.

5º Que de igual forma las hipótesis de intervención de personas naturales domiciliadas en la provincia o en la región siguen respondiendo a la misma lógica del inciso primero de la norma (calidad de víctima), toda vez que la expresión “*cualquier persona*”, en el contexto y coherencia interna de la norma y con el resto del ordenamiento jurídico apuntan a que esas personas indeterminadas de igual forma son “ofendidas por el delito”, es decir, víctimas ya que los hechos punibles cometidos en la provincia que constituyen delitos terroristas, los cometidos por funcionarios públicos que afectaren derechos de las personas garantizados por la constitución o contra la probidad pública; resultan sin duda afectadas por delitos que infunden terror, desprecio por los derechos fundamentales o que menoscaban el patrimonio de todos los habitantes del país.

6º Que es también congruente determinar que la interpretación del inciso tercero del artículo 111, respecto de los delitos cometidos en la región que “afectaren intereses relevantes o de la colectividad en su conjunto”, no hace sino hacer referen-

cia a lo que la doctrina moderna señala como intereses colectivos o difusos, es decir, aquellas figuras típicas que atenten contra bienes jurídicos como la salud pública, la seguridad colectiva o el medio ambiente. Esta interpretación no parece antojadiza teniendo en cuenta la historia fidedigna de la ley en la cual tanto el proyecto de ley enviado por el ejecutivo así expresamente lo señalaba como la discusión que se dio en la cámara alta del Congreso Nacional en torno a este articulado.

7º Que la interpretación que se da a la norma en cuestión está dada por tres factores:

- a) La territorialidad (cualquier persona domiciliada en la provincia o en la región) No es un capricho para el legislador toda vez que se ha reconocido por la doctrina como requisito para ser catalogado un interés de carácter "difuso", una radicación y una dimensión territorial,. Es decir que vincule a sujetos reunidos o reunibles en una dimensión territorial.
- b) La visión que se debe tener del Código Procesal Penal. Asunto que está en conflicto con "el rasgo fundamental de la cultura legal de nuestro país constituido por su acendrado formalismo que conduce fácilmente al aspecto más bien lingüístico de las reglas, olvidando el sentido público y político que las anima y en muchas ocasiones los propósitos de reforma política que subyacen a las reglas" (Profesor Carlos Peña González, presentación del Libro de Introducción al nuevo Proceso Penal, U. Diego Portales, 29 de julio de 2002). Esta proposición se hace patente en esta norma por cuanto no parece que tenga ningún sentido práctico ni cause efecto alguno la exigencia del domicilio en un territorio político administrativo determinado sino es en el sentido de considerarle como protección penal de un interés colectivo.
- c) El interés social relevante al que alude el Servicio Nacional de Menores pone énfasis en la distinción entre la moral y el derecho. Esto porque sin duda es relevante para la sociedad desde un punto moral las acciones de carácter sexual emprendidas en contra de niños y así lo recoge el derecho a través de las figuras típicas que re-

gulan estas conductas y las castigan de manera más severa que cuando las víctimas son jurídicamente adultas; sin embargo este carácter no legitima a nadie más que a las víctimas (legalmente representadas) para interponer querellas. El mandato al Estado Chileno que hace la Convención de Derechos del Niño implica un compromiso para todos sus organismos incluido por cierto quien tiene el monopolio de la investigación penal, El Ministerio Público, ente autónomo que según mandato constitucional debe guardar la debida protección a las víctimas y a los testigos sin distinción etaria alguna.

8º Que el artículo 53 del Código Procesal Penal demande que siempre los delitos cometidos contra menores de edad estén protegidos por la acción penal pública no hace sino evitar una valoración errónea del conocimiento de la realidad del legislador, el estado de vulnerabilidad e indefensión de las víctimas de estos hechos, más no cabe interpretar por ello que la alusión a "socialmente relevante" que hace la ley lo haga sinónimo de acción pública ya que como expresamente lo señala el texto legal, todos los delitos tienen esa característica de persecución de oficio salvo los indicados como de acción penal previa instancia particular y los de acción penal privada que están taxativamente señalados por el Código en los artículos 54 y 55.

10º Que sin duda el rol de protección a las víctimas es uno de los objetivos claves del nuevo sistema penal, cuestión a la que también concurre la justicia de menores a través de las medidas de protección.

11º Que la igualdad de armas responde a uno de los cimientos del sistema contradictorio impulsado por el Código Procesal Penal, en donde los intereses de la persecución penal del Estado debieran representados en forma exclusiva por el Ministerio Público. La lógica contraria del sistema inquisitivo sin duda llevó a admitir que los intereses del Estado se vieran personificados en el proceso penal, además del persecutor legal (el juez), por otros organismos que de acuerdo a sus particulares fines abogaran por la deci-

sión jurisdiccional, situación jurídica ya superada por el nuevo orden como lo indica claramente la ley adecuadora N° 19.806, que haciendo la excepción a la regla general del artículo 111, autorizó de manera expresa al Consejo de Defensa del Estado, al Servicio de Impuestos Internos y al Servicio Nacional de Aduanas, para querellarse en el nuevo proceso penal utilizando para ello la fórmula del actual artículo 162 del Código Tributario: *“El denunciante (Consejo de Defensa del Estado o Directamente el Servicio de Impuestos Internos) ejercerá los derechos correspondientes a las víctimas de conformidad al Código Procesal Penal”*.

Y visto lo dispuesto en los artículos 80 A de la Constitución Política de la República; 53, 108, 111 y 114 letra e) del Código Procesal Penal; Ley N° 19.806, y 4° del Código de Procedimiento Civil, se resuelve:

Que se declara inadmisibles las querellas presentadas por el Servicio Nacional de Menores en contra del imputado en esta causa por cuando se dedujo por persona no autorizada por la ley.

Notifíquese al peticionario por fax y a los intervinientes de acuerdo a lo solicitado.

RIT: 1159-2003 RUC: 0300166017-8.

DECRETADO POR DON CRISTIAN SOTO GALDAMES, JUEZ DE GARANTÍA TITULAR DE PARRAL.

Talca, nueve de diciembre de dos mil tres.

VISTO, OIDO Y CONSIDERANDO:

1° Que el artículo 111 del Código Procesal Penal faculta para deducir querrela a “cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliada en la región, respecto de delitos cometidos en la misma que afectaren intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto”, disposición legal que resulta aplicable en la especie.

2° Que, a su vez, el inciso segundo del artículo 53 del Código antes citado dispone que “se concede siempre acción penal para la persecución de los delitos cometidos contra menores de edad”, circunstancia la anterior que responde a considerar

aquellos delitos como conductas que afectan intereses sociales relevantes, como es el interés superior del niño.

3° Que cuando el legislador en el artículo 111 del código en referencia usa la expresión “cualquier persona”, no la está restringiendo a las personas naturales, pudiendo deducir querrela tanto las personas naturales como las jurídicas y, en este caso, con mayor razón aquella que por mandato legal debe velar no solo por el bienestar de los menores, sino que por sus derechos, entre los cuales está la de instar a la intervención judicial.

4° Que equivoca el juez de la causa al estimar que admitir la querrela del Servicio Nacional de Menores constituya una infracción a la igualdad de armas, toda vez que el Ministerio Público representa los intereses de la sociedad en su conjunto, que no necesariamente coinciden con los de la víctima. Aplicando, justamente, dicho principio, parece prudente admitir la querrela del Servicio Nacional de Menores, toda vez que éste tiene la defensa de los derechos de los menores.

Conforme a lo razonado, disposiciones legales citadas, y lo dispuesto en los artículos 112, 115, 352, 358 y 360 del Código Procesal Penal, se REVOCA la resolución apelada de catorce de noviembre de este año que se lee de fojas 24 a 25 vuelta de esta carpeta y, en su lugar se declara ADMISIBLE la querrela, aparejada a fojas 11 de esta carpeta, interpuesta por el Servicio Nacional de Menores, en contra de JOSÉ MIGUEL URRÁ NAVARRETE, en consecuencia, se la admite a tramitación, debiendo el Juez de Garantía de Parral remitirla al Ministerio Público de Parral.

Insértese en el acta de lectura.

Redacción del Presidente de la Segunda Sala, ministro don Rodrigo Biel Melgarejo.

Regístrese y devuélvase.

Rol n° 1.179

PONENCIADO POR EL PRESIDENTE DE LA SEGUNDA SALA DON RODRIGO BIEL MELGAREJO. MINISTRO DON VICTOR STENGER LARENAS Y ABOGADO INTEGRANTE SEÑOR JENARO BOBADILLA BRIONES.

- **Acoge recurso de nulidad presentado por la Fiscalía, declarando la nulidad del fallo recurrido.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Arica.

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes. El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal estimó, en voto dividido, que el imputado sólo había actuado en un delito de conspiración para el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes. Ello, porque la única entrega de droga que tuvo por acreditada, fue una simulación de la policía por medio de la cual se entregó droga que ésta ya había incautado, transformando así la acción del imputado en un delito imposible. El Ministerio Público interpuso un recurso de nulidad argumentando que se había hecho una errónea aplicación del derecho que había influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. La Corte acogió el recurso señalando que en el juicio celebrado se había acreditado que no sólo se acordó, sino que también se había llevado a cabo una infracción objetiva que había implicado un traslado de más de un kilo de droga, lo que constituye un delito de tráfico ilícito de estupefacientes.

Texto completo:

Arica, cinco de diciembre de dos mil tres.

VISTOS:

PRIMERO: Que, con fecha primero de diciembre del año en curso, ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, presidido por don Jorge Quiñones Garat y constituido por los jueces don Julio Aguilar Fuentes y doña María Verónica Quiroz Fuenzalida, se llevó a efecto la audiencia del juicio oral en la causa Rol Unico 0300005448-7 y Rol Interno del tribunal N° 25/2003, seguida en contra de **Cristóbal Barrios Poma**, 45 años, peruano, cédula de identidad N° 14.584.812-1, natural de Puno, domiciliado en Pasaje Martín Bravo N° 1423, población Frei de esta ciudad, sastre, actualmente en prisión preventiva en el Complejo Penitenciario Acha, con antecedentes penales

Sostuvo la acusación el Ministerio Público representado por los fiscales adjuntos señores Fernando Pinto Miranda y Miguel Palacios Henríquez, ambos domiciliados en calle Manuel Rodríguez N° 363

La defensa estuvo a cargo de la Defensoría Penal Pública, representada por los abogados Carlos Verdejo Galleguillos y Consuelo Gil Bessolo, ambos con domicilio en Baquedano 792 oficina 5, de esta ciudad.

SEGUNDO: Que los hechos materia de la acusación, según se lee en el auto de apertura de juicio oral, son los siguientes: que el 9 de enero de

2003, el acusado Cristóbal Barrios Poma solicitó a una persona para que en calidad de intermediario buscara comprador de un cargamento de aproximadamente doce kilos de pasta base de cocaína, de esta forma, el intermediario referido, contactó al acusado con un tercero, quien actuaba como agente encubierto, a quien Barrios Poma le ofreció para su venta la droga antes mencionada, acordándose su entrega para el día siguiente, en horas de la tarde, hecho que no ocurrió; postergándose la misma para el día 11 de enero del presente año. El señalado día, a las 10:30 horas aproximadamente, el acusado se reunió con el intermediario y le hizo entrega, sin acuerdo previo alguno, de un paquete contenedor de pasta base de cocaína, la que se encontraba envuelta en una bolsa de nailon y enhuinchada, entrega que Barrios Poma realizó con el propósito de que se la llevara al comprador en señal de confianza y, a la vez, recibir el pago inmediato de la misma, para con ello hacer pago a sus proveedores de la droga, demostrando de esa forma que en su poder contaba con doce kilos de pasta base de cocaína, cargamento que, según manifestó, mantenía oculto en un sector de la playa Las Machas de esta ciudad. Continuando con el procedimiento, en horas de la tarde, aproximadamente a las 19:00 horas, el paquete contenedor de pasta base de cocaína antes referido, cuyo peso bruto fue de 1.290 y neto de 1.263 gramos, con una pureza de 35 %, le fue devuelto por el intermediario al acu-

sado, en la afueras del Terminal Rodoviario de esta ciudad, procediéndose a la detención de este último, en los momentos que portaba consigo el referido paquete.

Los hechos descritos precedentemente, al decir de la fiscalía, son constitutivos del delito de tráfico ilícito de drogas, previsto y sancionado en el artículo 5° en relación con el artículo 1° de la ley N° 19.366, pues el acusado Barrios Poma, sin contar con la autorización para ello, ha desarrollado conductas de facilitación y promoción del uso y consumo de sustancia estupefaciente, pasta base de cocaína, productora de dependencia física y síquica y capaz de producir graves efectos tóxicos y daños considerables a la salud pública, conforme al reglamento de la Ley N° 19.366, contenido en el decreto de Justicia N° 565 de 09 de Junio de 1995, perpetrado en la ciudad de Arica, entre los días 9, 10 y 11 de enero del año 2003, ilícito en el cual estima habría tenido una participación en calidad de autor en los términos del artículo 15 N° 1 del Código Penal, pues tomó parte en el mismo, de manera inmediata y directa.

En cuanto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, el Ministerio Público estima que no beneficia al acusado ninguna atenuante, pero sí le perjudica la agravante establecida en el artículo 12 N° 16 del Código Penal, esto es, ser reincidente en delito de la misma especie, pues registra una condena por el delito de tráfico ilícito de drogas en causa rol N° 31.378/1993, seguida ante el Tercer Juzgado del Crimen de Arica, por hechos ocurridos el día 14 de octubre de 1993.

Finalmente, el Ministerio Público solicita se aplique al acusado las penas de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio y multa de 100 unidades tributarias mensuales, más las penas accesorias previstas en el artículo 28 del Código Penal. Asimismo, conforme con lo establecido en el artículo 31 del Código Penal, se solicita el comiso de las especies incautadas y que han sido ofrecidas como evidencia material y el pago de las costas de la causa.

TERCERO: Que, para la acreditación del hecho punible, el Ministerio Público rindió las siguientes pruebas:

I.- TESTIMONIAL:

a) Compareció a estrados el **testigo de identidad protegida "N° 2"**, quien actuó en el hecho investigado en calidad de informante, refiriendo que estando en la cárcel conoció a Cristóbal Poma cuando éste estaba preso por tráfico y que el jueves 09

de enero del año en curso se encontró con él; que durante la conversación que entablaron, Poma le ofreció doce kilos de pasta base de cocaína, pidiéndole si podía conseguir un comprador; para ello llamó al O.S.7. donde lo contactaron con el teniente Andrades, junto a este último fue a hablar con Poma al frente del Terminal de Buses, alrededor de las 19 horas, conversación que duró veinte minutos aproximadamente, quedando de juntarse al otro día en el segundo piso del Shopping; allí, el teniente, quien actuaba como agente encubierto, debía llevar \$ 650.000 por kilo y Poma entregaría la droga. El 10 de enero, en la tarde, en el lugar previamente acordado se volvieron a reunir los tres, donde Poma le dijo al teniente que la droga no estaba completa aquí en Arica, que debían hacer el negocio alrededor del mediodía del sábado, para lo cual le iba a entregar un aparato celular a él (al declarante) quien realizaría el contacto, pero su sorpresa fue que el sábado, alrededor de las 10:00 horas, Poma lo fue a buscar a su casa, luego salieron ambos al centro, se sirvieron un completo con una cerveza, alrededor del mediodía, en un momento que el acusado fue al baño, llamó a la policía comunicándose con el oficial de guardia a quien le indicó que no podía ir allí, pues en ese momento andaba con Poma; posteriormente el acusado le pidió que lo acompañara a la casa de Carlos Nieves, su jefe en el taller de pinturas en que trabajaba, el que vivía al lado de la feria Diego Portales, fueron allí alrededor de las 14:00 horas, lugar en el cual Poma, en presencia de Nieves, saca desde un bolso que portaba, un paquete y le dice que le lleve la droga al comprador en señal de confianza, acto seguido sale de la casa y llama por teléfono a la unidad dando cuenta de lo ocurrido, pidiendo que lo fueran a buscar, pero le contestaron que no podían, porque no había nadie y que se fuera para allá, lo que hizo a pié; llegando a la unidad le entrega el paquete a la persona que estaba allí, llaman al teniente y aparecen varios oficiales, abren el paquete, lo pesan, y verifican si efectivamente es droga y la calidad de la misma; después, Andrades llamó por teléfono a Poma quedando de juntarse en las afueras del Terminal Rodoviario; a la hora concertada, se juntan los tres en dicho lugar y suben al Rodobar, el que está situado en el segundo piso de dicho terminal; allí se juntaron con dos peruanas y delante de ellas Poma le pedía \$ 700.000 a Andrades para las mujeres, manifestando que eran sus primas, quienes debían entregar el dinero a los burreros en Tacna; interro-

gado por el fiscal, aclara que pedía \$700.000 porque si bien el kilo de droga costaba \$ 650.000, habría mandado más de dicha cantidad; después se retira el teniente, no sin antes dejar dinero para pagar la cuenta; continúa su relato señalando que una vez que él se va, concurre a la unidad donde se vuelve a encontrar con Andrades, y se tomó la determinación de devolverle la droga a Poma; para eso el teniente lo llamó por teléfono, y en la plaza frente al Terminal Rodoviario, alrededor de las 19:30 horas, él se la devuelve, ahí Poma conversa con el teniente y él se retira del lugar, no sabe que pasó mas adelante .A continuación, el deponente manifiesta que hace cinco años que trabaja como informante y, finalmente, reconoce al acusado como la persona que le solicitó le buscara un comprador para la droga. Contra interrogado por la defensoría, refiere que estuvo condenado en el año 1991 por un robo con escalamiento, salió con la dominical en 1993, la que quebrantó durante cuatro años y diez meses, obteniendo su libertad el 30 de diciembre del año 2.000; señala, además, que luego que él devolvió la droga a Barrios, llamó al cuartel y allí le dijeron que concurriera a ese lugar, pues querían ver su pieza, lo que hicieron junto al fiscal, no encontrando nada allí.

b) Concurrió también a estrados el **testigo protegido Nº 1**, quien actuó en el procedimiento como agente encubierto, señalando que el 09 de enero del año en curso, se entrevistó con un informante reclutado del O.S.7., quien le manifestó que conocía a un peruano que tenía la cantidad de doce kilos de droga y deseaba un comprador; le comunica este hecho al fiscal Jorge Valladares a quien le pide autorización para actuar como agente encubierto en el procedimiento y con la anuencia de éste, concurre en compañía del informante al Terminal Internacional, en donde conoce a Cristóbal Barrios Poma, quien le ofrece venderle doce kilos de pasta base de cocaína en \$650.000 el kilo, señalándole que el negocio podía llevarse a cabo al día siguiente. Agrega que el 10 de enero, alrededor de las 17:30 horas ante un requerimiento de Barrios, va nuevamente con el informante a reunirse con aquél al segundo piso del Shopping, manifestándole Barrios que la venta no la podía efectuar ese día porque la droga aún no era bajada por los burreros desde Tacna, quedando de acuerdo de realizar el negocio al día siguiente, para lo cual el acusado debía entregarle el aparato celular al informante

para mantener siempre la comunicación entre ambos; agrega que al Shopping concurrió el sargento segundo Carlos Campos Montero, quien protegiendo su integridad, a unos metros observaba su entrevista con Cristóbal Barrios Poma, además del conductor que permaneció siempre en el vehículo. El 11 de enero, como estaba pendiente la reunión con el informante, concurre alrededor de las 14:00 horas al cuartel y le consulta a la persona que allí estaba, no recordando quien era, si lo habían llamado por teléfono, le dicen que no, y se retira a su domicilio; allí recibió una comunicación telefónica del sargento segundo Elías Jara Osses, quien le dice que anteriormente recibió una llamada del informante diciéndole que Cristóbal Barrios le había hecho entrega de un kilo y medio de pasta base, para que se la entregara a él en señal de confianza; a raíz de ello, concurre inmediatamente al cuartel, donde se entrevista con el informante y luego le efectúan una fijación fotográfica a la droga, le realizan la prueba de campo, confeccionan un acta de incautación y da aviso de inmediato al fiscal de esta situación tan atípica; luego sale del cuartel, y del frontis de este llama a Cristóbal Barrios y él le solicita su concurrencia al frontis del Terminal Internacional, quedando ambos de encontrarse allí junto al informante, alrededor de las 16 horas; allí llegó Barrios acompañado de dos peruanas a quienes las presentó como sus primas y se dirigieron al segundo piso del rodoviario, en una shopería, donde se sentaron los cinco, la conversación siempre versó sobre la droga, nadie ocupó un coa para simular, en un momento dado, Barrios le dice que atendida la muestra de confianza que él le había dado al enviarle la droga, debía adelantarle \$700.000 para que sus primas le cancelaran a los burreros, a lo que él se negó; refiere que dicha reunión dura una hora aproximadamente y siempre tuvo la cobertura del sargento Jara; después se dirige al cuartel donde llegó don Jorge Valladares, manda a buscar al informante quien indicó el domicilio de Barrios Poma; agrega que reunidos los oficiales y el fiscal en el cuartel, deciden "hacer una simulación de entrega de la droga de la misma forma como él se la envía" con el objetivo de desbaratar la organización completa y lograr la incautación de la totalidad de la droga; refiere que una vez tomada la resolución de devolver la droga, recibe una llamada telefónica de Barrios, en la cual el declarante le expresa que no va a efectuar el negocio, pues le había ofrecido doce kilos y él le había mandado una menor canti-

dad, quedando de acuerdo que la devolución se efectuaría en las cercanías del Terminal Internacional, acota que el cabo Hernán Silva Angulo le hace entrega del alcaloide a las 19:20 horas y, junto al informante abordan un vehículo policial y concurren al lugar acordado, antes de bajar del vehículo, le hace entrega del paquete contenedor de la droga al informante y se percata que estaban las dos primas de Barrios, a quienes saluda, y les comunica que no va efectuar el negocio; en un momento en que Cristóbal cruza desde el Rodoviario, el informante le hace la entrega de la droga e inmediatamente se retira; él se quedó conversando con el acusado por breves minutos, acto seguido detuvieron a este último; posteriormente, vuelve con el informante al cuartel, y a éste le allanan su domicilio sin resultados positivos. Finalmente, reconoce al acusado en la audiencia y describe las evidencias que le son exhibidas por el Ministerio Público, consistentes en las bolsas contenedoras de la droga, las cuales fueron legalmente incorporadas al juicio por el órgano acusador.

c) Concurrió también a estrados el cabo segundo de Carabineros **Elías Segundo Jara Osses**, quien expresó que su participación se inició el 10 de enero del año en curso, cuando alrededor de las 14:45 horas recibió un llamado telefónico del informante, luego rectifica, y señala que el viernes 10 de enero su intervención consistió en prestar cobertura al agente encubierto y al informante en una reunión que se realizó al interior del Shopping a la cual concurrieron éstos y el peruano; el objetivo de la reunión era ponerse de acuerdo en el precio y la hora en que se iba a efectuar la transacción de droga, señalando que él permaneció en el vehículo y su acompañante fue al lugar donde se realizaba la reunión. Agrega que al día siguiente, alrededor de las 14:45 horas, recibió un llamado telefónico del informante quien le señaló que un peruano le había entregado droga para que él se la hiciera llegar al agente encubierto, a lo que él replicó que se trasladara de inmediato a la unidad, pues él estaba solo y no creyó en lo manifestado por el informante; a los cinco minutos llegó éste con un paquete, que él revisó constatando que era pasta base de cocaína, se procede a incautarla y, acto seguido, se comunicó con el agente encubierto pidiéndole que concurriera a la unidad señalándole lo que había pasado; cuando llegó el oficial al cuartel, éste le comunicó el hecho al Capitán Machuca y al fiscal Valladares, quien ordenó la rotulación, fijación fo-

tográfica y guarda de la droga en una caja fuerte, luego el oficial se comunica con el peruano quedando de juntarse a las 16:00 horas en el Terminal Rodoviario, reunión a la cual concurre el peruano, el agente, el informante y dos peruanas, los cinco se trasladan al segundo piso y él, nuevamente, tomó participación como cobertura al informante y agente encubierto, a unos ocho metros de ellos, pues permaneció en la subida de la escala; allí estuvieron más de una hora, una vez en el cuartel se adopta la decisión de devolverle la droga para tratar de detener a más involucrados, para ello, alrededor de las 19:00 horas, llamó el informante para que lo pasaron a buscar, luego va el agente encubierto con aquel a la plaza fuera del terminal, donde el informante le hace entrega de la droga al peruano en los momentos que iba a abordar movilización colectiva, él dio la orden detención; acota que en ese momento se prestó cobertura policial, también concurre el fiscal, quien se encontraba a unos sesenta a ochenta metros, hacia una bomba de bencina que hay en el lugar. Una vez practicada la detención del acusado, lo llevaron a dependencias de la SECODE y, posteriormente, le allanaron su domicilio, diligencia que no dio resultado positivo. Después hubo otro allanamiento en el domicilio del informante, pero él no participó. Agrega que el detenido se acogió al artículo 33, señalando que la supuesta droga se encontraba en el sector de la playa Las Machas, fueron allí a las 12:20 P.M. hasta la 01:30: A.M, actuación que no prosperó, por lo que el fiscal dio la orden de levantamiento del servicio y, como el detenido dijo que posiblemente al otro día concurrirían las personas que le iban a hacer entrega de la droga, fueron a buscarlo a la cárcel de Acha, pero el acusado se negó a salir, razón por la cual no se llevó a cabo la diligencia. Finalmente, reconoce al acusado en la audiencia, y describe las evidencias que le son exhibidas por el Ministerio Público, consistentes en las bolsas contenedoras de la droga, las cuales fueron legalmente incorporadas al juicio por el órgano acusador.

d) Concurrió también a prestar declaración el cabo segundo de carabineros **Hernán Silva Angulo**, expresando que el 11 de enero estaba de suboficial de guardia del O.S.7. y, alrededor del mediodía, el informante llamó por teléfono diciendo que estaba en el centro y quería hablar con el agente encubierto, como éste no se encontraba en ese momento, quedó de llamar después; posteriormente, llegó el sargento Jara y habló con él alrededor de las 14:40

horas diciéndole que iba al cuartel, llegó allí en un lapso de media hora portando un paquete con droga; comunican este hecho al agente, al capitán Machuca y luego al fiscal, quien ordenó tomarle fotos, embalar y efectuar la prueba de campo al alcaloide, confeccionando las actas respectivas; acto seguido, el sargento Jara recepcionó la droga. Agrega que después se hizo devolver la droga a la persona que se la había pasado al informante, para ello fueron a la calle, donde este último hace la entrega; pasadas las 19:40 horas, vuelven al cuartel con tres detenidos, un hombre y dos mujeres, pesaron la droga, coincidiendo exactamente los 1.290 gramos que habían entregado; posteriormente, fueron a allanar un domicilio en calle Martín Bravo y, alrededor de la medianoche los funcionarios policiales fueron a la playa Las Machas con el imputado a efectuar diligencias tendientes a encontrar más gente con droga. Finalmente, reconoce al acusado en la audiencia como la persona a quien le devolvieron el alcaloide.

e) Compareció también a estrados el capitán de carabineros **Roberto Rodrigo Machuca Rojas**, expresando que era el oficial de mayor antigüedad en el procedimiento; su participación fue que el 09 de enero de este año tomó conocimiento de que un ciudadano le ofreció a otro doce kilos de droga, situación que comunicó al fiscal; hubo una primera entrevista el día jueves, otra el viernes y una última el sábado, éste día se recibió una llamada telefónica del informante diciendo que llevaba droga, cuando llegó, él concurrió al cuartel, se dio cuenta al fiscal y en la tarde se detuvo al imputado. Agrega que en la unidad se pesó, rotuló y se le hizo la prueba de campo a la droga, después se adopta la decisión que el informante se la devuelva al imputado, lo que se hizo, procediéndose a la detención de este último en horas de la tarde; luego el imputado, a quien reconoce en la audiencia, es trasladado al cuartel donde declaró en su presencia y en la del fiscal, manifestando acogerse al artículo 33, aduciendo que el comprador de la droga estaba en la playa Las Machas, hacia donde concurrieron sin resultado; al día siguiente fueron al penal de Acha a buscar al acusado, quien se negó a concurrir a la diligencia, pese a que se había comprometido el día anterior. Contra interrogado por la defensa refiere que una vez que el informante llevó la droga al cuartel se constituyó allí el fiscal Valladares y se reunieron el agente encubierto, el deponente, el sargento Jara y el fiscal Valladares, decidiendo este último

no solicitar al Juez de Garantía orden de detención para el acusado, sino que fue él (el declarante) quien sugirió hacer la devolución de la droga, aclara además, que el jefe del informante era Carlos Nievas y supo que él estuvo presente cuando el acusado le entregó la droga al informante.

f) Concurrió también el cabo segundo de carabineros **Carlos Alejandro Campos Montero**, quien señaló que el 10 de enero, alrededor de las 17:30 horas, participó como apoyo en un procedimiento en el cual intervino un agente encubierto; refiere que éste concurrió al Shopping junto a un informante a reunirse con el acusado, a quien reconoce en la audiencia, aclarando que él estaba en el primer piso prestando cobertura y, cuando terminó la reunión, el agente encubierto abandona el lugar y él lo siguió de infantería; al llegar al cuartel conversó con éste, quien le manifestó que el procedimiento quedaría para el día siguiente, en la tarde. El 11 de enero, alrededor de las 16:00 horas, participó nuevamente prestando cobertura en otra reunión, con los mismos participantes anteriormente señalados, la cual tenía por objeto hacer entrega de la droga frente al terminal; concurren allí el agente con el informante y ahí este último le hace entrega del alcaloide al imputado; acota que él vio ese momento y, una vez que ello ocurre, se procede a la detención del acusado, la que efectúan los cabos Elizondo y Romero. Agrega que después participó tanto en el allanamiento de la casa del imputado, como en un procedimiento en la playa Las Machas, diligencias ambas que no obtuvieron resultado favorable. Contra interrogado por la defensa, reitera que él vio el momento en que el informante devuelve la droga a Barrios Poma, quedándose en el lugar el imputado, dos mujeres que lo acompañaban y el agente encubierto.

g) Concurrieron, asimismo, **Carlos Alfredo Elizondo Briceño y Juan Antonio Romero Yáñez**, cabos primero y segundo, respectivamente, de carabineros, quienes manifiestan que el 11 de enero, en la tarde, estaban de servicio de patrullaje en la población, cuando recibieron un llamado radial para que concurrieran a la unidad para prestar cooperación en un posible procedimiento de la especialidad, llegaron allí y les dieron instrucciones para que se instalaran en las afueras del Terminal Rodoviario, donde iba a llegar el agente con el informante, quien debía entregar una droga al imputado Barrios Poma; una vez constituidos en el lugar, llegó éste a una plaza frente al terminal de buses, se encontró con

dos peruanas, posteriormente llegó el agente encubierto con el informante, donde vieron cuando éste le entregó una bolsa nailon negro, posteriormente el imputado cruzó y llegó a un paradero de locomoción colectiva, y antes de subirse a una micro fue detenido por ellos; una vez que revisaron la bolsa, evidencia que ambos reconocen y describen, refieren que llevaron a Barrios a la plaza donde detuvieron a las mujeres y trasladaron a todos a la unidad; allí el cabo Romero incautó la droga que Elizondo entregó al cabo Jara, para que la llevara al Servicio de Salud; después fueron a allanar el domicilio del acusado, lo llevaron a la unidad y ahí Barrios se acogió al artículo 33, diciendo que debía ir a la playa Las Machas a buscar la droga, fueron allí en la noche, estuvieron como una hora sin resultado positivo, luego el acusado dijo que lo fueran a buscar a la cárcel de Acha, lugar al cual concurren el domingo, pero Barrios se negó a ir al lugar. Finalmente, ambos declarantes reconocen al acusado como la persona a quien el informante le hizo entrega de la droga y el cabo Elizondo describe y reconoce las fotos del sitio del suceso que le son exhibidas por el Ministerio Público, las que fueron legalmente incorporadas al juicio.

h) Compareció también al juicio **Rafael Hernán Aspee Álvarez**, funcionario del Ministerio Público, quien reconoce las evidencias que fueron incorporadas por dicha entidad al juicio, las que describe pormenorizadamente, señalando que ellas se encuentran en el mismo estado que las recepcionó el cabo segundo de carabineros Elías Segundo Jara Osses.

II.- PERITOS:

a) Compareció **Margarita Ugalde Rojas**, Químico Farmacéutico del Servicio de Salud Arica, quien manifiesta que es la encargada de recibir la droga que le es entregada por la policía de acuerdo a las normas señaladas por el Instituto de Salud Pública y de tomar las muestras y contra muestras, enviando las primeras a dicha institución para su análisis, de quien recibe después el resultado del mismo, y las segundas, se guardan en custodia por dos años. Manifiesta que recibe la droga en idénticas condiciones en que es incautada por la policía, es decir, en los mismos envases, en este caso se trataba de un solo paquete, luego ella sacó la droga, la que estaba muy húmeda, la pesó y tomó las respectivas muestras y contra muestras a que hizo referencia anteriormente; precisa que en este caso se recepcionaron 1.263 gramos de una sustancia

que resultó ser cocaína base con un 35% de pureza, según lo informado por el Instituto de Salud Pública, resultado del cual ella dio cuenta al fiscal mediante el reservado 233, que ratifica; reconoce, asimismo, las actas de recepción y destrucción de la sustancia por ella recepcionada. A continuación, el Ministerio Público incorpora al juicio el informe ya reseñado.

b) Concurrió también **Rosa Vásquez Moya**, Químico Farmacéutico del Instituto de Salud Pública quien, declarando a través del sistema de video conferencia desde la ciudad de Iquique, expone que recibió para su análisis del Servicio de Salud Arica, la muestra N° 6118, la que dio como resultado cocaína base con un 35%, que para realizar el análisis se practica un test de coloración para identidad, y luego cromatografía en capa fina. Refiere que la muestra periciada dio resultado positivo a la presencia de fenacetina, el cual es un antipirético, cuya venta está prohibida en Chile por los daños renales que produce, pero sí tiene conocimiento que está permitida en Perú y Bolivia, lo cual nos puede dar un indicio del origen del alcaloide. A continuación explica el procedimiento administrativo que se realiza en el Instituto de Salud Pública, haciendo especial hincapié en que ella, al momento de practicar la pericia, ignora absolutamente el origen de la muestra; posteriormente la Fiscalía incorporó el referido informe.

III.- DOCUMENTAL:

1.- Acta de recepción N° 07 de 13 de enero de 2003, suscrita por Margarita Ugalde Rojas y Elías Jara Osses, la que da cuenta que el Servicio de Salud Arica, recepcionó 1.290 gramos bruto y 1.263 neto de una sustancia presuntamente cocaína base.

2.- Acta de destrucción de droga N° 5 de 13 de enero de 2003, extendida por el Servicio de Salud Arica, Subdirección Médica, Asesoría de Farmacia, la que da cuenta de haberse destruido mediante el método de dilución 1.258 gramos de una sustancia presumiblemente cocaína base.

3.- Conjunto de 12 fotografías correspondiente al sitio del suceso y droga incautada.

4.- Ordinario N° 01.01.01/ 2110/2003 de 7 de mayo de 2003, sobre cumplimiento de condena del imputado Cristóbal Barrios Poma, emanado del Jefe del Complejo Penitenciario de Arica, don Jorge Ojeda Lagos.

5.- Copia autorizada de la sentencia recaída en causa Rol N° 31.378-93, seguida ante el Tercer Juzgado del Crimen de Arica en contra del acusado

Cristóbal Barrios Poma, por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes.

6- Extracto de filiación y antecedentes del enjuiciado

IV.- EVIDENCIAS MATERIALES:

- 1.- Un teléfono celular, marca Nokia modelo 5120, con batería.
- 2.- Una bolsa de nailon de color negro.
- 3.- Una bolsa de nailon de colores blanco y azul.
- 4.- Una bolsa transparente contenedora de la droga.
- 5.- Un trozo de papel secante, de colores blanco y azul con Prueba de Narcotest,

CUARTO: Que, por su parte, la Defensoría Penal Pública, rindió las siguientes probanzas:

I.- TESTIMONIAL:

Concurrieron a estrados **Alfredo Peña Peña e Inés Teresa Cancino Bustos**, quienes refirieron conocer al acusado, el primero, por haber arrendado una pieza en la misma casa en que lo hacía éste y, la segunda, por ser vecina del mismo. Ambos señalan haber visto a “Choche”, (al acusado) a quien reconocen en la audiencia, salir “curado” desde el Terminal Rodoviario y, cuando esperaba locomoción, unos jóvenes lo llamaron del frente, él cruzó, le pasaron un paquete el que recibió y botó al suelo, los jóvenes se fueron y él volvió al lugar para tomar locomoción; allí paró un vehículo y lo detuvieron junto con dos mujeres; acotan que supieron que lo detuvieron porque lo esposaron. Precizando el lugar en que ellos se encontraban al momento de observar la situación que relatan, ambos manifiestan haberse encontrado en el parque Diego Portales.

II.- PERICIAL:

- a) Concurrió **Marta Veronica Barboza Barrios**, Asistente Social, quien elaboró un informe socio- económico del acusado, manifestando que para ello visitó al enjuiciado en la cárcel, el último domicilio que éste tuvo antes de su detención y, finalmente, entrevistó a una persona muy relacionada con él. Concluye que se trata de una persona que sabe muy escasamente leer y escribir, que a los 14 años se fue a Tacna, tuvo una convivencia, producto de la cual nacieron dos hijos actualmente de 19 y 17 años con los que no tiene contacto, que aquí en Arica tuvo una relación con una persona, y su última actividad fue de sastre; presenta adicción al alcoholismo y no tiene bienes. Refiere que su situación es de indigente, lo que lo hace estar en total desamparo en una catego-

ría de extrema pobreza, de modo que le es imposible pagar una multa en caso de ser condenado a ella. A continuación, la defensoría, incorporó legalmente el peritaje reseñado.

- b) Compareció **María Alburquerque Eliach**, licenciada en Filosofía y Educación, doctora en Psicología, quien manifestó que el acusado es un campesino peruano, oriundo de las serranías de Puno, el que estuvo ocasionalmente en la escuela, cuando murió su padre ingresó a una nocturna, pero tampoco duró allí; agrega que al momento de efectuarle el peritaje, en octubre recién pasado, demostró que no sabía leer, no por problemas de inteligencia, sino que gráficos; en su relato mostraba un abierto fatalismo, no tiene defensa contra los elementos de la vida, sabe “dibujar” su firma, concluyendo finalmente, que es analfabeto. Posteriormente, el abogado defensor incorpora legalmente al juicio el referido peritaje

QUINTO: Que, con los dichos de los testigos protegidos 1 y 2, quienes tuvieron la calidad de agente encubierto e informante respectivamente, deposiciones de los funcionarios policiales que participaron en el procedimiento, documental pertinente, evidencias materiales e informes periciales relativos al análisis de la droga incautada, probanzas todas ya reseñadas en el motivo tercero, las que apreciadas libremente y sin contradecir los principios de la lógica, máximas de experiencia ni los conocimientos científicamente afianzados, permiten al tribunal tener por acreditada, más allá de toda duda razonable, la existencia del siguiente hecho: que un sujeto solicitó a otro – que a la postre resultó ser informante- le buscara un comprador de doce kilos de droga; éste último dio aviso a la policía, quien a su vez, previa autorización del fiscal, ordenó a uno de sus funcionarios actuase como agente encubierto; para llevar a cabo tal gestión, el 09 de enero del año en curso se realiza una primera reunión, a la cual concurren el presunto vendedor, agente encubierto e informante, acordando en ella tanto el precio de la droga como el modo de entrega de la misma, acción esta última que convinieron efectuarla al día siguiente. El 10 de enero, de acuerdo a lo pactado, se vuelven a reunir los mismos partícipes del día anterior junto a dos mujeres presentadas como primas del acusado, manifestando

allí el presunto vendedor que aún no tenía en su poder la totalidad de la droga ofrecida quedando de efectuar la entrega de ella al día siguiente alrededor del mediodía, pero, al decir del informante, el 11 de enero a las 10:00 horas aproximadamente, el oferente del alcaloide concurre sorpresivamente donde aquél y alrededor de las 14:00 horas, en presencia de un tercero, le hace entrega de 1.263 gramos netos de pasta base de cocaína con 35% de pureza, droga que el receptor traspasó a la policía, la cual, a su vez, previo a realizar el operativo correspondiente, se la entrega al informante para que éste se la devuelva al presunto vendedor de la misma, quien es detenido portando la droga en su poder.

SEXTO: Que, en relación a la calificación jurídica del hecho anteriormente descrito, los juzgadores de mayoría, tal como lo anticiparon en el acta de deliberación, estiman que constituye el delito de conspiración para el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 24 de la Ley N° 19.366, y no el injusto penal contemplado en el artículo 5° en relación con el artículo 1° inciso 1° de dicha ley, como lo señaló el Ministerio Público en su acusación; recalificación que, en conformidad a lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 341 del Código Procesal Penal, se advirtió a los intervinientes durante la audiencia.

SÉPTIMO: Que, para arribar a tal conclusión, los sentenciadores tuvieron presente los testimonios contestes, categóricos y contundentes de los testigos protegidos 1 y 2, quienes actuaron en calidad de agente encubierto e informante, respectivamente, los que señalaron en forma pormenorizada al tribunal haberse confabulado con el acusado a fin de cometer un delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, para lo cual los tres sujetos anteriormente señalados se reunieron, al menos, en dos ocasiones con el propósito de fijar precio, cantidad y fecha de entrega de la droga a recibir, maquinación ésta que fue observada desde cerca por los testigos Elías Segundo Jara Osses y Carlos Alejandro Campos Montero, funcionarios policiales estos últimos que tuvieron la misión de prestar cobertura al agente encubierto y al informante en las conversaciones ya referidas, situación que se encuentra corroborada por los dichos de los funcionarios del O.S.7. de Carabineros de Chile, Roberto Rodrigo Machuca Rojas, Hernán Silva Angulo, Juan Romero Yañez y Carlos Elizondo Briceño, quienes dieron cuenta que la policía, con posterioridad a dichas conversaciones, incautó 1.263 gra-

mos netos de cocaína base con un 35% de pureza, diligencia esta última que no logró acreditar la autoría del acusado Cristóbal Barrios Poma en el delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, pues éste, al momento de la incautación, no desarrollaba ninguna de las conductas descritas en el inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 19.366, sino que ella, si bien ocurrió, lo fue una vez que la policía había incautado el referido alcaloide, de modo que desde tal momento el objeto material del delito había desaparecido del comercio humano, ya sea lícito o ilícito, por lo cual no existía afectación del bien jurídico protegido y, por ende, no se pudo configurar a partir del señalado momento el delito en estudio, máxime que todos los funcionarios policiales participantes en el procedimiento tenían conocimiento que, al momento de la detención del acusado, se le estaba devolviendo la droga que presuntamente éste habría entregado al informante; incluso más, el agente encubierto, declarando en estrados, manifestó que luego que el informante fuera a hacer entrega de la droga al cuartel, se reunieron los oficiales con el fiscal y deciden "hacer una simulación de entrega de la droga de la misma forma como él la envía", de modo que dicha acción, al no existir afectación del bien jurídico protegido, constituía un delito imposible, pues tal como lo señala el profesor don Mario Garrido Montt en su obra "Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito". Stgo. 2.003 p. 289 "no es punible la iniciación de la ejecución de un delito que carece de toda posibilidad de lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido".

A este respecto, los sentenciadores de mayoría estiman que, si bien la misma situación podría considerarse al calificar el delito en estudio como conspiración, pues al haberse concertado el acusado con un informante, el delito nunca se iba a llevar a cabo, no es menos cierto que este juicio tuvo por objeto establecer la posible participación del único acusado Cristóbal Barrios Poma en el hecho descrito en el considerando sexto, quien responde a título personal por su conducta desarrollada, cual no fue otra que haberse confabulado para cometer el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, acción que naturalmente lleva implícito el dolo requerido por el legislador, independientemente que la persona con la cual efectuó tal concierto, haya carecido de dicho elemento del delito, situación que el hecho no podía conocer.

A mayor abundamiento, estimar que no existe conspiración, pues el agente encubierto no pudo llevar a cabo la ejecución del hecho punible, sería ir en contra del espíritu del legislador, pues es la propia ley N° 19.366, en su artículo 34, la que contempla dicha figura especial, la cual tiene como función primordial infiltrarse en las organizaciones delictivas, con el fin de reprimir los delitos a que dicha normativa legal refiere, situación que en la especie se logró a cabalidad, llevando al condenado a ofrecerle a dicho agente un cargamento de doce kilos de sustancia estupefaciente para su adquisición.

OCTAVO: Que, si bien el informante fue a hacer entrega de la droga al cuartel, los juzgadores de mayoría no han adquirido la convicción que dicho alcaloide le haya sido entregado efectivamente por el acusado, pues el único elemento inculpatario directo lo constituye el dicho del propio informante, pues los funcionarios policiales, a este respecto, sólo fueron testigos de oídas, siendo de especial relevancia al efecto, el silencio mantenido por el Ministerio Público a las legítimas preguntas efectuadas por el abogado defensor en su alegato de clausura, en orden a que si el informante recibió la droga del acusado en presencia de Carlos Nievas, como él lo manifestó, ¿qué diligencia efectuó el órgano acusador tendiente a hacer comparecer al referido Nievas a fin de corroborar lo expresado por el informante?; del mismo modo, tampoco hizo comparecer a las presuntas primas del acusado, quienes habrían concurrido a las reuniones efectuadas con éste, agente encubierto e informante, las que, según los dichos de este último, serían las encargadas de pagarle a los burreros; dudas éstas que los sentenciadores de mayoría estiman más que razonables, las cuales les impiden adquirir la convicción que Cristóbal Barrios Poma fue quien efectivamente entregó la droga que el informante hizo llegar a la policía.

NOVENO: Que, la participación del acusado Cristóbal Barrios Poma en el ilícito en estudio, ha quedado plenamente demostrada en el juicio con los testimonios claros, precisos, categóricos, concordantes y contundentes del testigo protegido N° 2, el que expuso haberse encontrado con el acusado, quien le solicitó buscara un comprador para doce kilos de droga, maquinación ésta que aparentó efectuar a aquél, no obstante ello, y dada su calidad de informante reclutado por el O.S.7 de carabineros, situación esta última que evidentemente el

acusado desconocía, comunicó lo anterior a la policía, la que luego de solicitar las autorizaciones respectivas, dispuso que uno de sus miembros se infiltrara en la operación actuando como agente encubierto, teniendo éste la misión de simular ser el presunto comprador del alcaloide, quien también depuso en el juicio en calidad de testigo protegido "N° 1", manifestando ambos declarantes haber sostenido reuniones con el acusado; la primera de ellas, el 09 de enero del año en curso, la cual tuvo por objeto que el testigo protegido N° 2 presentase a los otros dos intervinientes, conviniendo en ella que el acusado le vendería doce kilos de droga al testigo N° 1, quien le pagaría \$ 650.000 por kilo de la misma, quedando de efectuar la entrega al día siguiente, pero al juntarse nuevamente los mismos partícipes el 10 de enero con el fin de llevar a efecto la operación que previamente habían acordado, el acusado les expresó no tener la totalidad de la droga, en su poder razón por la cual "el negocio" debía postergarse para el día siguiente, de modo que la existencia de las reuniones antedichas se encuentra plenamente acreditada en el juicio, no sólo con los testimonios ya referidos, sino que ella se halla corroborada con las deposiciones de los cabos de carabineros Elías Segundo Jara Osses y Carlos Alejandro Campos Montero, quienes manifestaron en estrados haber visto desde cerca cuando el acusado junto a los testigos protegidos ya señalados, se juntó en dos oportunidades en el Terminal Rodoviario, pues su misión en el procedimiento consistió precisamente en prestarle "cobertura" tanto al agente encubierto como al informante, partícipes del mismo, acotando además, que ellos estaban en conocimiento del objetivo de tales tertulias, antecedentes todos ellos, que apreciados libremente, y sin contradecir los principios de la lógica y máximas de experiencia, permiten concluir que Cristóbal Barrios Poma se confabuló con un tercero para la comisión de un posible delito de tráfico ilícito de estupefacientes, participando de una manera inmediata y directa en las reuniones que se efectuaron para llevar a cabo la perpetración de dicho ilícito, confabulación ésta que el legislador sanciona en el artículo 24 de la Ley N° 19.366, denominándola conspiración, de modo que al referido acusado le ha correspondido una participación en calidad de autor, en los términos del artículo 15 N° 1 del Código Penal, en el delito de conspiración para el tráfico ilícito de estupefacientes contemplado en la disposición recientemente anotada.

DÉCIMO: Que la defensa del enjuiciado inició su alegato de clausura señalando que coincidía plenamente con los testigos del Ministerio Público en orden a que este es un caso atípico y, a continuación, lo divide cronológicamente en tres etapas: a) Barrios le propone la comisión de un delito de tráfico a un tercero que resultó ser informante; b) el acusado le entrega la droga al informante y, c) éste le devuelve la droga a Barrios.

Refiere que en esta última fase no existe “porte de droga” por parte del acusado, porque ya hubo incautación, por lo tanto el decurso causal ya había sido interrumpido, incluso el propio agente encubierto dijo que había habido una “simulación de entrega de la droga”, se trató de una situación anormal, pues si el Ministerio Público sabía que el acusado había hecho entrega del alcaloide, debió haber comunicado el hecho al Juez de Garantía pidiéndole una orden de detención, pero no pudo “crear” una situación de flagrancia.

En orden a la supuesta entrega de droga que Barrios Poma habría efectuado al informante, lo único que milita en su contra es la palabra de este último, pero este hecho no tiene sentido, pues no es lógico que gratuitamente como muestra de confianza el supuesto vendedor le vaya a entregar droga sin recibir nada a cambio, refiere que duda de la palabra del informante, pues éste es una persona que tiene antecedentes penales anteriores y a continuación señala que el informante miente, ya que manifestó haber conocido al acusado en la cárcel en 1991, pero éste estuvo preso en 1993; que expresó tener la calidad de informante desde hace cinco años, pero hace tres que está libre. Añade posibles contradicciones existentes en el juicio, como que el informante dijo que después de la entrega de la droga se fue donde su madre, el agente encubierto dice que a la unidad y el capitán Machuca señaló que cuando iban a allanar su casa lo mandan a llamar. Finalmente, en cuanto a esta etapa, el defensor señala que si fuera cierto que un testigo, Carlos Nievas, vio la entrega de la droga que el acusado le hizo al informante, el citado Nievas ¿dónde está?, si ello hubiese sido cierto éste tuvo que estar presente en el juicio, concluyendo que con esos antecedentes no se puede probar que en ese momento haya habido tráfico.

Por último, el defensor refiriéndose a las conversaciones del acusado con el agente encubierto e informante, señala que en ese punto los testigos están contestes, de modo que habría una conspira-

ción respecto de su defendido, pero no principio de ejecución, porque en ese instante los burreros no habían bajado con la droga.

UNDECIMO: Que, atento a los expuesto en los razonamientos sexto a noveno, los que por razones de economía procesal no se reproducirán, el tribunal concluyó que el ilícito materia del juicio es el de conspiración para cometer un tráfico ilícito de estupefacientes, correspondiéndole al acusado una participación en calidad de autor del mismo, razón por la cual se considera innecesario emitir pronunciamiento respecto de las alegaciones de la defensa reseñadas precedentemente, las cuales coinciden, en lo medular, con lo ya asentado en el presente fallo.

DECIMO SEGUNDO: Que, tal como lo sostiene el Ministerio Público en su acusación, perjudica al acusado Cristóbal Barrios Poma la agravante de reincidencia específica contemplada en el artículo 12 N° 16 del Código Penal, pues consta tanto de su extracto de filiación y antecedentes, como de la copia autorizada de la sentencia dictada en la causa rol N° 31.378-7 incoada en el Tercer Juzgado del Crimen de esta ciudad, que el referido enjuiciado fue condenado a sufrir la pena de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo en calidad de autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes sorprendido en Arica el 14 de octubre de 1993, sanción que se encuentra cumplida según se lee en el ordinario N° 2110 emanado del jefe del Complejo Penitenciario y dirigido al señor fiscal don Miguel Palacios Henríquez; documentos todos los cuales fueron incorporados legalmente al juicio por la Fiscalía.

DECIMO TERCERO: Que, teniendo el delito enjuiciado asignada la pena corporal de presidio menor en su grado medio y, siendo ella una divisible que consta de un grado, por perjudicarle al acusado Barrios Poma una agravante, sin que lo beneficie ninguna atenuante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 del Código Penal, el tribunal aplicará dicha sanción en su máximum.

DECIMO CUARTO: Que, teniendo presente el peritaje efectuado por la Asistente Social Marta Verónica Barboza Barrios, en relación a la situación socio-económica del acusado, ya reseñado en el considerando cuarto, el cual concluye que el periciado tiene la calidad de indigente, lo que lo hace estar en total desamparo en una categoría de extrema pobreza, de modo que le es imposible pagar una multa en caso de ser condenado a ella y,

atento lo dispuesto en el artículo 39 inciso segundo de la Ley N° 19.366, el tribunal hará uso de la facultad que allí se le confiere y rebajará al acusado la multa señalada en la ley; y, con el mismo mérito del peritaje mencionado, de acuerdo a lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 70 del Código Penal, se le otorgará un plazo prudencial para su pago, conforme se resolverá.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 12 N° 16, 14 N° 1, 15 N° 1, 24, 26, 30, 31, 50, 67 y 70, del Código Penal; 24, 27, 28 y 39 de la ley N° 19.366 ; y, 47, 295, 296, 297, 340, 341, 342, 344, 346 y 348 del Código Procesal Penal, se declara:

1°.- Que se condena a **Cristóbal Barrios Poma**, ya individualizado, a sufrir la pena de **tres años** de presidio menor en su grado medio y multa de veinte unidades tributarias mensuales, como autor del delito de conspiración para el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes establecido en el artículo 24 de la ley N° 19.366, perpetrado en esta ciudad los días 09 y 10 de enero del año en curso.

Se le condena, además, a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa.

2°.- La multa anteriormente impuesta deberá ingresarse en arcas fiscales dentro del término de cinco días contados desde la fecha en que quede ejecutoriada esta sentencia; si el condenado no tuviere bienes para satisfacer la multa o teniéndolos se negare a hacerlo, sufrirá por vía de sustitución o apremio, la pena de reclusión, regulándose ésta en un día por cada media UTM, sin que ella pueda exceder de seis meses.

Sin perjuicio de lo resuelto precedentemente, habida consideración de que el monto de la multa impuesta aparece alzado en relación con los recursos económicos aparentes del condenado y conforme, además, a la facultad que a tal efecto le confiere al tribunal el artículo 70 del Código Penal, se le autoriza para pagarla en doce mensualidades, de ellas, once cuotas iguales de 1,6 UTM y la última de 2,4 UTM, bajo apercibimiento de que la falta de pago de una sola de dichas cuotas hará exigible de inmediato el total del saldo de la multa o su sustitución de la manera indicada en el párrafo anterior.

3°.- Atendido lo dispuesto en los artículos 15 de la ley N° 18.216 y 40 de la Ley N° 19.366 y, no encontrándose el condenado en ninguna de las situaciones que dichos preceptos contemplan, no se le concederá ninguna de las medidas alternativas a penas privativas o restrictivas de libertad

contenidas en la ley primeramente citada y, al efecto, deberá entrar a cumplir efectivamente la sanción corporal anteriormente impuesta y en tal virtud le servirá de abono el tiempo que ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad, esto es, desde el 11 de enero del año en curso, según consta del auto de apertura del juicio oral.

4°.- Se decreta el comiso del teléfono celular marca Nokia incautado, el que en su oportunidad deberá ponerse a disposición del Fondo Nacional de Desarrollo Regional, para los efectos previstos en los artículos 27 y 28 de la Ley N° 19.366.

Devuélvase los documentos y evidencias materiales acompañados por los intervinientes en el juicio, salvo las bolsas contenedoras de la droga, las que serán destruidas.

En su oportunidad, cúmplase por el Juzgado de Garantía de esta ciudad con lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal en relación con el artículo 113 del Código Orgánico de Tribunales.

Se previene que el Juez don Jorge Quiñones Garat fue del parecer de calificar los hechos establecidos como un delito consumado de tráfico ilícito de estupefacientes, teniendo presente para ello lo siguiente:

Que, por la circunstancia de haberse producido la entrega de la droga que hizo el acusado al informante [testigo protegido 2], cuya veracidad no cuestiona, por guardar debida concordancia con los demás antecedentes del juicio, el delito quedó consumado. En efecto, consta de los dichos de los testigos protegidos 1 [agente encubierto] y 2 [informante], cuyas actuaciones están confirmadas por los atestados de los testigos Carlos Campos Montero y Elías Segundo Jara Osses, quienes están contestes en aseverar que el día 10 de enero fueron al segundo piso del Shopping, en avenida Portales, donde se haría la entrega, se ubicaron a cierta distancia para proteger la seguridad [cobertura] del agente encubierto y del informante en la entrevista que allí tuvieron con el acusado y dos mujeres de nacionalidad peruana, para ponerse de acuerdo en la entrega de la droga, la reunión duró alrededor de una hora y, luego que se retiraron, se enteraron en el cuartel por el agente encubierto que ese día no se haría la entrega, pues aún no habían llegado los burreros con la droga, por lo que se reunirían al día siguiente para recibirla; pero al día siguiente llegó a la unidad policial el informante trayendo un paquete con pasta base de cocaína que le había en-

tregado el acusado, antecedentes probatorios que son suficientes, apreciados con libertad, conforme los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, para tener por debidamente acreditado que el acusado se contactó con el informante señalándole que disponía de la cantidad de doce kilos de pasta base de cocaína y estaba buscando un comprador, hecho que aquel puso en conocimiento de la Sección OS.7 de carabineros, cuya jefatura designó a un funcionario como agente encubierto quien, aparentando ser comprador de la droga se entrevistó en dos oportunidades con el acusado, asumiendo el informante los oficios de intermediario y en tal calidad de agente infiltrado recibió del imputado la cantidad de 1.263 gramos de pasta base de cocaína con cargo a la mayor cantidad acordada.

Que la actividad desarrollada por el acusado es constitutiva del delito de tráfico ilícito de estupefacientes en la modalidad de transferencia de sustancias estupefacientes contemplada en el inciso segundo del artículo 5º de la Ley Nº 19.366, toda vez que transfirió a un tercero cierta cantidad de droga cuya adquisición no estaba destinada a la atención de un tratamiento médico o a su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo.

Que, en consecuencia, el delito de tráfico se consumó por la entrega de la droga al agente encubierto por intermedio del informante infiltrado, pues el hecho de haber usado de un intermediario para cumplir el acuerdo de entrega de la droga no altera su participación culpable en el crimen que se le imputa, circunstancia ésta que consume el delito y no la del momento de devolución de la droga al acusado, como lo ha estimado la fiscalía, por lo que tampoco se trata de un delito flagrante que haya justificado la detención del acusado en el momento de dicha restitución, sino que al recibirse del informante la droga por la policía, situación de suyo inusual, debió requerirse por ésta del juez de garantía la correspondiente orden de detención, como lo observó la propia defensa del acusado en su alegato de clausura.

Que la actividad ilícita descrita del acusado va más allá de la conspiración, que requiere únicamente del concierto de los participantes cuya actividad es punible sólo en los casos en que la ley la pene especialmente, como sucede en el artículo 24 de la Ley Nº 19.366, pero sólo lo es cuando el iter criminis de la actividad delictiva no ha pasado de dicha etapa, ni se ha traducido en la comisión del

delito que es objeto de la conspiración, pues, en tal evento, debe ser sancionada al tenor de lo dispuesto en el artículo 5º con las penas indicadas en el artículo 1º de la ya citada ley, en cuyo evento la responsabilidad de los participantes en la conspiración queda subsumida en la que le corresponde por su participación en el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, que se encuentra consumado desde que hubo principio de ejecución.

Que la circunstancia de haber sido anteriormente condenado el informante por delito y la de haber sido, en el año 2000 ó 2001, imputado de portar droga, sin que hubiese sido procesado por ello, invocada reiteradamente por la defensa, resulta insuficiente para cuestionar su veracidad, toda vez que éste actuando como agente encubierto, asumiendo una participación de informante infiltrado, al tenor de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 34 de la ley de drogas, se reunió con el acusado y el agente policial encubierto en dos oportunidades, acordando las condiciones de traspaso de la droga a este último, acuerdo que guarda directa relación con la posterior entrega que el acusado hizo al informante para que éste se la hiciese llegar al agente encubierto, de quien, aparentemente, desconocía su domicilio.

Regístrese.

Redactada por la Juez María Verónica Quiroz Fuenzalida, y el voto disiente, por su autor
Rit 25-2003

PRONUNCIADA POR LOS JUECES DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ARICA JORGE QUIÑONES GARAT, MARIA VERÓNICA QUIROZ FUENZALIDA Y JULIO AGUILAR FUENTES.

Arica, veintitrés de enero de dos mil cuatro.

VISTO:

El Fiscal Adjunto, don Jorge Valladares Opazo, formaliza Recurso de Nulidad contra el fallo del Tribunal Oral de esta ciudad del cinco de diciembre del año dos mil tres, en virtud de la cual condenó al imputado Cristóbal Barrios Poma a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio y multa de 20 unidades tributarias mensuales como autor del delito de conspiración para el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, dentro de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 19.366.

El recurso se funda en la trasgresión del artículo 373 letra b) del Código Penal, esto es que en el pronunciamiento del fallo, se hizo una errónea aplicación del derecho que influyó substancialmente en lo dispositivo de la sentencia. En virtud a ello, se solicita la invalidación del veredicto y del juicio oral. Se argumenta, al respecto, que en la causa existió un único responsable, el acusado, sin que pueda sostener que el agente encubierto y el informante se hayan confabulado con aquel para ejecutar un tráfico de estupefacientes, en los términos del artículo 8 del Código Penal y 24 de la Ley 19.366, pues la función legal de las personas señaladas consiste en contribuir al esclarecimiento del ilícito y los implicados, de acuerdo al artículo 34 de la Ley de marras.

Se llevó a efecto la audiencia del recurso, en la cual los letrados de la Fiscalía y de la Defensoría, sostuvieron los puntos de vista en referencia. Terminado el debate se fijó como fecha para la lectura de la sentencia el 23 de enero a las 10:00 horas, entre los miembros de la audiencia, Ministros don Andrés Díaz Cruzat, don Jorge Cañón Moya y Abogados Integrante don Armando Pobrete Seguel.

TENIENDO PRESENTE:

Primero: Que el Fiscal Adjunto, Jorge Valladares Opazo, formaliza recurso de nulidad contra la sentencia de uno de diciembre de dos mil tres, y el juicio oral correspondiente, ya que tal fallo habría vulnerado lo dispuesto en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por cuanto los sentenciadores hicieron una errónea aplicación del derecho que influyó en lo dispositivo de aquélla.

Al respecto, los recurrentes argumentan que los considerandos sexto y séptimo de la sentencia establecen que el ilícito debe calificarse como conspiración, y conforme a dicho criterio, impusieron al acusado Cristóbal Barrios Poma la pena de tres años de presidio menor en su grado medio, en calidad de autor del ilícito, sosteniendo que el imputado se confabuló con un informante y con un agente encubierto para cometer ese ilícito, a través de varias reuniones en las cuales llegó a poder de la policía la cantidad de 1.263 gramos netos de cocaína base, con un 35% de pureza, substancia que pasó a poder del imputado Cristóbal Barrios cuando la policía había incautado el alcaloide. Por lo tanto, el objeto material del delito había desaparecido y el bien jurídico no estaba afectado.

El recurso expresa que se efectuó una aplicación errónea de la Ley, pues se calificó de simple delito de conspiración una actividad que corresponde a un crimen con penalidad mayor, toda vez que en la especie es imposible hablar de conspiración, porque había entrado a la escena el objeto material del mismo, en una cantidad de 1.263 gramos con una pureza de 35 %, situación que excluye, por sí sola la teoría de la conspiración.

El recurso agrega en apoyo de su tesis, que en la causa actuó una sola persona, el imputado, cuya responsabilidad se investigó y éste responde a título personal del ilícito, por cuanto el agente encubierto y el informante, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 19.366 no pueden ser considerados como partícipes del delito, razón por la cual es inadecuado que se hubieran concertado con el acusado para llevar a cabo un delito de tráfico de estupefacientes.

Segundo: Que son hechos establecidos en el considerando quinto de la sentencia en alza da los siguientes:

- a) Que un sujeto requirió a otro, el que resultó ser informante, para que le buscara un comprador de 12 kilos de droga;
- b) Que el informante comunicó a la Policía esta circunstancia, quien a su vez, previa autorización del Fiscal, dispuso que uno de sus funcionarios interviniera como agente encubierto;
- c) Que el día 9 de enero del año 2003, tuvo lugar una primera reunión, en la cual participaron el presunto vendedor, el agente encubierto y el informante, fijando como fecha para la entrega del estupefaciente el día 10 del mismo mes y año, pero nuevamente reunidos en tal ocasión, el presunto vendedor quedó en entregar la droga al día siguiente, porque hubo dificultades, mas otra vez en dicha reunión el tercero presentó la droga por no tenerla en su totalidad;
- d) Que el 11 de enero, a las 11 horas, el tercero concurre sorpresivamente, donde el informante y le entrega 1.263 gramos de pasta de cocaína, con 35 % de pureza. Esta droga el receptor la pone en manos de la Policía, la cual, a la vez, realiza un operativo, y la entrega al informante, quien la devuelve al tercer vendedor (imputado), el que es detenido con la droga.

Tercero: Que los sentenciadores han calificado los hechos reseñados como un delito de conspiración para el tráfico ilícito estupefacientes. Ahora bien, esta figura está definida en el artículo

8º, inciso 2 del Código Penal, en orden a que ella se verifica cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del crimen o simple delito.

Luis Jiménez de Azúa, comenta una disposición similar del Código Español, agregando que "el castigo de estas resoluciones manifestadas, corresponde en aquellos graves delitos en que se precisaban generalmente actos de varias personas. No hay ninguna manifestación externa de ellas, salvo la mera proposición. De ninguna manera puede decirse que son actos preparatorios, ya que se diferencia de ellos en que éstos son actos externos y materiales, mientras que la proposición y la conspiración no son actos materiales, sino meramente verbales, en ellos falta la infracción de la objetividad jurídica. No hay otro remedio técnico que considerarlas como resoluciones manifestadas. (La Ley y el Delito. Párrafo N° 289. Editorial Hermes. México. Buenos Aires. Cuarta Edición. Año 1963).

En el mismo sentido, el profesor Enrique Cury Urzúa explica la conexión entre la proposición y la conspiración, aclarando el significativo de ésta: " Tanto la proposición como la conspiración requieren además de una manifestación externa. En la primera, el sujeto solicita a otra persona que participe, conjuntamente con él, en la realización del hecho típico que está resuelto a ejecutar. La conducta es punible aunque los terceros no acepten la invitación; si, en cambio, la acogen expresamente se produce un acuerdo que transforma la proposición en conspiración. Esta última, en efecto, existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del crimen o simple delito.

Puede concebirse una conspiración que no sea precedida por proposición alguna. No obstante, a causa que ambas figuras se encuentran relacionadas en la forma destacada más arriba, en la práctica la corriente será lo contrario. En tales casos el disvalor delictivo de la conspiración, absorbe al de la proposición". (Tentativa y Delito Frustrado. Párrafo 37. Página 78. Editorial Jurídica);

Cuarto: Que entonces, la conspiración conlleva el nexo entre dos o más personas que aceptan la realización de un crimen o simple delito,

en tal aserto hay una resolución manifestada o externa de carácter verbal entre los concurrentes, no hay una objetividad lesionada, pues no se trata de actos de tipo material;

Quinto: Que, por lo tanto, aparece que la sentencia en análisis se ha separado de la estructura de la conspiración, en los términos del artículo 8º, inciso 2º, del Código Penal y 24 de la Ley N° 19.366, y aplicando erróneamente el derecho de una manera que esto influya substancialmente en lo dispositivo de la misma, al tomar y castigar aisladamente al imputado Cristóbal Barrios Poma, sin establecer la conducta punible de los copartícipes necesarios para configurar la conspiración que requiere como núcleo la convergencia de dos o mas personas en el asunto;

Sexto: Que el mismo quebrantamiento, fluye del hecho que la conspiración como actividad verbal (Jiménez de Azúa y Enrique Cury) no se traduce en ninguna manifestación externa de los conspiradores, no hay una infracción externa de los conspiradores, no hay una infracción a la objetividad jurídica; en cambio, en la especie, se produjo un traslado de 1.263 gramos de pasta base, cuya entidad fue comprobada por los peritos Margarita Ugalde Rojas y Rosa Vásquez Moya, ambas comprendidas en el párrafo segundo del considerando tercero de la sentencia. Frente a la materialidad de la droga, el concepto de conspiración pierde vigencia, se podrá ahondar en otras posibilidades, como el movimiento que experimentó el estupefacientes de mano del informante a la Policía y de ésta al imputado, para así detenerlo, pero nunca encuadrando las cosas dentro de la conspiración que es una manifestación de voluntas de los concertados.

Lo dispuesto en los artículos 372, 373, letra b), 384 y 386 del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de nulidad, formalizado por el Fiscal Adjunto en fojas 1, y se declara la nulidad del fallo dictado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de esta ciudad, con fecha cinco de diciembre de dos mil tres, dictada en el Registro N° 25-2003 quedando la causa en estado de pasar al subrogante legal para la realización de un nuevo juicio y sentencia.

- **En voto dividido rechaza apelación contra la resolución que decretó el fin de la prisión preventiva.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de La Serena.

Resumen:

La Defensa solicitó la sustitución de la medida cautelar de prisión preventiva. El Ministerio Público se opuso atendidos los hechos investigados, además de la próxima presentación de la acusación que estaba pendiente por una ampliación del informe psiquiátrico solicitado por la Defensa. El Juez de Garantía resolvió revocar la prisión preventiva, atendido el tiempo que el imputado llevaba privado de libertad y que el plazo del cierre de la investigación se encontraba vencido. Con ello estimó contravenidas normas internacionales referidas a los derechos del imputado, en especial el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, porque se vulneró su derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. La Corte de Apelaciones confirmó, en voto dividido, la revocación de la prisión preventiva estimando que efectivamente se había excedido el tiempo razonable para ser juzgado. Sin embargo, el voto de minoría sostuvo que no procedía decretar la libertad en base a tratados internacionales, porque el artículo 152 inciso final del Código Procesal Penal establece un criterio objetivo para determinar la duración máxima de una prisión preventiva, duración que en este caso no se encontraba excedida.

Texto completo:

Coquimbo, nueve de febrero de dos mil cuatro

Oídos:

- 1º) Que el imputado se encuentra sometido a prisión preventiva desde hace ya más de nueve meses.
- 2º) Que se fijó judicialmente como plazo para el cierre de esta investigación, el de seis meses, el que se encuentra vencido sin que el Ministerio Público haya procedido a comunicar su decisión material de cierre de la investigación y consecuentes decisiones de fondo.
- 3º) Que la defensa ha centrado su argumentación en la impugnación de los presupuestos materiales de la medida cautelar, sosteniendo que no se encuentra justificada la existencia del hecho punible, visión que no compartimos, según hemos resuelto reiteradamente y mantenemos hoy sobre la base de los mismos argumentos, por lo que, a nuestro juicio, la petición formulada por el imputado ha de resolverse en atención a lo que dispone el artículo 7.5 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, denominada «Pacto de San José de Costa Rica» que persigue justamente el propósito que las cargas que el proceso penal conlleva para el individuo no se prolonguen continuamente en el tiempo.

- 4º) El artículo 7 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, regula el derecho a la libertad personal y, tras asegurar que *“toda persona tiene derecho a la libertad”* en su numeral 5 establece que *“toda persona detenida tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”*. Estas alternativas, presentes en la Convención Americana, Europea y Pacto Internacional de Derechos Civiles y enfatizada por lo expuesto en el 8º Congreso de la Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, no traducen una opción para los Estados, sino que un compromiso ineludible, y conlleva implícito en su sustancia que el transcurso del tiempo -una vez traspasado un determinado umbral de razonabilidad- aún cuando subsistan materialmente los motivos que se tuvieron en vista al decretar la medida cautelar, los torna por sí solos insuficientes.
- 5º) La Comisión Interamericana en el informe 12/96 analizando específicamente el alcance del artículo 7.5 aludido, señala que “el Estado debe probar la culpa dentro de un plazo razonable para asegurar e institucionalizar la confianza en la imparcialidad procesal del sistema. La declaración de culpabilidad o inocencia es igualmente equitativa

siempre y cuando se respeten las garantías del procedimiento judicial”.¹

Agrega que “el principio de legalidad que establece la necesidad de que el estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un período de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal. De otro modo se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a los culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad. De conformidad con las normas internacionales, el acusado debe ser considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad.”²

6º) Que la especificidad, entonces del artículo 7.5 radica en el hecho que un individuo privado de libertad “tiene el derecho a que su caso sea resuelto con prioridad y conducido con diligencia. La posibilidad que el estado tiene de aplicar medidas coercitivas, como la prisión preventiva, es una de las razones decisivas que justifica el trato prioritario que debe darse a los procedimientos que privan de libertad a los acusados”, según sostiene el mismo informe.

7º) Que de otra parte, ha agregado la Corte Interamericana que el fundamento que respalda este límite al poder de los Estados es que ningún individuo puede ser objeto de sanción sin juicio previo, y la prolongación de la prisión preventiva, con su consecuencia natural de sospecha indefinida y continua sobre el individuo, constituye una violación al derecho a la presunción de inocencia, sosteniendo que “el artículo 8.2 obliga a los Estados a recopilar el material incriminatorio en contra del acusado de un cargo criminal, con el propósito de establecer su culpabilidad. El establecimiento de la culpabilidad implica la formulación de un juicio de reproche en una sentencia definitiva o de término. Si el Estado no determina el juicio de reproche dentro de un plazo razonable y justifica la prolongación de la privación de libertad del acusado sobre la base de la sospecha que existe en su contra, está, fundamentalmente, sustituyendo la pena con la prisión preventiva. De este modo la detención preventiva pierde su propósito instrumental de servir a los intereses de una buena administración de justicia, y de medio se transforma en fin.”³

En suma, se entiende, en esta línea que “la prolongación excesiva de la detención preventiva, además de lesionar el derecho a la libertad personal, transgrede también el derecho a la presunción de inocencia, del cual goza toda persona que se encuentre involucrada en un proceso de investigación penal. Su reconocimiento, previsto en las normas internacionales sobre derechos humanos y los textos constitucionales de la región, obliga al Estado a tratar al imputado de forma tal que las restricciones a sus derechos se reduzcan al mínimo necesario para el desarrollo de los fines del proceso penal”.⁴

8º) A estas alturas del análisis, la pregunta pertinente es, ¿cómo ha de resolverse la alternativa ineludible presentada por el artículo 7.5, esto es, el derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso?

La misma Corte ha sostenido que no puede fijarse abstractamente un plazo a considerarse razonable en general respecto de la duración de los procesos, sino que, muy por el contrario, es necesario pronunciarse en cada caso específico, tomando en consideración entre otros parámetros, la complejidad del caso, actividad procesal del interesado y conducta de las autoridades involucradas en la persecución penal.

Este caso se refiere a un ilícito contemplado en la ley de drogas en que se ha detenido al imputado en flagrancia el 30 de abril de 2003 e incautado, a sus resultas, 11 gramos de pasta base de cocaína y 55 gramos de marihuana, datos que no lo hacen parecer, en un primer análisis, un caso de mayor complejidad y que por lo mismo dio lugar a que se fijara, en su oportunidad, a propuesta de la defensa y sin oposición del Ministerio Público un plazo de seis meses para el cierre de la investigación, que contribuye para nuestros efectos, a proporcionar un parámetro de razonabilidad respecto de la duración de este proceso.

9º) Así las cosas, la alternativa planteada por el artículo 7.5 de la Convención Americana ha de ser resuelta a favor del imputado, pues el tiempo que ha permanecido sometido a encarcelamiento previo a la sentencia desborda, con creces, el plazo

1 Jorge A. Jiménez v. Argentina, Caso 11.245 Informe Nº 12/ 96, Inter.- Am.C.H.R., OEA/ Ser. L/ V/ II.91 Doc. 7 at 33 (1996). www.cidh.com.

2 Idem

3 Informe 12/96 citado

4 “El debido Proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Pág. 18. Documento de trabajo de la Comisión Andina de Juristas, elaborado por Luis Alberto Huerta Guerrero con la colaboración de Luis Enrique Aguilar Cardoso.

que aparece razonable en el caso concreto para ser juzgado, por lo que surge a su respecto, el derecho a ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso.

10º) Con esta decisión velamos, además, por la vigencia del artículo 1.1 de la aludida Convención en virtud del cual los estados se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, que "implica un deber de los estados de organizar un aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos".⁵

Y honramos, asimismo, los compromisos asumidos en la Sexta Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas, en la cual se formuló una serie de políticas orientadas a promover la protección judicial de los Derechos Humanos, como mecanismo de fortalecimiento de los sistemas democráticos, oportunidad en que se entendió fundamental garantizar la divulgación de los tratados internacionales y otros instrumentos de protección de Derechos Humanos, así como la formación de los funcionarios judiciales en la protección efectiva de aquéllos.⁶

Y teniendo además presente lo dispuesto en el artículo 5 inciso 2, 6 y 19 Nº 7 de la Constitución Política de la República, 1.1, 7.1, 7.5, 8.1 y 8.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, 2.1 y 9.3, 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 139 y 144 del Código Procesal Penal, se resuelve:

Que se revoca la prisión preventiva a la que fuera sometido Herman Aguilera Alfaro y se da orden de libertad.

RUC 0300064641-4; RUI 1239- 2003

Resolvió María Francisca Zapata García. Juez de Garantía de Coquimbo

La Serena, diecisiete de febrero de dos mil cuatro.-

VISTOS:

Atendido el mérito de los antecedentes, lo expuesto por los intervinientes y compartiendo los fundamentos contenidos en la resolución en alzada se **CONFIRMA** la resolución dictada por el tribunal a quo en audiencia de nueve de febrero en curso, escrita de fojas 38 a 41 de los antecedentes.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Shertzer quien fue de parecer de revocar la resolución en alzada y mantener la prisión preventiva del imputado Herman Aguilera Alfaro tal como ya se había dispuesto por resolución de fecha dieciséis de enero recién pasado que negó de plano la petición de sustitución de aquella medida que pesaba sobre el imputado, por estimarse que se daban todas y cada una de las condiciones del artículo 140 del Código Procesal Penal. Ahora bien, estima el disidente que en el caso concreto de autos, dado los antecedentes que suministra la carpeta y lo expuesto por los intervinientes en estrados, no permiten estimar que el tiempo que Aguilera Alfaro ha permanecido sometido a la medida cautelar en análisis, desborde el plazo que se considera razonable para ser juzgado en el juicio correspondiente, de manera que no le resulta propio que se haya dispuesto su libertad en base a la normativa de los tratados internacionales invocados en la resolución en alzada. Para lo anterior, tiene presente que el artículo 152 inciso final de nuestro Código Procesal Penal, establece un criterio objetivo para evaluar una determinada situación relacionada con la duración de una prisión preventiva, circunstancia que no se da en la especie dado el tiempo que el imputado permaneció con tal medida cautelar y la pena asignada el delito por el cual se formalizó investigación.

Con lo actuado, se levanta acta de lo obrado, la que es firmada por el Tribunal, intervinientes y el relator ad-hoc que actúa como ministro de fe.

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

Devuélvase.

Rol Nº 16-2004 (J.G.)

5 "La prisión preventiva en el derecho internacional de los derechos humanos". Rolando E. Gialdino. Revista Investigaciones 3- 1999. Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina.

6 Declaración de Caracas, marzo de 1998. Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia.

- **Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la Defensa por una presunta aplicación errónea del derecho.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor de un hurto falta. La Defensa solicitó la absolución alegando que la falta quedó en grado de frustrado al no cumplirse el principio de disponibilidad o nuevo poder autónomo de disposición. El Tribunal de Garantía estimó que la falta sí se había consumado, por cuanto la especie salió de la esfera de custodia de su dueño, cumpliéndose con el tipo legal que sólo exige una apropiación y no un aseguramiento de la especie por parte del actor. La Defensa interpuso un recurso de nulidad argumentando que se había hecho una errónea aplicación del derecho que había influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. La Corte rechazó el recurso. Al efecto declaró que desde el momento en que el actor cruzó las cajas, se traspasó la última esfera de resguardo del dueño de la especie consumándose la falta.

Texto completo:

PUERTO MONTT, seis de febrero de dos mil cuatro.
VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que ante este TRIBUNAL DE GARANTIA, el señor Fiscal del Ministerio Público de Puerto Montt, Nain Lamas Caamaño, presenta requerimiento, en contra de Don J.G.M.S., RUN N° 15.138.588-5, domiciliado en Los Canarios N° 411, Población La Paloma 1, comuna de Puerto Montt, por su responsabilidad como autor de la falta de hurto, prevista en el artículo 494 N° 19 del Código Penal, fundado en que el día 22 de diciembre de 2003 aproximadamente a las 19:00 horas, fue sorprendido J.G.M.S, por el guardia de seguridad Milton Maldonado Villarroel, cuando traspasaba las cajas registradoras del supermercado Lider, ubicado en Avenida Parque Industrial N° 400 de Puerto Montt, con el producto que ocultaba entre sus vestimentas, una corbata marca Vicenzo, de \$1.999, sin haber pagado su valor comercial. Que estima que estos hechos constituyen la falta de hurto contemplada en el artículo 494 N° 19 del Código Penal, y solicita se aplique al requerido una multa de una Unidad Tributaria Mensual.

SEGUNDO: Que, informado los antecedentes del requerimiento en la audiencia a los intervinientes, imputado, Fiscalía y Defensoría, no se arribó a ninguna salida alternativa, y previo ejercicio del derecho de opción y legalmente advertido el imputado solicita la realización de juicio oral simplificado.

TERCERO: Que en consecuencia se procedió a la lectura íntegra del requerimiento, y a los alegatos de apertura de Fiscalía y Defensoría. El Ministerio Público señala que estando acreditado el hecho y la participación punible deberá ser condenado el imputado al mínimo de la multa que puede eventualmente aplicarse, que éste tiene otra causa por lesiones leves, respecto de la cual se ejerció principio de oportunidad por la Fiscalía del Ministerio Público de Talca, que aparentemente es un hecho irrelevante en cuanto al valor de la especie sustraída, sin embargo el imputado sustrajo una corbata, no pagó por ella y fue detenido por guardias de seguridad del supermercado, estos hechos configuran la falta de hurto de especies en grado de consumado y debe ser sancionada.

Por su parte la defensa señaló que el Tribunal debe adquirir la convicción de que se ha cometido un hecho punible, pero no cualquiera sino aquél que fue objeto de la acusación, de conformidad con lo que prescribe el artículo 340 del Código Procesal Penal, que los hechos deben vincularse con lo prevenido en el artículo 9 del Código Penal y que en virtud del principio de la libre disponibilidad del bien o nuevo poder autónomo de disposición, no encontrándose el ilícito en grado de consumado pide la absolución de su representado.

CUARTO: Que se rindió en la respectiva audiencia los siguientes medios de prueba:

A) FISCALIA: Que la Fiscalía rindió los siguientes medios de prueba:

1.- Prueba Testimonial: Que la Fiscalía presenta los siguientes testigos:

JUAN MILTON MALDONADO

VILLARROEL: Que, dicho testigo señala que los hechos habrían ocurrido el 22 de diciembre de 2003, a las 19:00 horas en el supermercado Lider de esta ciudad que queda camino a Puerto Varas, que no sabe más datos, porque no es de esta ciudad, dice que él vio todo, que el imputado salió de vestuario con una corbata enrollada en su mano, que él lo encargó a monitores y que el imputado cuando estaba en carnicería se guardó la corbata, se dirigió a las cajas, hizo una compra más o menos en la caja N° 8 y no la pagó. Agrega que pasó la caja, anduvo unos 20 metros y ahí fue detenido, le preguntaron si se le había olvidado comprar algo y sacó la corbata, señala que él la vio, era una corbata a rayas y de propiedad del supermercado Lider.

En cuanto a sus funciones refiere ser un funcionario subalterno, que una de sus funciones es la vigilancia dentro de la sala de venta y denunciar los hurtos que se produzcan dentro de la sala de ventas y pasando las cajas retienen a los sujetos, que en este caso la retención que hizo impidió que la especie fuera sacada de la tienda Lider. Dice finalmente que la corbata era de colores a rayas.

JAVIER RAUL SANCHEZ ROSAS: refiere que los hechos habrían ocurrido en el supermercado Lider de Puerto Montt, que se trató de un procedimiento de una corbata, en que un señor la robó y guardó en el bolsillo izquierdo de su chaqueta, se dirigió a la sección panadería y sale por la caja N° 8, avanza 20 metros y es detenido en la entrada principal, supo lo anterior por medio de monitores. Señala que el imputado no pagó, pues no tenía la boleta. Agrega que siguió caminando hasta la entrada principal, procedió a detenerlo y reconoció que llevaba la especie, que no pagó diciendo que iba a pagarla.

Expone el testigo además, que su función es evitar que se produzcan delitos en el supermercado, que éste dispone de una

serie de mecanismos, equipos de monitores, cámaras de seguridad en el lineal de cajas, pero no en la entrada, en cada acceso hay un vigilante que custodia el espacio entre las cajas y los locales comerciales, pudiendo detener a una persona que hurte allí revistas pero con la autorización del dueño.

Señala que nunca perdió de vista al imputado y que él cumplió su misión pues aquél nunca salió del supermercado.

El testigo además reconoce el imputado señalando que es aquél sentado a su diestra.

2.- Otros medios de prueba.

Que la Fiscalía introdujo como otro medio de prueba la fotografía de la especie sustraída signada con el número 1, la cual fue reconocida por el testigo Juan Milton Maldonado Villarroel.

B) Defensoría: Que, la Defensoría no aporta pruebas en la presente causa:

QUINTO: Que, se procedió a los Alegatos finales de Fiscalía y Defensoría, exponiendo la primera, que ha acreditado más allá de toda duda razonable que el imputado tomó la corbata, la guardó en su bolsillo, no la pagó traspasando las cajas, no existiendo controversia respecto del hecho material, existiendo si controversia en cuanto al hecho que la falta no estaría consumada, ya que la defensa sostiene que no existe disponibilidad del objeto con la sola ablatio, estimando que solo cuando se ha pagado la especie existe disponibilidad de ella, el imputado se apropió de una corbata no la pagó, el ilícito se consumó y debe ser sancionado con una multa de una unidad tributaria mensual.

Por su parte la defensa solicita en su alegato de clausura tener presente las normas del Código de Procedimiento penal -artículo 297- que se refiere a que la convicción del tribunal debe lograrse más allá de toda duda razonable y cuando el código habla de delitos, deben también comprenderse las faltas que conforme el artículo 9 del Código penal solo se castigan en grado de consumado, por cuanto así se ha dispuesto por el legislador, porque el aparato persecutor debe tener otras prioridades.

Que la disponibilidad no se encuentra presente en estos antecedentes y en estas condiciones nunca ha existido perjuicio, la especie no ha salido de la esfera de custodia o resguardo del titular, por lo que el imputado debe ser absuelto.

SEXTO: Que los testigos presentados por la Fiscalía son creíbles por cuanto se trata de testigos presenciales, guardias de seguridad del supermercado en donde se habría perpetrado el ilícito, quienes narraron en estrados, hechos apreciados por sus propios sentidos y atendida la seguridad con que fueron prestadas sus declaraciones, efectuando un relato coherente sin titubear o contradecirse en momento alguno, en lo que dice relación con el hecho, causaron en esta sentenciadora al verlos y escucharlos, la convicción requerida por la ley.

La circunstancia de que un testigo no se recuerde la fecha exacta del hecho y otro no sepa la dirección precisa del establecimiento, no les resta credibilidad o mérito a sus testimonios, pues las demás circunstancias que relatan guardan coherencia con el requerimiento y también entre sí y por otra parte, solo existe un supermercado Lider en Puerto Montt.

SEPTIMO: Que valorando la prueba, y atento lo dicho en el artículo 297 en relación con el 340 y 389 del Código Procesal Penal, el Tribunal tiene por probado que el 22 de diciembre de 2003 a las 19:00 horas aproximadamente, fue sorprendido por el guardia de seguridad Milton Maldonado Villarroel, cuando J.G.M.S traspasaba las cajas registradoras del supermercado Lider, ubicado en Avenida Parque Industrial N° 400 de Puerto Montt, con el producto que ocultaba entre sus vestimentas, una corbata marca Vincenzo de un valor de \$ 1.999, sin haber pagado su valor comercial, hechos contenidos en el requerimiento y que se encuentran probados con la declaración testimonial precedentemente reproducida y analizada.

OCTAVO: Que acorde con el principio de libertad de prueba, que es uno de aquellos en que se cimenta el nuevo proceso penal oral y de conformidad con lo que prescriben los artículos 295 y 326 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público ha introducido además como evidencia la fotografía signada con el N° 1, donde se aprecia una corbata a rayas, cuyo color de fondo es oscuro y las líneas que la cruzan de tonos más claros, la cual fue exhibida legalmente y luego reconocida por el testigo Juan Milton Maldonado Villarroel, quien además agrega que es de propiedad del supermercado Lider. Al ser contrainterrogado por la defensa señala, que la corbata era de colores que no se recuerdan los colores y que era con líneas.

NOVENO: Que el imputado ha declarado que el día de los hechos hizo varias compras en el supermercado Lider y que al momento de pasar por las ca-

jas, se traspapeló, se le olvidó pagar la corbata, pero que en ningún caso el dispuso de la corbata porque no salió del local.

DECIMO: Que la participación del imputado J.G.M.S en el ilícito que se ha asentado con precedencia, se encuentra probada, -además de los antecedentes ya reseñados- con la imputación precisa y directa que efectúa el testigo Javier Sánchez Rosas, quien lo ha reconocido en estrados como el sujeto que habría sustraído la corbata el día de los hechos.

DECIMOPRIMERO: Que la defensa ha hecho causal de la circunstancia de que la corbata materia del delito no fue incorporada legalmente al juicio. Respecto de ello debe tenerse presente lo que prescriben **los incisos 2° y 3° del artículo 189 del Código Procesal Penal**, en cuanto señala una norma de excepción a la contenida en el inciso primero, que señala que los objetos recogidos o incautados serán devueltos a sus propietarios después de concluido el procedimiento, por cuanto se exceptúan de ella las cosas hurtadas, robadas o estafadas, las cuales se entregarán al dueño en cualquier estado del procedimiento, una vez comprobado su dominio, por cualquier medio y establecido su valor y que en todo caso, se dejará constancia mediante fotografías u otros medios que resulten convenientes, de las especies restituidas o devueltas en virtud de la disposición legal. En el caso que nos ocupa, consta que la corbata fue devuelta a su propietario -supermercado Lider- levantándose la correspondiente “**acta de entrega de especies sustraídas a su propietario**” e incorporado como evidencia una fotografía de ella, que fue reconocida por uno de los testigos.

DECIMOSEGUNDO: Que el hecho que se ha dado por probado con anterioridad, no fue mayormente controvertido por la defensa, quien ha discutido que el ilícito se encuentre en grado de consumado, en este sentido al contrainterrogar a los testigos, éstos han señalado: Juan Milton Maldonado Villarroel que sus funciones comprenden la vigilancia dentro de la sala de venta y que en virtud de la retención que hizo del imputado impidió que éste sacara la especie del supermercado y que éste cuenta con dispositivos de seguridad también a la salida y Javier Raúl Sánchez Rosas, que una de sus funciones es evitar que se produzcan delitos en el supermercado, que éste cuenta con equipos de seguridad, cámaras de vigilancia en el lineal de cajas, que en cada acceso hay un vigilante y también en el pasillo, entre los locales comerciales y las cajas y

finalmente, que cumplió su misión e impidió que el imputado saliera con la corbata del supermercado, fundando en ello su pretensión de que se declare que el delito no se consumó y que por tanto el imputado debe ser absuelto.

En este sentido ha invocado el principio de disponibilidad o nuevo poder autónomo de disposición, pues estima que no se ha producido la apropiación de la cosa mueble ajena, pues el imputado nunca pudo disponer de ella, en virtud de la intervención de los guardias de seguridad del supermercado, cuyas labores se desarrollan no solo dentro de la sala de ventas sino también en los pasillos y salidas del supermercado, que el imputado nunca tuvo esta facultad de disponer, que es una de aquellas a que da derecho el dominio, invocando finalmente que por lo anterior no ha existido perjuicio para el supermercado.

DECIMOTERCERO: Que respecto a la petición de la defensa en orden a que se dicte sentencia absolutoria en la causa, en razón de tratarse de un delito de hurto en sus grados imperfectos, lo que estima en base al principio de disponibilidad o nuevo poder autónomo de disposición, esta sentenciadora, conforme a los razonamientos expuestos, estima que el grado de desarrollo que concurre en la especie es el de **consumado**, toda vez que la especie fue sacada del lugar en que se encontraba, en primer término, de las estanterías del supermercado Lider y de la última barrera de custodia del propietario, a la sazón la línea de cajas. Las acciones desplegadas por el agente, en cuanto se apropió de cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, y la sacó de la esfera de resguardo del mismo, importan un desarrollo pleno en el grado que se ha tenido por establecido y en nada obsta a esta calificación **la circunstancia fáctica** que pretende introducir la defensa, en orden a que el autor no tuvo ocasión de disponer del bien mueble sustraído, no radicándose en consecuencia en su persona un nuevo poder autónomo de disposición. Acoger la tesis de la defensa en la forma en que se ha formulado, importa **agregar un requisito no exigido por el legislador al elemento de tipicidad “apropiación”,** pues el único requisito que considera la normativa típica, es de apropiarse de la especie, más no que dicha **apropiación se encuentre asegurada, o que no exista peligro para el agente de ser privado de la misma por un acto posterior del propietario,** por más inmediato que este sea. Ahora bien, en la es-

pecie, el hecho de que el autor no estuvo en posibilidad cierta de disponer del bien hurtado, pues fue sorprendido en los instantes que abandonaba el sector de cajas, a la sazón 20 metros más allá, es una condición apreciada de esa forma por la defensa, pues si mediaron unos instantes entre el traspaso de la línea de cajas y la aprehensión, también podría estimarse que dicho autor podría haber dispuesto de la misma, destruyéndola o entregándola a un tercero, entre otra multiplicidad de alternativas que pertenecen al campo de la especulación, del que no corresponde hacerse cargo.

Los argumentos de la defensa miran más bien al terreno del agotamiento del ilícito, el cual se perfeccionó y lo que ocurra después de ello, mediante la intervención de los guardias o dispositivos de seguridad, es una contingencia que queda fuera del ámbito del iter criminis.

DECIMOCUARTO: Que la prueba ha sido valorada en forma libre y de acuerdo a los principios de la lógica, máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, pues esta juez ha adquirido la convicción, más allá de toda duda razonable, que los hechos han ocurrido en la forma asentada en el fallo.

DECIMOQUINTO: Que de esta forma, esta sentenciadora concluye más allá de toda duda razonable, que a J.G.M.S le cupo participación en calidad de autor en la falta de hurto perpetrada en perjuicio del supermercado Lider el 22 de diciembre de 2003.

DECIMOSEXTO: Que invitadas las partes a debatir sobre una eventual suspensión de la imposición de la condena y sus efectos, al tenor de lo que prescribe el **artículo 398 del Código Procesal Penal**, la defensa solicita se decrete ésta, por cuanto el imputado no cuenta con antecedentes penales anteriores, además tiene domicilio conocido y cuenta con trabajo estable y al efecto adjunta un certificado de la empresa Europharma, suscrito por el médico veterinario Jorge Sepúlveda Inostroza, que da cuenta que se encuentra trabajando en dicha empresa desde el 16 de enero de 2004 y que ella está ubicada en Isla Magdalena, Puerto Cisnes.

Agrega la defensa que no es posible no dar lugar a esta suspensión, atendido a que el imputado no aceptó responsabilidad conforme al artículo 395 del Código Procesal Penal y finalmente que el objeto de la pena es la reinserción social y que se logra mayormente ella, cuando el sujeto no cuenta con antecedentes penales anteriores.

El Ministerio Público por su parte se opone, por cuanto no se cumplen los requisitos de la disposición legal, que exige que concurren antecedentes favorables, es decir más de uno. Añade, por otro lado, que se ha dicho que el imputado no cuenta con antecedentes penales anteriores, pero sin embargo respecto del él, la Fiscalía Local de Talca ejerció principio de oportunidad, por el ilícito de lesiones.

DECIMOSEPTIMO: Que de los antecedentes aportados por la defensa, se acreditó que el imputado está realizando un trabajo estable en la localidad de Puerto Cisne, desde el 16 de enero a la fecha, que cuenta con domicilio conocido. Por otra parte se ha señalado que no posee antecedentes penales anteriores y que aún cuando el Fiscal ha señalado que se ejerció a su respecto, principio de oportunidad por parte de la Fiscalía Local de Talca, ello no pueda llevar a concluir al Tribunal que el imputado tenga antecedentes penales pues el Ministerio Público en uso de sus facultades privativas, ejerció el derecho señalado y no habiendo recaído condena respecto del imputado, dichos antecedentes deben ser vistos bajo la óptica del principio de presunción de inocencia.

Lo anterior sumado a la circunstancia que el imputado es una persona joven que puede reinsertarse adecuadamente en la sociedad, inducen al Tribunal a concluir que en este caso no es aconsejable la imposición de la condena, y de conformidad con lo que prescribe el artículo 398 del Código Procesal Penal, así se dispondrá en lo resolutivo de este fallo.

Por estas consideraciones y visto además lo expuesto en los artículos 4, 297, 340, 389, 392, 393 y demás pertinentes del Código Procesal Penal, 1, 9, 15 N° 1, 18, 49, 70 y 494 N° 19 del Código Penal, se declara:

a. QUE SE CONDENA al imputado **J.G.M.S**, ya individualizado, al pago de una multa de **UNA UNIDAD TRIBUTARIA MENSUAL** a favor del Fisco de Chile, equivalente a la moneda de curso legal al momento de su pago efectivo y a las costas de la causa, como autor de la falta de hurto en perjuicio del Supermercado Lider, hecho ocurrido el día 22 de diciembre de 2003, a las 19:00 horas, en esta comuna de Puerto Montt.

b. Que, si no pagare la multa impuesta sufrirá por vía de sustitución y apremio, la pena de reclusión, regulándose en un día por cada un quinto de unidad tributaria mensual no pudiendo exceder ella del plazo de seis meses.

c. Que conforme lo razonado en el considerando decimoséptimo, se suspende la pena impuesta y sus efectos por el plazo de seis meses.

Téngase por notificados personalmente de la presente sentencia a los comparecientes.

REGISTRESE.

Habiéndose dictado y leído la sentencia, el tribunal ordena la devolución de los documentos hechos llegar por los intervinientes en la audiencia.

RUC N° 0300208684-K

RIT N° 20-2004.

Dictada por doña Marcela Paz Araya Novoa. Juez de Garantía de Puerto Montt.

Dejo constancia que el registro de la audiencia se encuentra registrada en la Pista de Audio N° 1, correspondiente a Lectura Sentencia del CD RIT.

Puerto Montt, veintidós de marzo de dos mil cuatro.-

VISTOS:

Consta de los antecedentes remitidos por el Juzgado de Garantía de Puerto Montt, que Don Francisco Javier Muñoz Flores, Defensor Penal Público, dedujo Recurso de Nulidad en contra de la sentencia definitiva dictada en procedimiento simplificado en la causa RUC N° 0300208684-K y RIT 20-2004, contra J.G.M.S como autor de Hurto falta en grado de consumado en perjuicio del Supermercado Lider, aplicándosele como pena una multa de una Unidad Tributaria Mensual a favor de Fisco de Chile. Funda su recurso en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, estimando que en el pronunciamiento de la sentencia se ha hecho una errónea aplicación del derecho y como consecuencia de esto se le aplicó una pena, cuando no correspondía aplicar pena alguna, razón por la que en conformidad al artículo 385 del Código Procesal Penal pide que la Corte dicte una sentencia de reemplazo absolviendo a su representado. Señala en el considerando séptimo del fallo que se tuvo por establecido los siguientes hechos: Que el día 22 de diciembre de 2003, a las 19:00 horas aproximadamente, fue sorprendido por el guardia de seguridad Milton Maldonado Villarroel, cuando J.G.M.S traspasaba las cajas registradoras del supermercado Lider, ubicado en Avenida Parque

Industrial Número 400 de Puerto Montt, con el producto que ocultaba entre sus vestimentas, una corbata marca Vicenzo de un valor de \$ 1.999 sin haber pagado su valor comercial., hechos contenidos en el requerimiento y que se encuentran probados con la declaración testimonial precedentemente reproducida y analizada. Agregó que la errada aplicación del derecho consiste en que se condena al imputado por una falta que no se encontraba consumada y por un hecho que nunca puso al imputado en la posibilidad de disponer del bien. Indica que la corbata siempre estuvo dentro de la esfera de custodia del supermercado LIDER, ya sea porque J.M. era monitoreado por las cámaras de televisión, ya sea porque los guardias de seguridad nunca lo perdieron de vista, ya sea porque en los accesos del Supermercado había más cámaras de vigilancia y más guardias de seguridad, de modo que es indiferente si M.S. haya sido aprehendido por los guardias de seguridad mientras traspasaba las cajas registradoras del supermercado, porque siempre la corbata estuvo bajo la esfera de custodia del supermercado. Indica que así se desprende de la declaración del guardia Javier Sánchez Rosas quien indicó que cumplió su misión e impidió que el imputado saliera con la corbata del supermercado. El error ha influido sustancialmente ya que tratándose de un hurto falta en grado de frustrado y como consecuencia de lo ordenado por el artículo 9 del Código Penal, no debió ser sancionado. Termina solicitando se anule la sentencia y en su reemplazo se dicte una que absuelva a J.G.M.S. A fojas 66, consta acta que da cuenta de que previa declaración de admisibilidad se procedió a la vista del recurso, con la presencia del abogado defensor don Francisco Javier Muñoz Flores y por el Ministerio Público don Nain Lamas Caamaño, quedando la causa en acuerdo y fijándose para la lectura del fallo la audiencia del día 22 de marzo a las 13.30 horas.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que a través del presente recurso de nulidad deducido por la defensa de J.G.M.S, se pretende la invalidación de la sentencia de seis de febrero de dos mil cuatro, dictada por la Juez de Garantía de Puerto Montt doña Marcela Araya Novoa, por estimarse que en la sentencia se hizo una errónea aplicación del derecho, que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al calificar los hechos como un hurto falta consumado, en circunstancias que los hechos establecidos dan

cuenta de un hurto falta frustrado y en consecuencia no debió ser condenado a una pena de multa sino absuelto en virtud de lo prescrito en el artículo 9 del Código Penal. Funda ello en el hecho que la corbata que se imputa fue sustraída por su defendido, con un valor de \$ 1.999, siempre estuvo dentro de la esfera de custodia del supermercado LIDER, ya sea porque su defendido J.M. era monitoreado por las cámaras de televisión, ya sea porque los guardias de seguridad nunca lo perdieron de vista, ya sea porque en los accesos del Supermercado había más cámaras de vigilancia y guardias de seguridad, de modo que es indiferente si M.S., haya sido aprehendido por los guardias de seguridad mientras traspasaba las cajas registradoras del supermercado, porque siempre la corbata estuvo bajo la esfera de custodia del supermercado. Indica que así se desprende de la declaración del guardia Javier Sánchez Rosas quien indicó que cumplió su misión e impidió que el imputado saliera con la corbata del supermercado. Para el recurrente el error ha influido sustancialmente ya que tratándose de un hurto falta en grado de frustrado y como consecuencia de lo ordenado por el artículo 9 del Código Penal, no debió ser sancionado, por lo que solicitó se anule la sentencia y en su reemplazo se dicte una que absuelva a J.G.M.S.

SEGUNDO: Que conforme se establece en el considerando séptimo de la sentencia recurrida de nulidad, la juez valorando la prueba tuvo por probado lo siguiente: que el día 22 de diciembre de 2003, a las 19:00 horas aproximadamente, fue sorprendido por el guardia de seguridad Milton Maldonado Villarroel, cuando J.G.M.S. traspasaba las cajas registradoras del supermercado Lider, ubicado en Avenida Parque Industrial N400 de Puerto Montt, con el producto que ocultaba entre sus vestimentas, una corbata marca Vicenzo de un valor de \$ 1.999, sin haber pagado su valor comercial., hechos contenidos en el requerimiento y que se encuentran probados con la declaración testimonial precedentemente reproducida y analizada.

TERCERO: Que es entonces un hecho de la causa que el imputado fue sorprendido con una corbata oculta por un valor de \$ 1.999 cuando traspasaba las cajas registradoras del supermercado.

CUARTO: Que un supermercado, como es de público conocimiento se caracteriza por el hecho que no existe una atención personalizada de

vendedores sino que son los propios usuarios quienes luego de ingresar al recinto toman de las bandejas expendedoras el producto que desean, teniendo luego que salir necesariamente por las cajas registradoras, lugar en que deben pagar las especies que han tomado de la sala de venta.

QUINTO: Que es entonces el pago de las especies al traspasar las cajas registradoras, el único momento y forma lícita en que el imputado pudo adquirir por tradición el dominio de la corbata , acorde al sistema de venta del establecimiento comercial.

SEXTO: Que como lo ha sostenido la doctrina en el plano subjetivo no existe diferencia entre tentativa, frustración y consumación, puesto que en todos esos estadios de ejecución se requiere del mismo dolo. La diferencia está entonces en el plano objetivo, debiendo para que exista delito consumado que se haya concretado la acción no solo a plenitud sino también el resultado típico. En el caso sub-lite, no se discute la acción del imputado, sino el hecho si se produjo el resultado típico , alegándose que este se frustró por causa independiente a la voluntad del imputado.

SEPTIMO: Que al traspasar las cajas, como bien lo sostiene la juez a quo en el considerando decimotercero del fallo recurrido de nulidad, a juicio de estos sentenciadores se ha traspasado la esfera de resguardo del propietario y consecuentemente se ha consumado la apropiación de cosa ajena, quedando el imputado en condiciones de disponer de la misma, situación que no se ve alterada por el hecho que con posterioridad a las cajas registradoras, exista un pasillo que debe ser traspasado antes de abandonar el inmueble en

que funciona el supermercado, con mayor razón aún ,si en el caso sub-lite tal pasillo es un espacio común a los otros locales comerciales que funcionan en el recinto.

OCTAVO: Que en consecuencia, habiéndose producido el resultado típico perseguido por el autor del hecho , cabe descartar que se trate de un hecho frustrado, por lo que no existiendo una errada aplicación del derecho al establecer que el hurto falta se encuentra en grado de consumado, no puede tenerse por vulnerado el artículo 9 del Código Penal, y el recurso de nulidad ha de ser rechazado.

Con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 1, 7 y 9 del Código Penal, artículos 358, 372, 373 letra b) 376, 385 y 399 del Código Procesal Penal, se declara: Que se rechaza, con costas, el recurso de nulidad deducido por don Francisco Javier Muñoz Flores, Defensor Penal Público, en favor del sentenciado J.G.M.S., contra de la sentencia seis de febrero de dos mil cuatro, dictada por la Juez de Garantía de Puerto Montt doña Marcela Araya Novoa, por la que le condenó al pago de una multa como autor de un hurto falta en grado de consumado, en perjuicio de Supermercado Lider de Puerto Montt, perpetrado el día 22 de diciembre de 2003.

Regístrese, dése a conocer a los intervinientes en la audiencia fijada para el efecto, sin perjuicio de notificarse por el estado diario. Redacción del Ministro Sr .Hernán Crisosto Greisse.

Pronunciada por el Ministro Sr. Hernán Crisosto Greisse , la Ministro Sra. Sylvia Aguayo Vicencio y el abogado integrante Don .Pedro Campos Latorre.

Rol 24- 2004.

CORTE SUPREMA

- **Rechaza recursos de nulidad interpuestos por las Defensas de los imputados alegando ilegalidad de la prueba.**

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

La Fiscalía acusó a los imputados por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes. Las Defensas solicitaron la absolución de sus representados alegando la ilegalidad de la actuación del agente encubierto, principal prueba en su contra, por cuanto ella significó la vulneración de derechos constitucionales de sus representados. El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal rechazó, en voto dividido, las alegaciones de las Defensas, condenando por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes. En representación de los imputados se interpusieron sendos recursos de nulidad fundados en los artículos 373 letra a) y 374 letra f) del Código Procesal Penal. La Corte Suprema rechazó los recursos declarando que los derechos de los acusados no fueron vulnerados. Al efecto aclaró que el Tribunal Oral sólo valora la prueba rendida, no siendo competente para pronunciarse respecto de la improcedencia de una prueba, por cuanto ello es atribución del Tribunal de Garantía. Analizando en el fondo la prueba cuestionada, declaró que ésta cumplió con todos los requisitos que el artículo 34 de la Ley 19.366 exige, no viéndose, en consecuencia, vulnerados los derechos de los acusados.

Texto completo:

Calama, seis de abril del año dos mil tres.

VISTOS, Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Antecedentes. Que ante este tribunal de juicio oral de la ciudad de Calama, integrada por los Jueces don JAIME MEDINA JARA, DOÑA CARLA TRONCOSO BUSTAMANTE Y DON FRANCO REPETTO CONTRERAS, se llevó a efecto con fecha 01 de ABRIL del año 2003 la audiencia de juicio oral relativa los autos rol N° 4-2003 seguidos contra don JUAN FLORES SOZA, chileno, mayor de edad, domiciliado en Talabre S/N cédula de identidad 7.270.709-5, Y DON EDUARDO FLORES SOZA chileno, mayor de edad, domiciliado en Lascar 273 Población Licancabur San Pedro de Atacama Cédula de identidad 9.804.072.-2.

Representó al Ministerio Público don CRISTIAN ALIAGA AYARZA Abogado, domiciliados en Granaderos 2205 Calama. La defensa estuvo a cargo de FERNANDO MARDONES VARGAS por Eduardo Flores Soza y don IVAN CENTELLAS CONTRERAS, por don Juan Flores

Soza, ambos abogados defensores públicos con domicilio en Latorre 1760 segundo piso.

SEGUNDO: Acusación. Que el Ministerio Público dedujo acusación en contra de **Eduardo Flores Soza Y Juan Flores Soza**, ya individualizados, por la comisión del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, previsto en el artículo 5° de la ley 19.366, y sancionado en el artículo 1° inciso 1° de dicha ley, en relación con el artículo 1° de su reglamento, perpetrado este el día 6/7/2002.

Funda su acusación en que el 04 de Febrero de 2.002, mediante Resolución número 2 se autorizó al Carabinero Julio Sepúlveda Riffo de dotación de SIDDROCAR OS-7 El Loa para cumplir las labores de agente encubierto ya que se había recibido una denuncia anónima por la II zona de Carabineros Antofagasta que decía relación con la participación de determinados sujetos que habitan la localidad de San Pedro de Atacama respecto de conductas sancionadas por la Ley 19.366

Ya en dicha la localidad el Agente encubierto, bajo el nombre supuesto de "Juan Carlos",

comenzó a trabajar en calidad de "Junior" en una pensión ubicada en calle Lascar 273 de la Población Licancabur y de propiedad de Eduardo Flores Soza. A partir del 25 de febrero del año 2002, y tras haber prestado servicios durante todo el mes que terminaba, el Agente Encubierto se retiró de la localidad, no sin antes comentar a Eduardo Flores Soza que estaba interesado en adquirir droga y si este tenía algún conocido lo contactase, intercambiando para ello sus teléfonos celulares.

El día jueves 4 de Julio del año 2.002, aproximadamente a las 18:20 horas, Eduardo Flores Soza se comunicó telefónicamente con el Agente Encubierto, ofreciéndole vender la cantidad de 2 kilos de pasta base, a razón de \$2.000.000 cada uno, ofrecimiento que el Agente aceptó de forma inmediata, acordando que la transacción se efectuaría el día sábado 6 de Julio de 2.002 en la localidad de San Pedro de Atacama. Posteriormente Eduardo Flores Soza se comunicó nuevamente con el Agente, quien le señaló que sería su hermano llamado Juan Flores Soza quien le entregaría la droga en las inmediaciones de una sede vecinal, lugar al cual se dirigió el Agente, encontrándose con este último quien le entregó, 2 paquetes envueltos en tela adhesiva, la que por su olor característico entendió que se trataba de Pasta Base de Cocaína, motivo por el cual activó su celular, señal inequívoca hacia el resto de la patrulla que lo apoyaba se constituyera en el lugar procediéndose a la detención de Juan Flores Soza, y del acusado Eduardo Flores Soza.

A juicio de la Fiscalía, los hechos señalados configuran el delito de Infracción a la Ley 19.366, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, previsto y sancionado en el artículo 5º en relación al 1º inciso 2º de dicho texto legal, perpetrado en grado de consumado y en calidad de autores por los acusados el día 6 de julio del año 2002 de conformidad a lo establecido en el Art. 15 N° 1 del Código Penal

En cuanto a las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, señala que les favorece la circunstancia atenuante del artículo 11 número 6º del Código Penal, y no les perjudican circunstancias agravantes alguna. Finalmente, en cuanto a la pena asignada por la ley al delito, solicita se aplique a los acusados la pena de 5 años y 1 día de Presidio Mayor en su grado Mínimo más multa de 40 Unidades Tributarias Mensuales, las penas accesorias señaladas en el artículo 30 del Código Penal, y las costas del juicio en los términos del artículo 24 del Código Penal.

TERCERO: Alegaciones Del Ministerio Público.- Que el Ministerio Público ratificó en la audiencia el contenido de su acusación, ofreciendo acreditar cada uno de los fundamentos de hecho de la misma, promesa que, en su alegato de clausura, estimó cumplida

CUARTO: Defensa Eduardo Flores Soza.

En su alegato de apertura, señala que esta es una oportunidad única para ratificar la plena vigencia de la garantías constitucionales de todos ciudadanos de este país, por sobre la utilidad y eficacia de los órganos persecutores, la investigación iniciada ilegalmente a través de la figura del agente encubierto, y todo lo obtenido con ellas es ilegítimo por vulnerarse los derechos fundamentales de los acusados, por ello no puede sustentarse una sentencia definitiva a través de una investigación fuera de la ley. La figura del agente encubierto, en este caso, fue hecha al margen de la ley, por cuanto no cumple con los requisitos establecidos en el Art. 34 de la ley de drogas, tenemos un funcionario publico que jamás se inmiscuyo en una organización criminal, con permanencia de jerarquía y distribución de cargos sino en la vida e intima de una ciudadano común y corriente sin antecedentes anteriores, utilizándose esta figura, excepcional en la ley, sin criterio alguno, en base sólo a una denuncia anónima y sin el marco de una investigación sustentada por el Ministerio Publico; este funcionario no realizó la investigación de un delito de trafico ni siquiera en ciernes y tampoco en etapas de preparación, solo fue a " pescar" sin respetar tampoco las propia instrucciones de su superior jerárquico al momento de designárselo, lo que tuvo como único fin instigar a personas que no estaban que predispuestas al delito. Del mismo modo su defendido no realizo ninguna de las figuras establecidas en el Art. 5 de la ley 19366, a sea transar, vender o portar alguna de las sustancias prohibidas por la ley, por lo que solicita la absolución de su defendido.

QUINTO: Defensa Juan Flores Soza. Señala que en el nuevo proceso penal debe controlarse la etapa de investigación con el objeto de resguardar los derechos consagrados en la Constitución respecto de los ciudadano de este país, y la mejor de hacerlo es controlar ello en el juicio oral, cuando toda la investigación se ha agotado y cuando un órgano imparcial puede apreciar si la prueba fue hecha de conformidad a la ley. La importancia de controlar estas actividades investigativas se centra en el debido proceso, ya que no puede el interés fiscal ir mas allá

de las garantías constitucionales menoscabando con ello el derecho que todos tenemos a la vida privada y a la honra. Agrega, que a pesar de las pruebas fiscales no se podrá acreditar la participación imputada del acusado sin transgredir el principio de congruencia que consagra nuestra ley, por lo que solicita la absolución de su defendido.

SEXTO: Objeto del Juicio. Que a juicio de este Tribunal el problema central materia del presente juicio, consiste en determinar la existencia del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, en los términos establecidos en el artículo 5° inciso 2° de la ley 19.366, en este caso específico, el porte de 1.819,3 gramos de Pasta base de Cocaína por parte de Juan Flores Soza y la participación del acusado Eduardo Flores Soza, en carácter de coautor del ilícito por haber sido el intermediario para la venta de dicha droga al agente encubierto, del OS / 7 de carabineros, y si la actuación de este funcionario se fue hecha conforme a la ley, y por tanto, puede incorporarse validamente como prueba en este juicio, sin vulneración de las garantías constitucionales que amparan a los acusados.

SÉPTIMO: Convenciones probatorias. Que las partes no acordaron convenciones probatorias en este juicio

OCTAVO: Establecimiento de los hechos. Que el Tribunal apreciando con libertad la prueba rendida durante el desarrollo de la audiencia de juicio oral, según lo permite el artículo 297 del Código Procesal Penal, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de las experiencias y los conocimientos científicamente afianzados, se tiene por acreditado, más allá de toda duda razonable, lo siguiente:

1. Con antecedentes investigativos policiales que disponía el Sidrocar OS7 de Carabineros de Chile se designó un funcionario policial, quien bajo la figura del Agente Encubierto debidamente autorizado se involucró en la localidad de San Pedro de Atacama con el objeto de recabar la necesaria información, identificar participantes y recoger medios de pruebas que sirvieran de base al fin de establecer la comisión de delitos contemplados en la ley de drogas cometidos en dicha localidad.
2. Ya en San Pedro de Atacama, el Agente encubierto, tomó contacto y trabajó parte del mes de febrero del 2002 en una pensión de Propiedad de Eduardo Flores Soza. Por la relación de confianza estable-

cida el agente encubierto simuló tener contactos para adquirir droga, ya que según se lo manifestó el acusado Eduardo Flores Soza, el proveía de drogas a diversos restaurantes y hoteles de esa localidad.

3. El día jueves 4 de Julio del año 2.002, Eduardo Flores Soza se comunicó telefónicamente con el Agente Encubierto, ofreciéndole concretar una transacción de la cantidad de 2 kilos de pasta base, a razón de \$2.000.000 cada uno, ofrecimiento que el Agente aceptó de forma inmediata, acordando que la transacción se efectuaría el día sábado 6 de Julio de 2.002 en San Pedro de Atacama. al acceder este a la compra y convenir el lugar de la entrega, Flores Soza se contactó con un tercero, quien resultó ser JUAN FLORES SOZA quien en definitiva, fue la persona que le entregó 2 paquetes envueltos en tela adhesiva siendo interceptado éste en ese momento por funcionarios policiales y minutos después detenido Eduardo Flores Soza, constatando los Policías que los paquete retirados contenían una sustancia de olor característico a la pasta base de cocaína la que analizada posteriormente arrojó un peso de peso neto de 1.819,3 gramos

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

I.- Testimonial por el Ministerio Público.

1.- Declaración del testigo del Ministerio Público Julio Sepúlveda Riffo, Carabinero, cédula de identidad N° 12.553.712-K, domiciliado en Avenida Chorrillos esquina 1 Oriente de Calama declara quien fue designado por sus superiores con conocimiento y del Ministerio Público bajo la figura del Agente Encubierto en localidad de San Pedro de Atacama ya que con antecedentes investigativos policiales que disponía el Sidrocar OS7 de Carabineros de Chile una organización estaría operando en ese lugar. Viajo a dicha localidad y, bajo el nombre supuesto de "Juan Carlos", tomó contacto y trabajó parte del mes de febrero del 2002 en calidad de "Junior" en una pensión de Propiedad de Eduardo Flores Soza. Una vez establecida la confianza necesaria dicho

sujeto le indicó que proveía de droga a diversas restaurantes y hoteles por lo que él, simuló tener futuros compradores para el referido estimulante, sin que nada ocurriera durante su trabajo en aquel lugar.

Al término de esa relación laboral que se produjo el 25 de febrero del año 2003, mantuvo alrededor de cinco contactos telefónicos esporádicos con el acusado Eduardo Flores Soza, ya que este le había quedado debiendo dinero por el trabajo realizado en su pensión, y el día 4 de Julio del año 2.002, recibió un llamado de Flores Soza quien le , ofreció venderle la cantidad de 2 kilos de pasta base, a razón de \$2.000.000 cada uno, ofrecimiento que aceptó de forma inmediata, acordando que la transacción se efectuaría el día sábado 6 de Julio de 2.002 en San Pedro de Atacama.

Posteriormente recibe un llamado del acusado Eduardo Flores Soza ya señalado, indicándole que la droga la tenía su hermano – Juan Flores Soza -en la localidad de Toconao, lugar al que él se rehusó a ir aduciendo que temía ser objeto de una “ quitada” del dinero que portaba En horas de la noche del mismo 6 de Julio, recibió una nueva llamada de parte de Eduardo Flores Soza, quien indicó que su hermano Juan había llegado con la droga desde Toconao y se encontraba en una casa de la Población Licancabur, acordando en definitiva que la entrega de la droga se efectuaría en las inmediaciones de la sede vecinal de la Población Licancabur por este ultimo. En el lugar ya señalado se presentó el acusado Juan Flores, quien le indicó que la droga no la llevaba sino que esta se encontraba en un domicilio del sector y que deberían dirigirse a dicha casa para retirar la misma, a lo que él nuevamente se negó por las mismas razones que había señalado anteriormente, retirándose Juan Flores, quien tras unos 5 minutos regresó entregándole, 2 paquetes envueltos en tela adhesiva , procediendo este a revisarla a fin de comprobar la mercadería y al verla y olerla entendió que se trataba de Pasta Base de Cocaína, motivo por el cual activó su celular, avisando al resto de la patrulla de la existencia , motivo por el cual se procedió a la detención de Juan Flores Soza, , además y de forma inmediata se procedió a la detención del acusado Eduardo Flores Soza, adoptándose en consecuencia por los funcionarios aprehensores el procedimiento de rigor.

2) La declaración anterior se ve ratificada en lo pertinente, por las aseveraciones de don Nelson

Enrique Castillo Álvarez, Cabo Segundo De Carabineros , cédula de identidad N° 11.328.500-1, domiciliado en Avenida Chorrillos esquina 1 Oriente de Calama, y Arnaldo Ángel Castillo Ramírez, Cabo Primero de Carabineros, domiciliado en Avenida Chorrillos esquina 1 Oriente de Calama, cédula de identidad N° 8.745.741-9 , quienes señalaron de manera conteste que en el mes de enero del año 2002, se recibió en la Segunda Zona de Carabineros de Antofagasta una denuncia de trafico ilícito de drogas que estaría ocurriendo en la localidad de San Pedro de Atacama posteriormente se derivó esta a la prefectura El Loa la que a su vez se remitió a OS7 de carabineros optando el Jefe de esta sección Teniente Marcos Arancibia Olivera por designar un agente encubierto recayendo esta designación en el Carabinero Julio Sepúlveda Riffo, quien se introdujo en una red de trafico que operaba en dicha localidad, y es así que el día 4 de julio del año 2002 Julio Sepúlveda Riffo recibió un llamado de Eduardo Flores Soza quien le expreso que tenia droga para la venta por la suma de 4.000.000, según se los manifestó a ellos, Sepúlveda Riffo, señalándoles que la venta había quedado concertada para el 6 de julio. Ese día sirviendo de apoyo al procedimiento concurren a San Pedro, realizándose la detención, de los acusados ya que estaba acordado que el agente encubierto una vez que tuviese contacto con la droga y con el vendedor, este daría un aviso a través de un celular para proceder a la captura deteniendo en esos momentos a Juan Flores Soza, y posteriormente a Eduardo Flores Soza al interior del restaurante Los Flamencos, del mismo modo se incauto la droga que correspondía a pasta base con un peso aproximadamente a 2 kilos.

II. Documental del Ministerio Publico

- 1) Acta de recepción N° 183 del 2002, mediante el cual la Unidad de Química y Farmacia del Servicio de Saluda de Antofagasta recepción el Parte Policial N° 2232 de fecha 07 de julio del año 2002 de la Primera Comisaría de Carabineros de Chile, Prefectura El Loa, dirigido a la Fiscalía Local de Calama mediante el oficio N° 280 de fecha 07 de julio del año 2002 de dicha Unidad Policial al citado servicio de salud, mediante el cual se remitió la droga encontrada en poder de los

acusados, arrojando esta un peso bruto de 1888,5 gramos y un peso neto de 1819,3 gramos.

- 2) Reservado N° 720 de fecha 25 de septiembre del año 2002, mediante el cual la Unidad de Química y Farmacia del Ministerio de Salud remite el memo N° 4173 del 22 de agosto del año 2002 del Instituto de Salud Pública, que corresponde al resultado de análisis de la muestra del decomiso recibido con Parte Policial N° 2232 de la Primera Comisaría de Carabineros de Chile, Prefectura El Loa, a la Fiscalía Local de Calama y el oficio N° 280 de fecha 07 de julio del año 2002 que establece lo siguiente

“Muestras 5994 PASTA/POLVOS.

La muestra analizada ha dado el siguiente resultado.

Muestra 5994-A PASTA BLANQUECINA.

- 1.- Cantidad de muestra recibida: 1,92 g.
- 2.- Identidad de cocaína : Positivo
- 3.- Valoración Cocaína Base : 27%

Muestra 5994-B POLVO BLANCO.

- 1.- Cantidad de muestra recibida: 1,01 g.
- 2.- Identidad de cocaína : Positivo
- 3.- Identidad cloruros : Positivo.
- 4.- Identidad aminopirina : Positivo
- 5.- Valoración Cocaína Base : 82%

Concluye el Informe lo siguiente:

- En nuestro país no existe ninguna persona natural o jurídica autorizada para fabricar cocaína y las importaciones las concede el Instituto de Salud Pública a establecimientos legalmente registrados, dentro de los márgenes de consumo estrictamente médicos.
- Junto a la acción anestésica, la cocaína actúa como estimulante del Sistema Nervioso Central, acción que no es utilizada en la medicina, pero que aprovechada por los traficantes debido a la estimulación cortical que produce en las personas viciosas que abusan de la droga. Esta administración repetida ocasiona la cocaínomanía, hábito que altera la salud mental y física del individuo, produciendo en último tér-

mino trastornos de la circulación, de la respiración, digestivos y trastornos psíquicos, transitorios o permanentes, que se manifiestan por alucinaciones y en dosis altas, amnesia, incoherencia en las ideas e impulsividad. El resultado final es la demencia cocaínica susceptible de regresión después de la suspensión del tóxico. La cocaínomanía crónica afecta profundamente el sentido moral. El individuo sufre una especie de perversión y pérdida de la dignidad, como asimismo de la responsabilidad.

- 3) Resolución N° 2 de fecha 04 de febrero del año 2002, mediante la cual el mando del OS7 de Carabineros de Chile, Prefectura El Loa, designa al Carabiniere Julio Sepúlveda Rifo como agente encubierto en los términos del Art. 34 de la Ley N° 19.366

III Pericial del Ministerio Público

1. Declaración de la perito analista del Servicio de Salud de Ambiente, doña Rosa Herminia Vásquez Moya, Químico Farmacéutico, cédula de identidad N° 7.344.655-4, química farmacéutica del Instituto de Salud Pública sobre el informe pericial que evacuó, su contenido y conclusiones, señalando que fue ella quien efectuó el peritaje, por constar su nombre en el mismo, sin perjuicio de estar firmado éste por la jefe del Subdepartamento Químico Analítico del Instituto de Salud Pública doña Guisela Zurich R, lo que se efectúa de dicho modo por la normativa interna de dicha Institución, y que fue incorporado en audiencia y a los que se hizo referencia en el número 2 más arriba explicitado.
2. Declaración del perito Alfonso Salazar Conejeros Investigador Policial, cédula de identidad 13.806.014-4 quien le correspondió efectuar peritaje respecto de teléfono celular incautado a Eduardo Flores Soza el día de los hechos, y el correspondiente al agente encubierto no pudiendo establecer el análisis del teléfono de este último las fechas y horas en que fue contactado por Flores Soza.

IV.- Prueba testimonial de la defensa de Eduardo Flores Soza.

Que la defensa del imputado Eduardo Flores Soza rindió la siguiente prueba en la causa:

1-) La declaración de doña Gioconda Pía Barrientos Robles, cédula de identidad N° 9.198.515-5, domiciliada en Callejón Reales S/n de la Localidad de San Pedro de Atacama, señala que el día 6 de julio del año 2002, estando en la calle principal de san pedro se detuvo a conversar con don Eduardo Flores Soza que se encontraba trabajando en el restaurante los flamencos, y minutos después pudo apreciar su detención por personal de carabineros, no pudiendo observar que este haya estado efectuado alguna transacción de droga.

2-) La declaración de doña Milán Misis Valenzuela, cédula de identidad N° 12.443.452-1, domiciliada en Domingo Aтиenza N° 294 de la localidad de San Pedro de Atacama, quien señala conocer a don Eduardo Flores Soza, por intermedio de la pareja de este doña Dominga Soza Mamani, con quien trabajo en una época anterior, y estando en el mes de julio del año 2002 en un restaurante, pudiendo observar que don Eduardo Flores Soza, era detenido por carabineros, no sabiendo el porque de su detención y no observando que este estuviese transando algún tipo de droga.

V. Prueba Testimonial de la Defensa de don JUAN FLORES SOZA

- 1) La declaración de doña Dominga Soza Mamani, ya individualizada, conviviente de Eduardo Flores Soza quien advertida que no estaba obligada a declarar prefirió hacerlo relatando que en el mes de febrero del año 2002, llego a su casa, una persona llamada Juan Carlos a trabajar, ya que allí ella junto a su conviviente daban pensión, trabando en ese lugar aproximadamente un mes. En el mes de marzo de ese año, junto a su grupo familiar se dirigieron a la ciudad de Iquique por el termino de tres meses. regresando a san Pedro de Atacama por problemas con el arriendo de su casa y estando en esa localidad el día 6 de julio del año 2002 fue detenida, siendo posteriormente dejada en libertad. Ese mismo día y cerca de su hogar mientras ella iba a comprar pudo observar que fue detenido por Carabineros su cuñado don Juan Flores Soza, a quien veía esporádicamente ya que este vivía en la

localidad de Talabre, y también su pareja don Eduardo Flores Soza, quien se encontraba trabajando en esos momentos en el restaurante Los Flamencos ignorando el motivo de su detención.

- 2) La declaración de Marcos Arancibia Olivera, Teniente de Carabineros, Jefe de la SIDROCAR del OS7 de El Loa, domiciliado en Avenida Chorrillos esquina 1 Oriente, quien declara que en el mes de febrero del año 2002, se recibió una denuncia en la Segunda zona policial de Antofagasta en la que se indicaba que existía una red de trafico en la localidad de san Pedro, al llegar esta al OS/7 sección de la cual el es jefe, informó de ello a la fiscalía local con el fin de comenzar una investigación procediéndose a designar un agente encubierto nombramiento que recayó en don Julio Sepúlveda Riffo, Carabinero, llegado hace poco tiempo a la ciudad. Hace presente que hasta ese momento no existían datos muy precisos de las personas a quien investigar no teniendo conocimiento hasta ese momento si los hermanos Flores Soza conformaban una organización criminal, lo que comprobó mas tarde , por lo que se le dio la instrucción de ir a San Pedro y que comenzara a tomar contacto con la gente de esa localidad buscando un trabajo el que encontró en casa de Eduardo Flores Soza. El agente encubierto estuvo en esa localidad aproximadamente un mes, informándole permanentemente de los avances de la investigación, informes que a su vez él daba al Fiscal Cristian Aliaga Ayarza. Al término de la relación laboral, Sepúlveda Riffo mantuvo contacto con Eduardo Flores Soza, ya que este le quedo debiendo dinero por el trabajo realizado, y en una de esas conversaciones este le ofreció venderle droga, por lo que dispuso un operativo para su captura, el que se llevó a efecto el día 6 de julio del año 2002.

DECIMO: Valoración de la prueba. Que las declaraciones de los testigos y perito Químico farmacéutico referidos en el apartado anterior, provienen de personas que presenciaron los hechos o que tomaron conocimiento del mismo, en forma próxima a su ocurrencia, que

impresionaron a los jueces como capaces de percibirlos y apreciarlos por sus sentidos, demostrando el perito dominio de su respectiva ciencia o arte; por eso ellos aparecen como veraces y creíbles, razón por la cual este Tribunal acoge plenamente la prueba rendida por el Ministerio Público, excepción hecha de la pericia telefónica que se desecha, como quiera que no fue controvertida por prueba alguna en contrario durante la audiencia, de igual modo, valorando los testimonios de la defensa los sentenciadores concluyen que ellos no desvirtúan en modo alguno los hechos probados por la fiscalía máxime que los dichos del testigo Marcos Arancibia Olivera se condicen con los testimonios de los deponentes del Ministerio Público y los de doña Dominga Soza Mamani en nada alteran lo concluido, ya que declara sobre su situación personal y los restantes testigos sólo están referidos a la conducta anterior de los acusados y no a los hechos directos materia de la acusación.

UNDECIMO: Calificación Jurídica Que los hechos establecidos en el motivo OCTAVO N° 3 son constitutivos del delito de, Tráfico Ilícito de Estupefacientes capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública, previsto en el artículo 5° y sancionado en el artículo 1° inciso 1, ambos de la Ley N° 19.366, en relación con el artículo 1° de su reglamento, con las penas de presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales

DUODECIMO: Participación. Que para el establecimiento de la participación de los acusados en el delito se ha tenido en consideración los siguientes antecedentes.

I.- Participación del acusado Juan Flores Soza

Declaraciones de los funcionarios de Carabineros Arnaldo Angel Castillo Y Nelson Castillo Álvarez Y Julio Sepúlveda Riffo ya individualizados, los que están contestes en aseverar que el acusado fue quien portó y trasladó el paquete con la sustancia para entregársela a Sepúlveda Riffo a cambio del dinero, siendo esta de olor y color característico a la Pasta Base de Cocaína, sustancia que resultó ser dicha droga conforme lo informado por el Instituto de Salud de Antofagasta. Además, los tres funcionarios indicados reconocieron en la audiencia a JUAN FLORES SOZA como la persona

que fue sorprendido en posesión de una de las sustancias estupefacientes mencionadas en el artículo 1° de la ley 19.366 (1.819,3 gramos de pasta base de cocaína) que estaba destinada al tráfico ilícito, por cuanto no contaba con la competente autorización, no es notorio ni justificó que estuviese destinada exclusivamente a la atención de un tratamiento médico o a su uso personal y próximo en el tiempo, sin perjuicio de que la cantidad encontrada, evidencian que no tenía esas finalidades. Del mismo modo en ningún instante la defensa alegó el desconocimiento de este acerca del contenido de los paquetes que portaba o ausencia de dolo en el tráfico cometido.

II.- Participación del acusado Eduardo Flores Soza

Que la participación de Eduardo Flores Soza se acreditó con los dichos y el reconocimiento del agente encubierto Julio Sepúlveda Riffo, quien señaló que la transacción de droga fue realizada con este vía telefónica y que fue esta persona con la cual convino el precio, lugar y forma de la transacción, y a quien además reconoce en la audiencia como aquella persona, la que conocía con anterioridad por haber trabajado en el establecimiento comercia de éste.

Que en estas condiciones, el aporte de Eduardo Flores Soza se advierte absolutamente fundamental en la ejecución del plan para la transferencia ilícita de la droga, ya que sin él el agente encubierto jamás hubiera podido efectuar la transacción pues no cabe sino deducir que fue Eduardo Flores Soza quien contacto a su hermano, Juan Flores Soza para que este entregará la droga al supuesto comprador. Lo anterior se acredita, además, por del hecho de que nunca Juan Flores Soza tomo contacto con el agente encubierto hasta el momento mismo de la entrega, lo anterior no hace sino concluir a este voto de mayoría que Eduardo Flores Soza era el individuo que suministraba la droga si se sigue el desarrollo natural de los hechos.

Que en relación a la conducta de Eduardo Flores Soza, esto es, la venta indirecta a través de un intermediario sin que por sus manos haya pasado, dinero ni droga, queda comprendida, a lo menos, en la figura de la persona que facilita o promueve el consumo. De acuerdo a la figura genérica de "inducir, promover o facilitar el consumo" de la parte final del inc. 1 del artículo 5 de la ley de Drogas, es posible afirmar que quién por precio vende la droga y pone en contacto al compradores con el tenedor de la misma, facilita el consumo

masivo de esas sustancias realizando así el riesgo prevenido por la ley.

Sin perjuicio de lo anterior y pese a que a él no se le sorprendió con la droga y que podría pensarse que no tomó parte directa en la ejecución del hecho, la realización conjunta del hecho al haber colaborado con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto le otorga de todas formas la condición de autor.

No es por ello, necesario que haya portado la droga por sí mismo, pues a la realización de los actos materiales integradores del núcleo del tipo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común.

DECIMO TERCERO Convicción de participación. Que en consecuencia el tribunal por mayoría ha arribado a la convicción, más allá de toda duda razonable que el día 6 de julio del año 2002 que EDUARDO FLORES SOZA Y JUAN FLORES SOZA previamente concertados procedieron a efectuar la transacción de 1.813,9 gramos de pasta base de cocaína debiendo para ello facilitar, portar y suministrar la droga antes señalada, hecho que constituye el delito de tráfico de estupefacientes previsto y sancionado en los artículos 5° y 1° de la ley 19.366 de lo que son responsable los referidos acusados en calidad de autores por quedar comprendidas en las descritas en el mencionado artículo 15 del Código Penal, numeral primero, donde el legislador ha precisado que debe tenerse como autores a los que toman parte en la ejecución del hecho..., de una manera inmediata y directa

DÉCIMO CUARTO : Alegatos de Clausura Que en su alegato de clausura la defensa de **EDUARDO FLORES SOZA** reitera la petición de absolución de su defendido, y lo fundamenta en que las garantías fundamentales reconocidas en la Constitución y Tratados Internacionales deben tener plena vigencia por sobre los fines de utilidad social como la prevención y el combate al narcotráfico, pero jamás pueden realizarse actos investigativos a costa de esas garantías, y en la audiencia se demostró que el agente encubierto, fue designado sin cumplir con los requisitos de Art. 34 de la ley 19.366, por cuanto nunca se demostró que hubiese una organización delictual, que investigar, ya que no habían antecedentes suficientes para estimar que era necesario su designación, ya que no había tal organización, no existía certeza de nombres, jerarquías, bienes, permanencia y dis-

tribución de funciones de dicha cuerpo. En consecuencia solo con meras sospechas vagas se designó tal agente para inmiscuirse en la intimidad de EDUARDO FLORES SOZA, sin que se haya señalado que función cumpliría esta persona como integrante de esta organización, Estamos frente a un organismo que puede decretar medidas tan intrusivas como un agente encubierto sin que tengan claros los requisitos establecidos por la ley para realizar esa designación. Durante la permanencia de Julio Sepúlveda Riffo en la pensión de Eduardo Flores Soza hasta el 25 de febrero del año 2002 este nada pudo observar en cuanto a algún ilícito, terminando su función, es decir desde esa fecha y el 4 de julio no sigue operando, sin embargo reasume sin una nueva designación el 4 de julio y posteriormente se procede a la detención de los acusados el 6 de julio, vulnerando de esa forma el requisito establecido en la ley, de que las designaciones de este tipo de agentes nunca deben ser permanente.

Por las razones antes dichas, solicita que esta prueba se excluya, por ser ilícita, petición que si bien se hizo en la audiencia de preparación de juicio oral, no se dio lugar a ella por no existir antecedentes para ello en cuanto a la designación de agente encubierto, por lo tanto la única forma de develar la irregularidad en esa designación era en el juicio oral, a través de los interrogatorios del agente encubierto y su superior jerárquico, por lo tanto las herramientas para desestimar la prueba era esta oportunidad y evidentemente se ha probado que desde el comienzo se ha estado en una investigación ilícita, al margen del Art. 34 que no se compadece con la naturaleza de una organización delictual en los términos del Art. 22 de la Ley de drogas, estamos en presencia de un agente encubierto que opera cerca durante siete meses sin las razones necesarias para designarlo, y además con carácter permanente sin cumplir, además, con la propia resolución que lo eligió, procediéndose a la incautación de drogas y a la detención de los acusados. Hay un inicio de una investigación ilícita que ha tornado la prueba ilícita y sus derivados tanto en el desempeño del agente encubierto, su declaración en el juicio, la incautación de la droga y el análisis de drogas hecho por el perito del Instituto de Salud Pública. Por estas razones la defensa considera que no existe y no puede considerarse esta prueba para la dictar sentencia, por repugnar a un estado de derecho, por infringir las garantías constitucionales al introducirse en la in-

timidad de una persona a través de un agente encubierto hecho al margen de la ley.

Sin perjuicio de lo anterior los testigos Nelson Castillo Álvarez y Arnaldo Ángel Castillo Ramírez no pudieron ver a Eduardo Flores Soza, realizar una venta, concertarse con Juan Flores Soza para la entrega de la droga, ni tampoco fue sorprendido con ella. Solo la declaración del Agente Encubierto señala que fue este quien lo llamo para venderle droga, llamada que no pudo ser acreditada en juicio por el perito de investigaciones, quien no pudo establecer si el 4 y 6 de julio del año 20023 Eduardo Flores Soza llamó al agente encubierto.

Por su parte la defensa de JUAN FLORES SOZA, ratifica los dichos de la defensa de Eduardo Flores Soza, en orden a que los funcionarios policiales formaron parte de una investigación fuera de la ley provocando una transacción totalmente viciada, esta se inicia con la designación de un agente encubierto sin los fundamentos suficientes, por cuanto nunca existió una organización delictual que investigar. Toda la investigación demuestra que se inmiscuyeron en la intimidad de unas personas infringiéndose las normas constitucionales al respecto, y por lo tanto las pruebas recogidas son ilícitas, el basamento normativo para solicitar el amparo de este tribunal a los acusados se encuentra en el Arts. 9, 236, 277 y en el 344 del CPP que permite excluir en el juicio oral las pruebas obtenidas con infracción de las garantías fundamentales, tales como el debido proceso, el derecho a la intimidad, honor, libertad de opinión, etc. Estamos frente a un proceso que vulnera dichas garantías y el ministerio público no puede obtener un fallo condenatorio en base a ello por lo que reitera la absolución de su defendido

DÉCIMO QUINTO: Análisis de la defensa de los acusados La pretensión de las defensas de edificar la absolución de sus defendidos, y que fundamentan en base a que la actuación del Agente Encubierto, habría sido ilegal por no cumplirse los requisitos establecidos en la ley, debiendo, en consecuencia, dicha prueba ser excluida por el tribunal al momento de resolver este juicio, por ser ilícita, serán desestimadas por los siguientes fundamentos:

1.- Que en primer lugar hay que dejar establecido que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal carece de facultades y competencia para conocer y pronunciarse respecto de la licitud o ilicitud de una prueba rendida en juicio, por cuanto es el juez de

garantía quien tiene la competencia exclusiva para analizar la procedencia de la prueba ofrecida, admitirla o excluirla fundadamente si resuelve que proviene de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas, y respecto de aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de las garantías fundamentales, En este sentido y haciéndonos cargo de sus planteamientos, esta alegación que será desestimada por cuanto ella es propia de una etapa procesal determinada cual es la audiencia de preparación del juicio oral, en la que las partes pueden formular observaciones a la prueba ofrecida, particularmente a la licitud o ilicitud de la misma. Estas facultades amplias del juez de garantía respecto de la exclusión de pruebas está evidenciando una vez más que el nuevo sistema le entrega a este órgano judicial atribuciones no sólo formales sino que de fondo respecto del mérito de las pruebas ofrecidas por los intervinientes en relación a su pertinencia o a su ilicitud.

Que al Tribunal Oral le corresponde solamente valorar la prueba que se rinde en juicio conforme al auto de apertura, siendo el juez de garantía quien determina que pruebas se rendirán ante este tribunal, y si alguna prueba podría ser declarada nula por el tribunal oral, esta sería únicamente aquella que no hubiese pasado por cedazo del Juez de garantía, como podría ocurrir con la denominada prueba nueva.

2.- Que la figura del agente encubierto se encuentra definida en el artículo 34 de la ley de Drogas y fue puntualizada en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados indicándose que "el agente encubierto es una técnica policial reconocida en la mayoría de los países y cuyo propósito es identificar a los partícipes y recoger las pruebas que en definitiva servirán para el proceso penal. Agregándose : "Siempre y cuando aquel no induzca a la comisión de un delito y no incurra en alguna infracción de tipo penal desde el punto de vista de la normativa general.

Nada dice la ley y el legislador del ámbito de los que les esta permitido, son funcionarios policiales que actuando de esa manera, esto es , ocultando su calidad de policía, se infiltran en una red criminal por encargo y con autorización de su servicio, sin el propósito de cometer un delito, sino que, con el propósito de identificar a los partícipes o recoger las pruebas que servirán de base al proceso penal.

De esta manera, ante la cada vez más alarmante proliferación del tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y drogas alucinógenas, el legislador se ha visto en la urgente obligación de poner en marcha todo tipo de armas legales que puedan hacer frente a estas actividades por el evidente peligro para la salud pública.

El funcionario de Carabineros Julio Sepúlveda Riffo, que en el caso Sub lite se constituyó como Agente Encubierto, cumplió con los requisitos establecidos en la ley para ello, y que son los siguientes :

1. Autorización de un superior

Jerarquico : Fue debidamente autorizado por sus superiores, según consta del documento acompañado por la fiscalía, Resolución N° 2 de fecha 4 de febrero del año 2002, para que ocultando su identidad de policía, investigara el tráfico de estupefacientes que en la localidad de San Pedro de Atacama que ejecutaban terceros. La individualización de los autores como su número y su operación, no se consigna, ya que precisamente ese era el objeto de investigación encomendada, para lo cual el designado, simuló ser comprador de aquella, deteniéndose a dos personas autores de tráfico, impidiéndose su llegada a consumidores cumpliendo así, con el objeto de esta nueva técnica policial, cuyo éxito depende del sigilo empleado en el cometido

2.- Que no haya provocado o instigado

el delito : Según el factum, fue el acusado Eduardo Flores Soza quien ofreció la venta de droga a cambio de dinero al agente encubierto en ningún caso hubo instigación engañosa por parte del policía por lo que no puede reputarse provocación para cometer el delito, la acción de aceptar la supuesta venta y el operativo dispuesto para su captura, tampoco lo es, ya que no supuso al nacimiento en el acusado de una voluntad de delinquir traficando con sustancias tóxicas, sino que se limita a poner al descubierto un delito que ya se estaba cometiendo, como lo es la tenencia previa con destino al tráfico de una importante cantidad de droga, que fue ofrecida por una alta cantidad de dinero, lo que revela, a lo menos conocimiento de la ilícita actividad que realizaba.

Toda la actividad realizada por el agente encubierto fue hecha bajo el amparo legal, por cuanto no se afectó la intimidad del Hogar de Eduardo Flores Soza, ya que el funcionario policial comenzó a trabajar bajo contrato verbal, en la casa de este que también funciona como pensión, y es dentro de

ese ámbito cuando el citado Flores Soza le comunica que, vende droga a otros locales comerciales, y fue él mismo quien le ofreció vender droga al agente no existiendo trasgresión alguna de las garantías individuales que al acusado le reconoce el ordenamiento jurídico.

3. Que se introduzca en Organizaciones

Delictivas : En cuanto a la pretensión de la defensa de que la designación del agente encubierto, sería ilegal, ya que para esos efectos debe existir una **organización criminal** entendiéndola como un grupo de muchas personas, dotados de una organización interna jerarquizada, con un Jefe debiendo contar además con capital de operación, vehículos y propiedades. Resulta a juicio de los jueces de mayoría inadmisibles, toda vez que tratándose de una organización criminal, la cual obviamente por encontrarse fuera de la ley no poseen un carácter formal, por ende se desprende su definición de sus propios actos y en el caso en estudio existe un modus operandi dentro del cual se encuentran personas que forman una red concertados para llegar a la transacción final. Esta figura no depende del mayor o menor número de personas que la integren, ni tampoco de reglas estatutarias preestablecidas, ni de siglas o nominaciones expresas, ni de cualquier otro formalismo constituyente.

Es decir, tal concepto abarca una serie amplia de posibilidades dentro de un gran abanico en el que caben todos los supuestos en los que dos o más personas programen el propósito de desarrollar una idea criminal aceptada y consentida fuera, desde luego, del mero concierto ocasional. Para llegar a la conclusión anterior se debe recurrir en primer término como método de interpretación legal, al elemento gramatical. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la define como "conjunto de personas con los medios adecuados que funcionen para alcanzar un fin determinado". A su vez, define la palabra "conjunto" como : aliado, unido a otro por un vínculo de parentesco o amistad. De lo relacionado se desprende que una organización puede estar constituida por dos o más personas con los medios adecuados, y estos medios necesariamente están dados por la realidad fáctica en donde se llevan a cabo las operaciones de la organización, es evidente en San Pedro de Atacama, lugar pequeño y de condición rural, el solo cumplimiento de las formalidades que señala la defensa para que esta exista la delataría, ya que es consubstancial a la existencia de una red de

narcotráfico en ese tipo de localidades pasar desapercibida, atendido el origen étnico de sus habitantes, los limitados medios de vida con que cuentan atendido el entorno físico en donde en donde conviven, de manera tal que cualquiera ostentación de medios materiales sería sospechosa, sin ser posible exhibir de cuantiosos medios económicos, como exige la defensa.

4) **Que el nombramiento no sea permanente:** Finalmente, en relación a que no se cumpliría el requisito de que el nombramiento del agente encubierto no puede ser permanente, también se la desechará por cuanto, si bien este fue efectuado con fecha 4 de febrero, no terminó su designación en el momento en que dejó de trabajar en casa de Eduardo Flores Soza, sino, que concluyó en el momento en que se descubrió el delito y se detuvo a los partícipes.

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

En consecuencia, la prueba de cargo en su origen fue lícita y se muestra bastante para alcanzar la conclusión condenatoria.

DECIMO SEXTO: Resolución sobre absolución. Que, en virtud de las conclusiones a que los sentenciadores han arribado en los fundamentos precedentes, no es posible ni procedente acceder a la petición de su defensa, en cuanto pretende la absolución de sus representados de la acusación de autos, puesto que, como se ha demostrado con los razonamientos allí vertidos, tanto el hecho que se les imputó como su participación en calidad de autores, han quedado debidamente comprobados con la prueba aportada en juicio.

DECIMO SEPTIMO: Circunstancias personales del acusado. Para acreditar circunstancias personales del acusado Juan Flores Soza la defensas incorporó las siguientes probanzas:

I. Informe de Peritos

Asertos de la Asistente Social Verónica Valenzuela Fuenzalida, quien manifestó que después de efectuar una evaluación social al acusado y su grupo familiar, puede concluir que este tiene una precaria situación económica, siendo los ingresos insuficientes para la manutención del grupo familiar.

Que el Tribunal apreciando con libertad la prueba referida en el apartado anterior ha podido establecer que el acusado contrajo matrimonio hace 27 años atrás y de cuya relación han nacido 8 hijos, de los cuales a la fecha hay dos menores de edad que se encuentran estudiando en la localidad de Talabre. Actualmente la familia del imputado vive solamente de la ganadería y de lo que produzca la agricultura, lo que le alcanza sólo para sobrevivir, además del escaso aporte de dos hijos mayores, que igualmente tienen familia.

En cuanto a su situación económica es posible determinar que se trata de una persona de escasos recursos los que son insuficientes para una adecuada satisfacción de sus necesidades básicas, por lo que no está en condiciones de satisfacer en su totalidad las multas establecidas para el delito que se juzga.

DECIMO OCTAVO circunstancias personales de Eduardo Flores Soza Para acreditar circunstancias personales del acusado Eduardo Flores Soza. la defensas incorporó las siguientes probanzas

I. Testimonial

La declaración de don Hernán Plaza Condori, Concejal de San Pedro de Atacama, domiciliado en el Municipalidad de San Pedro de Atacama, quien señala conocer a don Eduardo Flores Soza, cerca de 15 años a la fecha y además por la relación que tiene por su trabajo en la municipalidad con la comunidades de la zona por lo que muchas veces han sesionado en Talabre lugar de residencia del Sr. Flores Soza, asistiendo éste a dichas reuniones como lugareño. Dentro del tiempo que lo conoce ha podido observar que se desempeñaba en diversas actividades propias del lugar, tales como la artesanía y la agricultura y que nunca tuvo éste, nunca tuvo problemas con la justicia

II. Documental.

Informe social de la Asistente Social Verónica Valenzuela Fuenzalida, que fuera acompañado en la audiencia de determinación de pena.

Que el Tribunal apreciando con libertad la prueba referida, y que al igual que el otro acusado, concluye que se trata de una persona de escasos recursos, que mantiene una convivencia de diecisiete años con doña Dominga Soza Mamani, y de cuya relación nacen dos hijos menores de edad. Actualmente el grupo familiar depende exclusivamente del trabajo de la pareja del acusado ya que este no puede generar ingresos propios por lo que no está en condiciones de satisfacer en su totalidad las multas establecidas para el delito que se juzga.

DÉCIMO NOVENO Circunstancias atenuantes Que las defensas de ambos acusados en la audiencia de determinación de pena invocan la atenuante del artículo 11 N°s 6, es decir, la irreprochable conducta anterior y su calificación sosteniendo que en la propia acusación se indica que favorece al acusado esta minorante, ya no que se ha acreditado que tenga antecedentes penales anteriores, que por la edad y comportamiento anterior de los acusados es digno de concedérselas, ambos por sobre los 39 años de edad y que durante toda sus vidas han mantenido una conducta irreprochable, y dentro de su localidad son personas conocida por pertenecer a diverso organismos como representante de las comunidades indígenas de esa localidad, en este sentido el tiempo transcurrido desde el nacimiento y hasta el momento de ser condenados ha transcurrido un tiempo considerable sin que su conducta pasada sea digna de reproche. DE igual modo solicitan sea haga aplicación del Art. 39 de la ley de drogas, esto es se le rebaje la pena de multa establecida como pena en la ley 19366. En relación a la petición de calificación e conducta el Ministerio Público se opuso, por considerar que no existen antecedentes de mérito suficientes para calificar la conducta pretérita de los encausados.

Los Sentenciadores acogen dicha atenuante, de irreprochable conducta anterior contemplada en la circunstancia sexta del artículo 11 del Código Penal, conforme lo solicitado por la Defensa por cuanto no se acreditó en el juicio que EDUARDO Y JUAN FLORES SOZA registren anotaciones prontuariales anteriores, por lo que en concepto del tribunal la conducta pretérita del encausados carece de toda censura, Con todo, esta minorante se estima muy calificada, pues la prueba testimonial y documental producida para estos efectos, acreditan que se trata de personas de esfuerzo, de buen comportamiento social, y dentro del medio en que se desenvuelven, tienen el reconocimiento de sus vecinos antecedentes que aportan información objetiva acerca de actividades que permiten en forma excepcional calificar su conducta.

VIGESIMO: Determinación de pena. Que al momento de determinar la pena aplicable se tendrá presente lo siguiente:

1. Que siendo la pena asignada al delito de tráfico ilícito de estupefacientes dos grados de una pena divisible, esto es, es la de presidio mayor en sus grados mínimos a medios y multa de cuarenta a cuatrocientas Unidades Tributarias Mensua-

les y al concurrir una circunstancia atenuante como ya fuera dicho, a la cual se le ha dado el carácter de muy calificada, de conformidad con el artículo 68 bis, el tribunal puede imponer la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada al delito, para quedar de este modo, en la de presidio menor en su grado máximo y accesorias legales.

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

3. De la misma forma y teniendo presente los antecedentes sociales de los acusados, que demuestran que son personas de escasa educación, ambos con la educación básica incompleta, y de escasos recursos económicos no contando con ingresos propios a lo cual se agrega que cumplirán de manera efectiva la pena que se les impone, se les eximirá del pago multa señalada en la Ley 19.366 y de las costas de la causa.

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

Por estas consideraciones y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 1º, 5º, 27, 28, y 39 de la Ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de drogas y estupefacientes; Decreto Supremo N° 565, del Ministerio de Justicia, reglamentario de la ley precedente; 215 de la Ley N° 18.290, sobre tránsito; Art. 40 de la ley 19.366; 1º, 14 N° 1º, 15 N° 1º, 21, 22, 24, 25, 26, 29, 47, 50, 58, 68, 68 bis, 69, 70 y 76 del Código Penal; y en los artículos 1, 45, 46, 47, 259, 275, 277, 281, 295, 296, 297, 306, 307, 309, 314, 315, 319, 323, 325, 328, 329, 330, 333, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 346, 348 y 484 del Código Procesal Penal, se declara:

I.- **SE CONDENA** a los acusados, ya individualizados en la parte expositiva de esta sentencia, **JUAN CANCIO FLORES SOZA Y EDUARDO VICTORIANO FLORES SOZA**, a sufrir cada uno la pena de TRES AÑOS Y UN DÍA de Presidio menor en su grado máximo como autores del delito de Tráfico de Estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 5º en relación con el artículo 1º de la Ley N° 19.366, hecho ocurrido en la localidad de San Pedro de Atacama día 06 de julio de 2002 se

les condena, asimismo, a las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos, durante el tiempo de la condena. **y se le exime del pago de multa que contempla el artículo 1º de la Ley Nº19.366**, y de las costas de la causa ,

II.- Que en atención a la extensión de las penas aplicadas a cada uno de los sentenciados, y conforme el Art. 40 de la ley 19.366, no se le concederá ninguno de los beneficios contemplados en la ley Nº 18.216, por lo que deberán cumplir sus respectivas penas corporales en forma efectiva, contándose su cómputo desde el día 7 de julio del año 2002, fecha desde la cual han permanecido cada uno de ellos ininterrumpidamente privados de libertad en esta causa, conforme se infiere del auto de apertura del juicio oral.

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

Acordada con el voto disidente de la Jueza Carla Troncoso Bustamante, quien estuvo por absolver a los acusados conforme a los siguientes antecedentes y fundamentos :

PRIMERO: Con el respeto que me merece la opinión de la mayoría, y tal como se señaló en la deliberación, discrepo del fallo al que se ha llegado en el supuesto enjuiciado. En mi opinión corresponde absolver a los acusados Eduardo Flores Soza y Juan Cancio Flores Soza del delito de tráfico ilícito de estupefacientes imputado en la acusación fiscal por carecer de prueba suficiente, que destruyendo la presunción de inocencia que los ampara, fundara una decisión condenatoria a su respecto. Como cuestión básica me permito resumir las alegaciones de los intervinientes a fin de centrar el análisis de la decisión de absolución que sostengo.

SEGUNDO: Las defensas de los acusados sostuvieron que en la especie todo el juicio se ha fundado en prueba obtenida al margen del ordenamiento legal y con infracción a las garantías constitucionales de sus representados al haber interveni-

do en los hechos un agente encubierto que fuere designado sin la satisfacción efectiva de los requisitos que impone el artículo 34 de la ley de drogas. Adoleciendo el encargo de agente encubierto de vicios en su constitución, la actividad por él desplegada deviene en aportar elementos de prueba que deben ser excluidos en el juicio oral y con ello la absolución por falta de elementos probatorios del hecho de y la participación de los acusados.

TERCERO: Por su parte en Ministerio Público sostuvo que no resulta admisible negar el valor que la ley le confiere a la figura del agente encubierto, mismo que en el presente caso fue designado cumpliéndose a su respecto todos los requisitos legales. Amparado en el mandato legal que le asiste, el funcionario policial desarrolló una actividad legítima que condujo a la comprobación del hecho punible, por la prueba que se aportó en el juicio. Además del marco de legalidad en que actuó el agente encubierto, no se ha acreditado la forma como pudieron verse afectadas las garantías constitucionales de los acusados que se suponen conculcadas en esta investigación. Sin perjuicio de estimar que no existiría base en las alegaciones de las defensas, sostuvo que resultan inoportunas y la exclusión de prueba en esta sede del Tribunal Oral es imposible, pues la misma pasó por el correspondiente control de la audiencia de preparación de juicio oral, única instancia y tribunal que puede excluir prueba por infracción a las garantías constitucionales.

CUARTO: Teniendo a la vista el texto del artículo 34 de la Ley de drogas, del mismo se desprenden los requisitos de procedencia, contenido y alcances de la figura "agente encubierto" que la norma consagra, a saber: 1)debe tratarse de un funcionario policial debidamente autorizado por sus superiores quién al actuar oculta su identidad oficial; 2)se le faculta y encomienda involucrarse o introducirse en las organizaciones delictivas simulando ser parte de ellas o estar interesado en la comisión del delito que se investiga; 3)su objetivo es identificar a los partícipes - del delito que se investiga - o recoger las pruebas que servirán de base al proceso penal.

Sobre el primer supuesto éste no arroja dudas, pues es un hecho probado en juicio que el 4 de febrero se dispuso por el Jefe del Sidddrocar O.S.7 de El Loa la designación del Carabinero Julio Sepúlveda Riffo en calidad de encubierto, cometido que le fue designado en atención a que el fun-

cionario poseía experiencia en semejantes procedimientos – dos anteriores – y principalmente por haber llegado a la unidad a principios del mes de enero y no ser conocido en el sector lo que facilitaría su labor. En tal condición llegó el mes de febrero de 2002 a pedir trabajo en casa del acusado Juan Flores Soza, ocultando su identidad e introduciéndose en el hogar del mismo, para prestarle servicios remunerados durante 11 días aproximadamente.

Previa a la designación de un agente con las calidades que la ley exige, era presupuesto lógico para que operara la figura en comento que existiera una investigación en curso sobre un ilícito, con sospechosos determinados, - aún cuando lógicamente sus identidades no estuvieren precisadas - en cuyo desarrollo pudiera intervenir el agente para lograr la obtención de prueba que acreditara la existencia del mismo y llevara al establecimiento de sus responsables. Sobre este punto particular cabe recordar que los funcionarios policiales que prestaron testimonio en el juicio reconocieron que el procedimiento de designación del agente encubierto se originó después de la recepción por el Siddrocar O.S.7 del Loa en el mes de enero de 2001 de una denuncia sobre un grupo de personas que se dedicarían a la comercialización de droga en la ciudad de San Pedro de Atacama. El funcionario designado como encubierto señaló que la denuncia anónima se refería a actividades de tráfico en San Pedro de Atacama y que la organización “se trataría de gente de San Pedro, incluye comerciantes y hasta un profesional (señala oficio) y el jefe de la organización se apodaría “B. L.”, consintiendo que tales eran antecedentes se manejaban a un nivel informal en la unidad policial. Sobre los mismos antecedentes el Oficial al mando de la unidad policial sostuvo que sólo “tenían antecedentes vagos que no se habían logrado comprobar” y que con esos antecedentes, luego de comunicado informalmente con el Fiscal de la causa, se dispuso el nombramiento del encubierto. No recuerda el número de ingreso interno que ese procedimiento policial hubiere tenido, pero que sería de febrero del año pasado. Ilustrativa de la ausencia de antecedentes para la designación del agente encubierto es la resolución reservada N° 2 del 4 de febrero, la que solo señaló como antecedentes la denuncia derivada de Prefectura al Siddrocar, “antecedentes recopilados por informantes y los recopilados en diligencias de la especialidad”, decreto que demuestra la vaguedad y ausencia de la supuesta investigación que

debía estar en curso. Tan imprecisos eran esos antecedentes que el encubierto al iniciar su cometido ni siquiera contaba con la dirección del acusado Juan Flores, pues su primera labor consistió en localizar su domicilio para aproximarse de alguna manera a él. De todo lo anterior se colige que no existían antecedentes de la comisión de un delito de aquellos que justificaran la actuación mediante la actividad investigativa intromisiva del agente encubierto.

El agente debía intentar infiltrarse en una organización delictiva lo que tampoco ocurrió durante el tiempo que actuó como encubierto en el interior de la casa del acusado Juan Flores. Reconocen tanto el agente como su superior que durante los 11 días que trabajó en la pensión de propiedad de uno de los acusados no conoció al otro acusado, ni aún de nombre, pero como fue el que entregó la droga, supone que eran socios. Tampoco se apreciaron transacciones de droga ni se pudo comprobar la participación en actividades sospechosas con otros sujetos. Fue el agente encubierto quién si debía tener un socio en Rancagua interesado en la compra de droga - cuestión que le señaló al acusado para ganar su confianza luego que supuestamente el acusado le ofreciera droga para la venta -. El hermano, supuesto segundo integrante o ejecutor en esta organización familiar dedicada al tráfico, sólo se presenta por las exigencias que realizó el policía de no recibir o retirar directamente la droga para evitar una “mexicana”, cuestión que motivó las distintas llamadas para coordinar la entrega de la droga a través de Juan Flores Soza. No se pudo realizar labor de infiltración porque no existía la organización que se suponía investigada. Se concuerda con el Fiscal en que exigir que la organización de la que se trate tenga una estructura establecida permanente, bienes y medios materiales para realizar sus fines, podría hacer inoperante esa figura legal para nuestra realidad. Sin embargo, piensa esta juez que entre un cartel de la droga y un par de hermanos respecto de uno de los cuales se tenía conocimiento informal y no confirmado que se dedicaba al tráfico, existe un nivel intermedio de asociación para delinquir que justifique la autorización para actuar bajo la forma de agente encubierto.

La ausencia de antecedentes del supuesto delito que debía investigarse así como de organización en la que debía involucrarse el policía también puede colegirse de las operaciones que se realizaron durante la vigencia de la designación. El ofi-

cial a cargo señaló que el agente llevaba instrucciones de localizar a determinadas personas, pero como esas no se encontraban en la localidad se optó porque se abocara a buscar a otro de los que se nombraban. El carabinero Sepúlveda explicó que sus instrucciones consistieron en intentar infiltrarse, mantener al mando informado y abortar la misión en caso de riesgo personal. Tan clara es que la inexistencia de una supuesta organización, así como de antecedentes que justificaran que se cometía un delito que avalara la intervención mediante esta herramienta de investigación, que el Teniente Arancibia reconoce que como la infiltración no arrojó resultados positivos la misión terminó el día que al agente encubierto lo despidió el acusado. No obstante los resultados originales, los policías concuerdan que la operación fue positiva porque se logró concretar una operación de venta el 6 de julio de 2002, de 2 kilos de pasta base y la detención de los hermanos involucrados, agotándose en ese acto la investigación de la supuesta organización criminal.

Se podría decir que el agente encubierto se identifica particularmente con la figura del “funcionario – policía” adiestrado en la lucha contra la criminalidad compleja u organizada, quién en su labor investigadora utiliza una identidad falsa o supuesta, y que desde su posición velada se aboca a descubrir el entramado criminal, el delito y la responsabilidad penal de los involucrados en la organización. Esta herramienta junto a otras del diseño de modernas políticas criminales e instrumentos penales están destinadas a facilitar la persecución de las conductas vinculadas a la “narcocriminalidad”, reconocida por múltiples legislaciones principalmente a partir del Convenio de Viena de las Naciones Unidas de 1988 sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Ésta institución junto a los cooperadores eficaces, informantes y procedimientos de entregas controladas se encuentra principalmente bajo la tutela del órgano persecutor, quedando algunas de ellas inclusive al margen del control jurisdiccional durante la investigación, cuestión que las vuelve elementos especiales o no ordinarios de represión criminal. Es la naturaleza extraordinaria del referido medio, la que impone que a su respecto se satisfagan plenamente los presupuestos legales para su procedencia, lo que en este caso no ha ocurrido.

QUINTO: Opinando quién disiente que no se encontraba justificada la procedencia de la in-

tervención de un agente encubierto para el presente caso, corresponde ahora hacerse cargo de la forma como se estima que dicha designación devino en la afectación de las garantías consagradas constitucionalmente para los acusados.

La autorización de tipo administrativa permitió al agente policial ser tolerado en el domicilio del acusado Eduardo Flores Soza, el que era ocupado no tan solo por él, sino también por todo su grupo familiar y por los pensionistas que en él moraron ese mes de febrero. Si bien no dormía en el referido domicilio pasaba el día en el hogar del acusado Eduardo Flores, entrometiéndose en su vida doméstica y en la de su familia, escuchando sus comunicaciones, todo ello tolerado por el dueño de casa quién le permitió su acceso en la convicción de que se trataba de un trabajador dependiente.

De esta manera se vieron infringidos el respeto y la protección a la vida privada, a la honra de la persona y de la familia, la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada que consagran el artículo 19 N° 4 y 5 de la Constitución Política de la República, pues la actuación inmotivada del agente encubierto en la casa del acusado Eduardo Flores Soza constituyó una limitación a su derecho fundamental a la vida privada y el desarrollo de su vida familiar personal e íntima.

La restricción a las referidas garantías es permitida por el ordenamiento jurídico sólo bajo resolución motivada fundada y proporcional al derecho afectado, o bien por el ejercicio legítimo de otro de los derechos contenido en el catálogo del capítulo III de la Carta Fundamental. Aplicando de manera analógica los principios contenidos a propósito del tratamiento de las nulidades procesales penales puede concluirse que el solo impedimento al ejercicio pleno de las referidas garantías hace presumir la existencia de un perjuicio para el acusado Eduardo Flores Soza que habilitaría a desestimar el valor de los medios de cargo que se obtuvieron por la acción del agente encubierto, no compartiendo de tal manera las alegaciones del Fiscal quién señaló que era menester que la defensa rindiera prueba de la forma de afectación de las garantías constitucionales.

SEXTO: Las pruebas de cargo que presentó el Ministerio Público resultan todas emanadas de la intervención del agente encubierto de manera tal que realizando un ejercicio de supresión mental hipotética no existen evidencias independientes al

accionar del encubierto. Existe así una conexión de antijuricidad entre todas ellas, - además de la relación natural entre la intervención del agente y el procedimiento -, por lo que el tribunal no puede valorar en términos constitucionales exigibles la prueba aportada para atribuir la responsabilidad a ambos acusados, ni aún justificarlas a posteriori por el éxito de las diligencias de ellas se derivaron. Concluir de manera diferente supondría, a juicio de quién discrepa, que se vería lesionado el derecho al proceso con garantías, por lo que las pruebas presentadas (testimonios, peritajes y documentos) no tienen la entidad para constituir medios válidos y aptos para fundar una condena.

SÉPTIMO: La consideración de que la prueba de cargo aportada por la Fiscalía debe ser excluida o declarada inadmisibles resultó para el presente caso imposible, pues el tribunal oyó los testimonios de los testigos, se enteró de las conclusiones de los peritos y no se le puede pedir que no las admita cuando ello ya aconteció. Percibida la prueba rendida al tribunal solo le resta ponderarla dentro de la libertad que le confiere el artículo 297 del Código Procesal Penal, habiendo ya justificado las razones por las cuales se estimó que los hechos de la causa no podían ser probados con la prueba rendida por la Fiscalía.

Con relación a la imposibilidad de excluir la prueba ya autorizada por el juez de garantía, cobra importancia la discusión parlamentaria sobre el sentido que los legisladores pretendieron otorgarle al inciso segundo del actual 277. *“Causó preocupación en la Comisión la norma contenida en el inciso segundo, que permite al juez rechazar pruebas, sin que esta resolución pueda ser apelable, lo que podría dejar a una de las partes en la indefensión antes de empezar el juicio, especialmente en lo que dice relación con la prueba ilícita y aquellas que pueden estimarse dilatorias, porque van a quedar entregadas al criterio del Juez de Garantía sin revisión posterior. Entendió que el propósito obedece a que esta audiencia debe fijar el contenido del juicio oral, y precisamente se trata de evitar que el tribunal oral tome conocimiento de pruebas que no pueden ser utilizadas y pueda formarse un prejuicio, especialmente de las pruebas obtenidas por medios ilícitos, así como que un sistema de recursos demasiado amplio podría significar la paralización del proceso, porque todos apelarían ante cualquier prueba que se les suprima. Por ello se acordó establecer un recurso a favor sólo del fiscal para apelar ante la Corte de*

Apelaciones contra el rechazo de pruebas que provengan de diligencias declaradas nulas o hayan sido obtenidas con inobservancia de las garantías fundamentales. De esta forma se evita que el tribunal oral tome conocimiento de estas pruebas y se forme un juicio con elementos que después no podrá valorar”. (Diario de Sesiones del Senado. Historia de la ley 19.696; compilación de textos oficiales del debate parlamentario, página 646). Claramente la idea es que el tribunal del juicio solo debe abocarse al asunto principal evitando situaciones que prejuzguen su juicio, así como también les estaría vedado formarse un juicio con elementos de prueba que importen vulneración a los derechos fundamentales. Siendo este el caso, ya no por la vía de la exclusión si no por su valoración es que no puede arribarse a una sentencia condenatoria en el presente juicio. Concluir que el tribunal del juicio no tiene competencia para estimar que la prueba resultó obtenida con inobservancia a los derechos fundamentales y que la misma no puede ser cuestionada en cuanto a su aptitud para fundar la convicción de absolución o condena, pone en riesgo el sistema de garantías sobre el que se erigió como pilar la reforma procesal penal y transformaría a esos jueces del fondo en elementos simplemente decorativos en el proceso, tanto como los derechos consagrados por el texto constitucional.

Redactada por el Juez FRANCO REPETTO CONTRERAS y el voto disidente por su autora.

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

Pronunciada por los jueces Señor Franco Repetto Contreras, Jaime Medina Jara y Doña Carla Troncoso Bustamante. No firma la presente sentencia la Juez Carla Troncoso Bustamante, no obstante haber concurrido al acuerdo, por encontrarse ausente, en conformidad a lo prevenido por el Artículo 37 del Código Procesal Penal.

Santiago, cinco de Junio de dos mil tres.

VISTOS:

En estos antecedentes Rol Único 0200081656-9 del Juzgado Oral de Calama el Ministerio Público representado por el Fiscal don Cristián Aliaga Ayarza presentó requerimiento en contra de Juan Flores Soza y Eduardo Flores Soza

por la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, previsto en el artículo 5º de la ley 19.366 y sancionado en el artículo 1º inciso 1º de dicha ley, perpetrado el día 6 de Julio de 2002, llevándose a cabo la audiencia del juicio oral con fecha 1º de Abril de 2003 relativa a los autos Rol Interno Nº 4-2003; después de realizada la audiencia oral, con fecha 6 de Abril de 2003 se dictó sentencia condenatoria en contra de ambos imputados, condenándose a cada uno de ellos a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, a las accesorias legales correspondientes, eximiéndoseles del pago de la multa que contempla el artículo 1º de la referida ley 19.366, pero condenándoseles al pago de las costas de la causa, negándoseles, asimismo, beneficios de la ley 18.216 atendido a lo dispuesto por el artículo 40 de la ley de drogas. Consta asimismo, por la certificación correspondiente, que con la misma fecha del fallo, se realizó la audiencia de lectura de sentencia.

En contra de este fallo la defensa del imputado Eduardo Flores Soza dedujo recurso de nulidad basado en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, esto es, en cuanto en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido substancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

A su vez, en contra de la sentencia del Tribunal Oral la defensa del imputado Juan Flores Soza también dedujo recurso de nulidad, el primero fundado en la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, y el segundo, subsidiariamente, sustentado en la causal del artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal, esto es, cuando la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo prescrito en el artículo 341 de igual texto.

A fs 100 y 101, con fecha 17 de Abril de 2003, se concedieron los recursos de nulidad y por resolución de esta Corte de fecha 13 de Mayo pasado se declararon admisibles, verificándose la audiencia pública el día 19 de Mayo del año en curso, con los alegatos de los defensores de ambos imputados y del Ministerio Público.

Concluido el debate, se citó a los recurrentes para oír sentencia a la audiencia del día 5 de Junio de 2003.

TENIENDO PRESENTE.

En cuanto al recurso de nulidad de Eduardo Flores Soza.

1.- Que en el recurso de nulidad que se analiza se sostiene por el recurrente que se han infringido los derechos constitucionales de su defendido, por las siguientes razones: a) Por haberse negado el Tribunal Oral a pronunciarse sobre la ilicitud de una prueba, consistente en el testimonio del agente encubierto Carabinero Juan Sepúlveda Riffo, por habersele designado en forma irregular y sin cumplir con las exigencias del artículo 34 de la ley 19.366; b) Por haberse infringido las garantías constitucionales del imputado contenidas en los Nºs 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución Política, esto es, el respeto y protección a la vida privada y pública y la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada; y c) Por haberse infringido la garantía de un debido proceso, contenida en el inciso 5º del número 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, al haberse aceptado una prueba ilegítima.

2.- Que en cuanto a la alegación señalada en a) del motivo precedente, debe tenerse presente que el Tribunal Oral en su sentencia de 6 de Abril, considerando Décimo Quinto, estableció que era el Juez de Garantía, en la preparación del juicio oral, el único con competencia para pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de una prueba ofrecida si resuelve que proviene de actuaciones o diligencias que hubieren sido obtenidas con inobservancia de las garantías fundamentales, lo que es concordante con lo dispuesto en el artículo 276 inciso 3º del Código Procesal Penal, lo cual no es óbice para que el juzgador pueda no considerarla idónea para lograr su convicción y, en este caso concreto, no la estimó ilícita en la libre apreciación que le entrega la ley, y en este sentido no ha existido la infracción que se denuncia, como se expresará más adelante;

3.- Que en relación con esta misma materia, cabe tener presente que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la ley 19.366, por **agente encubierto** se entiende al funcionario policial que, debidamente autorizado por sus superiores, oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictivas simulando ser parte de ellas o estar interesado en la comisión del delito que se investiga, con el propósito de identificar a los partícipes o recoger las pruebas que servirán de base al proceso penal, y se encuentra debidamente acreditado, fuera de toda duda, que al haber recibido Carabineros de Chile una denuncia en la Segunda Zona Policial de Antofagasta de que

existía una red de tráfico de estupefacientes en la localidad de San Pedro, el Teniente de ese cuerpo policial don Marcos Arancibia Olivera informó de ello a la Fiscalía de Calama con el objeto de iniciar una investigación, designando él mismo, en su calidad de Jefe de OS-7 de Calama, al Carabinero Julio Sepúlveda Riffo, recién llegado a la zona, y poco conocido por lo tanto, como Agente Encubierto para que viajara a San Pedro de Atacama con las finalidades establecidas en el artículo 34 de la ley 19.366.

4.- Que debe tenerse presente que el agente encubierto puede introducirse en las organizaciones delictivas, -que no son necesariamente las asociaciones ilícitas a que se refiere el artículo 22 de la ley-, mostrarse interesado en la comisión del delito de tráfico, identificar a los partícipes y recoger las pruebas que servirán de base al proceso penal, diligencias todas que el Agente Julio Sepúlveda Riffo realizó después de ser comisionado para tal efecto por la Resolución N° 2, de 4 de Febrero de 2002, contactándose con el imputado Eduardo Flores Soza, a cuyo servicio entró a trabajar en una pensión que mantenía en San Pedro de Atacama, y donde éste último le informó que proveía de droga a diversos restaurantes y hoteles de esa localidad, mostrándose interesado el Agente en la adquisición de droga, quedando Flores de comunicarle con posterioridad cuando recibiera una cantidad importante.

5.- Que finalizada su relación laboral con Flores Soza a partir del 25 de Febrero, el Agente informó a sus superiores y posteriormente, al recibir una llamada de Eduardo Flores Soza para la venta de 2 kilos, aproximadamente, de pasta base de cocaína, se organizó el operativo que culminó con la detención de éste y de su hermano Juan Flores Soza que fue el encargado de entregar el estupefaciente por encargo de su consanguíneo.

6.- Que en consecuencia, adicionalmente fuera de no ser competente el Tribunal Oral para declarar la improcedencia de una prueba, ésta cumplía con todas las exigencias que el artículo 34 de la ley 19.366 establecía, por lo que el primer motivo de nulidad debe ser rechazado.

7.- Que el segundo motivo invocado por la defensa del imputado dice relación con la infracción a las garantías constitucionales que los N°s 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República le confieren, esto es, el respeto y protección a la vida privada y pública y la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, la que se hace consistir en haber ingresado a la vivienda

del imputado y haberse enterado de su vida familiar para los fines de la investigación que realizaba.

8.- Que no resulta efectiva esta afirmación, pues como el propio voto de minoría del Tribunal Oral reconoce que Juan Carlos, o el Agente Encubierto, no dormía, o sea, no vivía en el referido domicilio, sirviendo solamente como empleado al imputado en el trabajo de una pensión que administraba en el pueblo de San Pedro de Atacama. En consecuencia, no existía intrusión en la vida privada del imputado, y por lo tanto, no existe infracción a las garantías constitucionales reclamadas.

9.- Ahora bien, si una de las funciones primordiales del Agente Encubierto es infiltrarse en las organizaciones delictivas, qué manera entonces podría investigar mejor a un presunto narcotraficante que empleándose a su servicio?

De esta sola interrogante resulta evidente que el accionar del Carabinero Julio Sepúlveda Riffo designado como Agente Encubierto resultó legítima, pues, adicionalmente, no provocó ni indujo a la venta de la droga, sino que solo demostró interés-lo que la ley considera lícito- cuando el imputado le comentó que abastecía de droga a los restaurantes y hoteles de la localidad, lo que llevó al condenado a ofrecerle un cargamento de dos kilos de estupefaciente para su adquisición.

10.- Que el tercer aspecto que plantea la defensa de Eduardo Flores Soza en la infracción de las garantías constitucionales es la del debido proceso, contenida en el inciso 5° del N° 3 del artículo 19 de la Constitución, al aceptar una prueba viciada en el juicio oral.

11.- Que, como se ha establecido con anterioridad, la prueba objetada como ilícita era absolutamente legítima pues el nombramiento y la actividad del Agente Encubierto cumplió con todos los requisitos establecidos en el artículo 34 de la ley 19.366.

En cuanto al recurso de nulidad de Juan Flores Soza.

12.- Que en el recurso de nulidad que se analiza se sostiene por el recurrente que se han infringido sus derechos constitucionales por las siguientes razones: a) Por haberse infringido la garantía de un debido proceso, contenida en el inciso 5° del número 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, al haberse aceptado una prueba ilegítima, consistente en la que aportó el Agente Encubierto, y b) Que se infringieron las garantías constitucionales establecida en los números 4 y 5 del artículo 19 de la Cons-

titución Política de la República, esto es, el respeto y protección a la vida privada y pública y la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.

13.- Que en orden a la infracción de la primera garantía señalada en el acápite precedente, esto es, haber aportado al juicio oral una prueba ilegítima e ilícita en relación con la actuación del Agente Encubierto, pues no se habrían cumplido con las exigencias que establece el artículo 34 de la ley 19.366, este tema ya se ha resuelto en las consideraciones 2) a 6) precedentes, donde se demostró que el accionar del funcionario policial cumplió con todas las exigencias establecidas por la normativa legal, y que éste en ningún momento actuó como agente provocador.

14.- Se agrega, adicionalmente, que el Tribunal Oral debió haberse hecho cargo de la alegación de la ilicitud de la prueba, pero como se ha analizado en el motivo 2) de este fallo, correspondía al Juez de Garantía hacer la declaración que señala la defensa del imputado, ya que al primero solo le correspondía valorar la prueba rendida en conformidad con lo establecido en el artículo 297 del Código Procesal Penal y no declarar la ilicitud de una prueba ya aprobada por el Juez de Garantía, por lo que este motivo de nulidad debe rechazarse.

15.- Que en cuanto a la segunda alegación sobre la misma causal, en el sentido de haberse infringido las garantías constitucionales señaladas en los números 4 y 5 del artículo 19 de la Carta Fundamental, no existe ninguna explicación de que manera pudo ella producirse, ya que como aparece de la sentencia Juan Flores Soza no era conocido del Agente Encubierto, tenía su domicilio y residencia en el pueblo de Toconao y el Agente supo de su existencia cuando Eduardo Flores Soza le informa que la droga la tenía su hermano en la localidad ya señalada y que debía ir a retirarla desde ese lugar, a lo que el Agente se negó por temor a una quitada del dinero que portaba. Posteriormente, en horas de la noche, nuevamente Eduardo Flores Soza se comunica con él, informándole que su hermano había llegado con la droga desde Toconao y que debían encontrarse en las inmediaciones de la sede vecinal de la Población Licancabur, y presentándose Juan Flores en

ese lugar, le indicó que la droga no la llevaba pero que estaba en una casa cercana, negándose el Agente a concurrir a dicho lugar por el peligro ya señalado, retirándose Juan Flores quién regresó nuevamente al poco rato, ahora con la droga, siendo detenido.

16.- Que como puede colegirse de los hechos del proceso, el Agente encubierto no conocía a Juan Flores Soza, nunca visitó su casa y menos pudo haberse involucrado en su vida privada, por lo que esta alegación también debe desestimarse.

17.- Que subsidiariamente la defensa de Juan Flores Soza recurre de nulidad por la causal del artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal, esto es, en que la sentencia se hubiere dictado con infracción del artículo 341 del mismo cuerpo legal, por habersele acusado como autor del delito de tráfico de estupefacientes en conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 N° 3 del Código Penal y se le condenó como autor del mismo ilícito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 N° 1 del Código Penal, decisión que iría contra el principio de congruencia.

18.- Que tampoco podrá acogerse esta alegación, pues la acusación se le hizo como autor y se le condenó en la misma calidad, sin que ello pueda significar infracción a lo señalado en la disposición del artículo 341 del Código Procesal Penal.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 376 y 384 del Código Procesal Penal y demás disposiciones citada, **SE RECHAZAN** los recursos de nulidad interpuestos por don Fernando Mardones Vargas a fs 136 (fs 38) en representación del imputado Eduardo Flores Soza y don Fernando Centellas Contreras a fs 197 (fs 69) en representación de Juan Cancio Flores Soza, en contra de la sentencia de seis de Abril de dos mil tres dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Calama en la causa Rol Único 0200081656-9 escrita a fs 87 (fs 1) y siguientes, la que no es nula.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro don José Luis Pérez Zañartu.

N° 1496-03.

- **Rechaza recurso de queja interpuesto por la Defensa.**

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

La Fiscalía interpuso un recurso de nulidad en contra de la sentencia que en procedimiento simplificado absolvió al imputado. Fundó su recurso en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por cuanto, al tenor del artículo 395 del mismo código, al haber admitido responsabilidad el acusado sólo procedía dictar una sentencia condenatoria. La Corte de Apelaciones acogió el recurso haciendo suyos los argumentos del Ministerio Público, dictando la correspondiente sentencia de reemplazo. La Defensa interpuso un recurso de queja en contra de las sentencias dictadas por la Corte de Apelaciones. La Corte Suprema declaró que el recurso era improcedente en virtud de lo dispuesto en los artículos 387 del Código Procesal Penal y 545 del Código Orgánico de Tribunales.

Texto completo:

Coyhaique, diecinueve de Noviembre de dos mil tres.

VISTOS:

En estos antecedentes RIT 353-2002, RUC N° 0300076600-2, procedimiento simplificado por delito de receptación, don Alfonso Javier Díaz Cordero Fiscal Adjunto del Ministerio Público, deduce recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada de fecha 25 de Septiembre de 2003 por el Juez de Garantía don Mario Enrique Devaud Ojeda, mediante la cual absuelve al imputado Paulo Andrés Medina Hinostriza del cargo formulado en su contra de ser autor del delito de receptación de especies de propiedad de don Alfredo Jara Escobedo perpetrado el 28 de Mayo de 2003 en esta ciudad.

Invoca como causal del recurso la errónea aplicación del derecho, que al concurrir a alegar en estrados puntualiza en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, errónea aplicación del artículo 395 del Código Procesal Penal.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurrente sostiene que el error de derecho consiste en que el Juez absolvió al imputado de ser autor del delito de receptación previsto en el artículo 456 bis A) del Código Penal no obstante haber éste admitido responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento efectuado en procedimiento simplificado, en circunstancia que de acuerdo con el artículo 395 del Código Procesal Penal, aplicable al caso, debió dictar sentencia condenatoria ya que tal disposición legal, aten-

dido su tenor literal, no prevee la posibilidad de una sentencia absolutoria cuando se admite responsabilidad.

Expone que consta del acta de la audiencia de 25 de septiembre de 2003, que conforme a las normas del procedimiento simplificado el Ministerio Público requirió al imputado Paulo Andrés Medina Hinostriza por el delito de receptación, a fin de que fuese condenado a la pena de 41 días de prisión en su grado máximo y demás penas accesorias. El imputado, al preguntarle el tribunal si admitía responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento, respondió que sí admitía responsabilidad en los hechos.

Señala que el contenido del requerimiento en el siguiente: "El Juez señala que el objeto de la presente audiencia es realizar la correspondiente a procedimiento simplificado que se decretó el 3 de Septiembre de 2003. Se fijó para el día 25 de Septiembre a las 10,00 horas. En este juicio se sustituyó el procedimiento, de modo que es su oportunidad, esto es, el 3 de septiembre de 2003, el señor Fiscal requirió en forma verbal y de conformidad al artículo 391 del Código Procesal Penal, al imputado Paulo Andrés Medina Hinostriza, lo individualizó, exponiendo que: "El 28 de Mayo de 2003 alrededor de las 10,35 horas, en la vía pública el imputado llevaba puestas unas zapatillas color negro con amarillo, no pudiendo menos que saber que estas especies provenían de un hurto, ocurrido con fecha 21 de Mayo de 2003 y que fueron evaluadas por su dueño don Alfredo Jara Escobedo en la suma de

\$ 25.000. Que la disposición legal infringida es a del artículo 456 bis A) del Código Penal, estos es, delito de receptación. Los antecedentes en que funda la imputación son. Parte Policial del 21 de Mayo de 2003; declaración de preexistencia y dominio; declaración del imputado; acta de reconocimiento de especies; parte policial de fecha 28 de mayo de 2003; y declaración de testigos. Al imputado le favorece la atenuante del artículo 72 del Código Penal y la prevista en el artículo 11 N° 6 del mismo texto legal, razón por la cual solicita una pena de 41 días de presidio menor en su grado máximo, mas las accesorias legales". El Juez hace presente que el delito por el que se ha requerido, esto es, receptación, tiene una pena de presidio menor en cualquiera de sus grados, esto es, de 61 días a 5 años, y multa de cinco a veinte unidades tributarias mensuales, de modo que eventualmente es posible que al imputado se le imponga una pena privativa de libertad".

Expresa que de la sola lectura de los hechos expuestos por el señor Juez de Garantía se aprecia que se encuentran contemplados todos los elementos que tipifican el tipo penal previsto en el artículo 456 bis A) del Código Penal, y al admitir responsabilidad, implica reconocer y aceptar por parte del imputado que existe responsabilidad en los hechos descritos en procedimiento simplificado y que aceptó ser sancionado por el ilícito; que el artículo 395 del Código Procesal Penal previene como consecuencia inmediata de responsabilidad, la dictación de una sentencia condenatoria; que el mismo artículo citado, por su propio tenor literal, no contiene ni dispone la posibilidad de una sentencia absolutoria en caso de admitirse responsabilidad; que sostener la posibilidad de absolver habiendo admisión de responsabilidad, en un procedimiento simplificado, implica desnaturalizar completamente la institución de la admisión de responsabilidad; que si el imputado pretendiese ser absuelto, debería haber solicitado la realización del juicio; que resulta insubsanablemente contradictorio que el imputado admita responsabilidad penal en los hechos y por otra parte el tribunal absuelva; que con la admisión de responsabilidad resulta innecesario rendir pruebas y, por ende, al absolver al imputado por falta de acreditación de algún elemento del tipo penal, el tribunal contraviniendo el texto expreso de la ley, ha creado una "trampa procesal" en abierto perjuicio a la Fiscalía y en claro beneficio al imputado; y la contravención denunciada ah influido

sustancialmente en la decisión del tribunal, ya que sin ella debió condenarse el imputado como autor del delito de receptación.

Solicita por último que se acoja el recurso y se invalide el juicio y la sentencia, con costas.

SEGUNDO: Que el artículo 395 del Código Penal, contenido dentro del procedimiento simplificado y aplicable al presente caso, al disponer que una vez efectuado al imputado una breve relación del requerimiento, o de la querrela en su caso, el tribunal preguntará a éste si admite responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento o si, por el contrario, solicita la realización del juicio, ha establecido un procedimiento brevísimo denominado de resolución inmediata que coloca a éste ante la disyuntiva de optar que se dicte de inmediato sentencia en que se le imponga la pena correspondiente o que se siga el juicio en la forma dispuesta por el artículo 396 del Cuerpo Legal Citado.

TERCERO: Que, aparece de los antecedentes y de lo expuesto por los intervinientes, que en la audiencia del juicio oral simplificado al preguntársele al imputado Paulo Andrés Medina Hinojosa si admitía responsabilidad en el hecho punible que se le atribuye y por el cual fue requerido, éste respondió que sí admitía responsabilidad haciendo uso así de la primera opción. Sin embargo el Juez de Garantía en vez de dictar de inmediato sentencia condenatoria aplicando la pena correspondiente, lo absolvió por estimar que el delito de receptación sólo se configura en la medida en que se encuentre acreditado el delito respecto del cual provienen las especies, esto es, el hurto.

Al proceder de esta forma, el tribunal ha aceptado tácitamente lo argumentado en estrados por la Defensoría Penal Pública en el sentido que para tener por acreditado en este caso el delito de receptación es previo que se hubiera acreditado el "delito madre" que es el hurto y, además, que el hecho que el imputado reconozca responsabilidad en los hechos no significa que reconozca también responsabilidad en la calificación jurídica del requerimiento, este último constitutivo de un elemento subjetivo del tipo cuya determinación corresponde al tribunal.

CUARTO: Que, sin embargo, en el presente caso y de acuerdo con lo señalado en los considerandos Segundo y Tercero que anteceden, habiendo el imputado admitido responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento sólo cabe dictar sentencia condenatoria, tanto porque así lo

dispone el claro tenor del artículo 395 inciso 2 del Código Procesal Penal que en tal evento impone el Juez el deber de dictar sentencia de inmediato aplicando la pena de multa, a menos que concurrieren antecedentes calificados que justifiquen la imposición de una pena de prisión, cuanto porque el hecho de reconocer el imputado su responsabilidad constituye un acto de auto incriminación y renuncia al juicio, aceptando con ello necesariamente una sentencia condenatoria, tal cual lo ha estimado la jurisprudencia de nuestros tribunales (Corte Suprema, 30 de abril de 2003, Rev. Procesal Penal N° 10 Junio 2003, pág. 45 a 55).

QUINTO: Que, por otra parte, no resulta válida para este caso la alegación de la Defensoría Penal Pública en el sentido que el hecho de reconocer su responsabilidad en los hechos no significa también reconocer responsabilidad en la calificación jurídica del requerimiento, toda vez que consistiendo la responsabilidad en la obligación jurídica de un individuo imputado y culpable de sufrir la sanción impuesta por la ley al delito de que se trata, el hecho de admitir o reconocer responsabilidad importa tanto el reconocimiento de los hechos constitutivos del delito como de su culpabilidad, que es el elemento subjetivo del tipo, ambos supuestos necesarios de la responsabilidad, de manera que si admite ésta es porque reconoce también aquéllas.

Tampoco resulta pertinente, la argumentación en el sentido que el delito de receptación sólo se configura cuando está acreditado el delito respecto del cual provienen las especies o "delito madre" que es el hurto, por tratarse de un procedimiento denominado de resolución inmediata. Dicha alegación podría eventualmente ser válida en la hipótesis de que el juicio siguiera adelante y hubiere de recibirse prueba sobre hechos y circunstancias del mismo más no en este procedimiento.

SEXTO: Que de esta manera, habiéndose establecido en la especie que en la audiencia respectiva del procedimiento de resolución inmediata, luego de la advertencia sobre las penas a que podría ser condenado, entre ellas una de privación de libertad, el imputado admitió su responsabilidad en el delito de receptación previsto y sancionado en el artículo 456 bis A) del Código Penal por lo que de conformidad con el artículo 395 del Código Procesal Penal sólo cabía dictar de inmediato sentencia condenatoria, no obstante lo cual el Juez con errada aplicación del derecho lo absolvió, vicio que ah

influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que de haberse aplicado correctamente la norma legal correspondiente al procedimiento concentrado de le habría condenado a una pena de multa; y se ah incurrido así en la causal de nulidad del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y visto, además lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b) y 385 del Código Procesal Penal, se ACOGE el recurso de nulidad deducido de fojas 68 a 72 por don Adolfo Javier Díaz Cordero, Fiscal Adjunto del Ministerio Público, en contra de la sentencia definitiva de veinticinco de Septiembre de dos mil tres, escrita de fojas 63 a 65, la que se deja sin efecto; y a continuación, de inmediato y por separado se dicta la correspondiente sentencia de reemplazo.

Notifíquese, regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Titular don Pedro Leña, Licancura, quien no firma por encontrarse ausente en comisión de servicio

Rol Corte N° 75-2003-

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Coyhaique, diecinueve de Noviembre de dos mil tres.

VISTOS:

Se reproduce, de la sentencia de fojas 63 a 65, su fundamento primero.

Y TENIENDO ADEMÁS PRESENTE:

Primero: Que, consta de los antecedentes que en la audiencia de juicio oral simplificado de fecha 25 de Septiembre de 2003, luego que el tribunal hiciera una breve relación del requerimiento en el que se la sindicaba como autor del delito de receptación previsto en el art. 456 bis A) del Código Penal y de advertirle acerca de la posibilidad de imponerle una pena privativa de libertad, el imputado admitió su responsabilidad penal en el ilícito, por lo que de conformidad con el artículo 395 del Código Procesal Penal y no divisándose al mismo tiempo que concurra antecedentes calificados que justifiquen la imposición de una pena de prisión, procede aplicársele únicamente la pena de multa.

SEGUNDO: Que siendo el imputado responsable en calidad de autor del delito de receptación, castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de cinco a veinte unidades tributarias mensuales y que, por aplicación del procedimiento simplificado de resolución inme-

diata y por concurrir las circunstancias referidas en el motivo precedente, sólo corresponde imponer la pena de multa, y ésta, por no concurrir en el hecho atenuantes ni agravantes, el tribunal puede recorrerla en toda su extensión, optando por imponerla en su mínimo atendida la menor extensión del daño causado, al recuperarse por su dueño las especies.

TERCERO: Que, por otra parte, de los antecedentes no aparecen indicios favorable que hagan aconsejable la suspensión de la pena, por lo cual el imputado deberá pagar la multa que se le impondrá.

CUARTO: Que, en cambio, de acuerdo con el artículo 70 del Código Penal procede autorizar al sentenciado al pago de la multa mediante cinco parcialidades dada su limitada facultad económica evidenciada por el hecho de carecer de oficio conocido.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 14, 15, 24, 68 y 70 del Código Penal; y 388, 395 y 398 del Código Procesal penal, se declara:

1.- **Que se condena la imputado Paulo Andrés Medina Hinostroza, cédula de identidad N° 16.003.505-6**, al pago de una multa equivalente a cinco unidades tributarias mensuales, que deberá pagar en cinco mensualidades iguales y sucesivas desde que quede ejecutoriada esta sentencia, y al pago de las costas de la causa, como autor del delito de receptación, perpetrado el 28 de Mayo de 2003 en la ciudad de Coyhaique.

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

3.- Que no se suspende la pena de multa y sus efectos, impuesta al imputado.

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

Notifíquese, Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Titular don Pedro Leñam Licancura, quien no firma por encontrarse en comisión de servicio.

Rol Corte N° 75-2003.-

Santiago, veintidós de diciembre de dos mil tres.

Vistos y teniendo presente:

La naturaleza jurídica de la resolución que se pronuncia sobre un recurso de nulidad y lo dispuesto en los artículos 387 del Código Procesal Penal y 545 del Código Orgánico de Tribunales, se declara improcedente el recurso de queja interpuesto en lo principal de fojas 26 en contra de las sentencias de diecinueve de noviembre del año en curso, cuyas copias rolan de fojas 3 a 9 y de fojas 10 a 13 de estos antecedentes.

Al primer otrosí, estése al mérito de lo resuelto; al segundo, a sus antecedentes; al tercero, téngase presente y al cuarto, venga en forma. Regístrese y archívese.

Rol N° 5306-03

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Enrique Cury U., José Luis Pérez Z., Milton Juica A., y los abogados integrantes Sres. Fernando Castro A. y Emilio Pfeffer P.. Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Marcela Paz Urrutia Cornejo.

- **Resuelve la cuestión de competencia, en voto dividido, estableciendo que el Tribunal competente para conocer del porte de armamento prohibido es el Juzgado Militar.**

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

En el marco de una investigación por los delitos de robo con violencia y homicidio frustrado en los que se utilizó armamento prohibido (artículo 3 de la Ley 17.798), el Fiscal Adjunto de Ovalle remitió los antecedentes referidos al armamento al Segundo Juzgado Militar de Santiago. El Juez Militar declinó la competencia en virtud de lo dispuesto por el artículo 18 letra d) de la Ley 17.798. El Fiscal insistió en su incompetencia, porque si bien el artículo mencionado por el Juez Militar establece una excepción, la letra e) del mismo artículo establece una contraexcepción que establece la competencia de los juzgados militares en el conocimiento de las causas originadas en el uso de armas prohibidas. La Corte Suprema acordó, en votación dividida, que la competencia le correspondía al Juzgado Militar. El voto de minoría estimó que, en virtud de lo establecido en el artículo 18 letra d) de la Ley 17.798, el competente para investigar era el Fiscal.

Texto completo:

Ovalle, lunes 24 de noviembre del 2003.

Teniendo presente:

1° Que el Ministerio Público investiga la existencia de un delito de robo con violencia y un homicidio frustrado, en cuya comisión se emplearon **2 fusiles automáticos** M 16, que el informe pericial balístico califica de armamento prohibido, al tenor del artículo 3° de la Ley 17.798, como se lee a fojas 146.

2° Que en virtud de ello, el suscrito separó investigación respecto del porte de dicho armamento prohibido, ilícito previsto en el artículo 3° y sancionado en el artículo 14 de la Ley 17.798; y en consecuencia, se declaró incompetente, remitiendo los antecedentes a la justicia castrense.

3° Que con esta fecha se ha recibido en esta Fiscalía Local la referida causa, por haber resuelto el señor Juez del 2° Juzgado Militar de Santiago, declinar la competencia atribuida, exclusivamente en atención a lo dispuesto en el artículo 18 d) de la Ley 17.798.

4° Que este Fiscal no comparte el argumento en que se apoya la resolución del señor Juez Militar, por lo siguiente:

a) El artículo 18 de la referida Ley de Control de Armas y Explosivos establece que los delitos previstos en sus artículos 9°, 11 y 14-A (porte, tenencia y abandono de armas de fuego) son

de competencia de los Tribunales Ordinarios, con arreglo a las normas del Código Procesal Penal. Sin embargo, su inciso 2° dispone que los demás delitos contemplados en esa Ley, son de competencia de los Tribunales Militares, *por regla general*, de acuerdo a las ciertas normas especiales.

b) Dentro de ellas, se encuentran las letras d) y e) del artículo 18; a la primera se refiere el señor Juez Militar, no así a la segunda.

c) El artículo **18 d)** aludido, establece una excepción a la regla general de competencia de la Justicia Militar para conocer del resto de los delitos de dicha Ley; al señalar que, si inicia la investigación de un delito común, se estableciere la perpetración de cualquier delito contemplado en la Ley 17.798, serán competentes para conocer de él, los Tribunales Ordinarios. Ese es el fundamento de la declinatoria de competencia del señor Juez Militar.

d) Pero el artículo **18 e)** mencionado, establece una contra-excepción, referida expresamente a los delitos de los artículos 3° y 8° de la Ley de Control de Armas. En virtud de ella, la competencia para conocer del porte de armamento prohibido (también llamado de guerra) y la formación de milicias, es de conocimiento de los Tribunales Militares, ya que ordena al Fiscal del Ministerio Público, dar cuenta a la Comandancia de Guarnición, para que siga el proceso correspondiente. Esta es la norma omitida por el señor Juez Militar.

5° Que entender que la Justicia Ordinaria conoce también de los delitos de los artículos 3° y 8° de la Ley 17.798, conduce a negar de todo efecto a las letras **b) y e)** del artículo 18. Así, la segunda sería superflua, ya que no se ve el motivo para que el Fiscal dé cuenta de la comisión del delito que nos ocupa, a la Comandancia de la Guarnición Militar, *para que se siga el proceso correspondiente*, como no sea para efectuar el requerimiento o denuncia. Y entonces, se aplica la norma de la letra **b)** del artículo en comento, que da competencia para conocer de la causa al Tribunal de la Institución a la cual pertenezca el denunciante. Cabe señalar que este Fiscal dio cuenta al Comandante de la Guarnición Militar de La Serena.

6° Que las cuestiones de competencia entre un Juzgado Militar y un Fiscal no tienen una regla legal especial para ser dirimidas, en virtud de lo cual se aplicará por analogía aquella contenida en el artículo 70-A, numeral 6°, del Código de Justicia Militar; y considerando además, el artículo 79 inciso 3° de la Constitución Política de la República, se remitirán los antecedentes a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

7° Que por otro lado, resulta improcedente haber puesto a disposición de este Fiscal al imputado en prisión preventiva, por cuanto ello implica atribuirle funciones de carácter jurisdiccional, que le están vedadas al Ministerio Público.

Por los argumentos y citas legales expuestos,

DECIDO:

1. Se insiste en la incompetencia resuelta por este Fiscal.

2. Téngase por trabada cuestión de competencia con el 2° Juzgado Militar de Santiago, y remítanse los antecedentes a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia. Oficiése.

3. Transcribábase esta decisión al 2° Juzgado Militar de Santiago, y a la Fiscalía Militar Letra-

da de La Serena, *para el efecto de resolver sobre la prisión preventiva del imputado, por esta causa*. Oficiése.

Déjese copia de esta decisión y de las resoluciones del Juzgado Militar y la Fiscalía Militar, en la carpeta.

Rol 0300096259 - 6.

Jorge Cartagena Novoa
Fiscal Adjunto

Santiago, veintidós de enero de dos mil cuatro.

Vistos:

Atendido el mérito de los antecedentes, lo dispuesto en el artículo 18 letra e) de la Ley 17.798 Sobre control de Armas y artículo 8° transitorio del Código Orgánico de Tribunales, y oída la Sra. Fiscal Judicial, se declara que es competente para conocer de estos autos el Segundo Juzgado Militar de Santiago, a quien deberán remitírsele los antecedentes.

Acordado con el voto en contra del Ministro Sr. Chaigneau y del Abogado Integrante Sr. Castro, quienes teniendo en consideración lo preceptuado en el artículo 18 letra d) de la Ley que regula la materia, fueron de opinión de declarar que es competente para conocer de este asunto el

Comuníquese lo resuelto al Fiscal Local del Ministerio Público de la ciudad de Ovalle.

Regístrese y devuélvase.

Rol 5192-03.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Enrique Cury U., José Luis Pérez Z., Milton Juica A., el abogado integrante Sr. Fernando Castro y el Auditor General del Ejército Sr. Juan Romero R.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Marcela Paz Urrutia Cornejo.

- **Determina que la competencia para el estudio de daños materiales de vehículos policiales es de la Justicia Militar.**

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

El Segundo Juzgado Militar de Santiago se declaró incompetente en la averiguación de un delito de daños fiscales, fundado en que el vehículo no correspondía a las especies a que se refiere el artículo 353 del Código de Justicia Militar, remitiendo los antecedentes a la Fiscalía Regional de Coquimbo. El Fiscal Regional devolvió los antecedentes al Juzgado Militar, por estimar que los hechos investigados sí correspondían al ilícito penal descrito en el artículo 353 del Código de Justicia Militar. La Corte Suprema resolvió que, en virtud de los artículos 353, 426 y 435 del Código de Justicia Militar, era el Juzgado Militar de Santiago el competente para conocer de la causa.

Texto completo:

**MINISTERIO PÚBLICO
FISCALÍA REGIONAL
IV REGION COQUIMBO**

RESOLUCIÓN. Nº 573 /

ANT.: Oficio N°487 de 17 de junio de 2003

MAT:Causa Rol 1399-2002 por Daños.

LA SERENA, 24 de julio de 2003

**DE: VÍCTOR HUGO VILLARROEL
VALENZUELA
FISCAL REGIONAL DE COQUIMBO**

**A: FISCALÍA MILITAR EJERCITO Y CARABINEROS
LA SERENA**

1.- Se ha recibido en esta Fiscalía Regional oficio en referencia, mediante el cual ha enviado a esta Fiscalía Regional la carpeta de los antecedentes de la causa Rol N°1399-2002 instruida en averiguación del delito de Daños Fiscales imputados a Víctor Guerra Arellano, fundado en la resolución dictada por el Segundo Juzgado Militar de Santiago que con fecha 15 de Mayo de 2003 se declaró incompetente para seguir conociendo, fundado en que el vehículo dañado objeto de la investigación no corresponde a aquellas especies a que se refiere el artículo 353 del Código de Justicia Militar.

2.- Que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 5, 6, 353, 405, 426 y 429 del Código de Justicia Militar, y estimando que el vehículo policial perteneciente a Carabineros de Chile que sufrió los daños materiales se encuentra dentro del concepto definido en el artículo 353 del Código de Justicia Militar, se devuelven los antecedentes correspondientes a la causa Rol N°1399-2002 por estimar que el Ministerio Público no tiene facultades para investigar estos hechos, por tratarse de un delito militar de competencia de la justicia militar (así fue resuelto por la Corte Marcial en fallo en causa Rol 151-97)

3.- Por lo expuesto y normas legales citadas, se devuelve carpeta de investigación Rol N°1399-2002 por Daños a Vehículo de Carabineros de Chile, por estimarse que los hechos investigados son constitutivos del tipo penal descrito en el artículo 353 del Código de Justicia Militar.

Saluda atentamente a Ud.,

VÍCTOR HUGO VILLARROEL VALENZUELA
FISCAL REGIONAL

Santiago, once de marzo de dos mil cuatro.

Vistos:

Atendido el mérito de los antecedentes, lo informado por el Sr. Fiscal Subrogante y lo dispuesto en los artículos 5 N° 1, 353, 426 y 435 del Código de Justicia Militar, artículo 90 de la Constitución Política de

la República y artículo 191 inciso 3º del Código Orgánico de Tribunales, se declara que es competente para conocer de estos autos el II Juzgado Militar de Santiago, a quien deberán remitírsele los antecedentes. Comuníquese lo resuelto a la Fiscalía Regional del Ministerio Público de la IV Región de Coquimbo. Regístrese y devuélvase.
Rol N° 117-04.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Enrique Cury U., José Luis Pérez Z., Milton Juica A. y Nibaldo Segura P. y el Auditor General del Ejército Sr. Juan Romero R..

Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro.

- **Actuando de oficio en virtud de lo establecido en el artículo 541 del Código Orgánico de Tribunales, la Corte revoca resolución del Tribunal de Garantía.**

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

El Juzgado Mixto de Collipulli, en la audiencia de preparación del juicio oral, ordenó la eliminación de ciertos párrafos de las acusaciones presentadas por el Ministerio Público y el querellante. Ambos interpusieron recursos de queja en su contra, recursos que fueron declarados inadmisibles por la Corte de Apelaciones de Temuco. De esta inadmisibilidad apelaron ante la Corte Suprema, recurso que también fue declarado inadmisibles, pero los autos se trajeron en relación con el fin de analizar el uso de las facultades del artículo 541 del Código Orgánico de Tribunales. La Corte Suprema estimó que de acuerdo al artículo 270 del Código Procesal Penal el Juez de Garantía sólo tiene la facultad de ordenar corregir vicios formales, los cuales se refieren a la ausencia de algunas de las menciones del artículo 259 inciso primero del mismo código, así como en lo que se refiere a la congruencia en los hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación. Pero esta atribución en modo alguno lo autoriza para calificar la pertinencia o el sentido de los contenidos, o su posible calificación jurídica, pues éstos son de competencia del Tribunal del Juicio Oral. Al ordenar la eliminación de ciertos párrafos de las acusaciones el juez incurrió en un abuso grave, pues se inmisculló en facultades del Ministerio Público y del querellante.

Texto completo:

Santiago, dieciocho de marzo de dos mil cuatro.

Vistos y teniendo presente:

1º) Que en los autos Rol 626-03 y 618-03 de la Corte de Apelaciones de Temuco, sobre apelación de recurso de queja, ingresados en esta Corte con los N° 5259-03 y 5261-03, y que inciden en los antecedentes RUC 0100086954-2, RIT 23-2003, del Juzgado Mixto de Collipulli, sobre incendio terrorista, la parte querellante Forestal Mininco SA., y la Fiscal Regional del Ministerio Público de la Araucanía, apelaron de las resoluciones dictadas por dicha Corte, en los autos referidos, que declaró inadmisibles tales recursos.

2) Que, en su oportunidad, los apelantes interpusieron sendos recursos de queja ante la Corte de Apelaciones de Temuco, en contra de la Sra. Juez del Juzgado Mixto de Collipulli impugnando la resolución de 17 de octubre de 2003, dictada en los antecedentes sobre preparación de juicio oral de que conoce la Juez del Juzgado Mixto de dicha ciudad, RUC 0100086954-2, RIT 23-2003, seguidos por el Ministerio Público en contra de José Benicio Huenschullán y otros por el delito de incendio terrorista, por la cual dispuso, haciéndose cargo de la petición de los defensores en orden a la corrección

de vicios formales, se subsanen los mismos, a través de la eliminación de párrafos de las respectivas acusaciones para lo cual les concedió el plazo que en ella se contiene.

3) Que, los referidos recursos, fueron declarados admisibles por la Corte de Apelaciones ya señalada, disponiéndose la vista conjunta de los mismos, luego de lo cual se trajeron en relación y tras escuchar a las partes sobre la admisibilidad de los mismos, los declaró inadmisibles, mediante resoluciones de 17 de noviembre del año pasado, según se lee a fojas 20 y 88 de los autos, por no ser la resolución impugnada de aquellas contempladas en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales.

4) Que, las resoluciones ya mencionadas fueron apeladas tanto por el Ministerio Público cuanto por la parte querellante y este Tribunal mediante decisiones de 5 de enero del año en curso, de fojas 30 y fojas 114, de los autos, los admitió a tramitación, para luego, ante sendas reposiciones formuladas por la Defensoría Penal Pública, estimar, con fecha 14 de enero del año en curso, de fojas 42 y 128, que resulta legalmente improcedente el recurso de apelación, sin perjuicio de lo cual trajo los autos en relación para analizar la posibilidad de hacer uso de las facultades establecidas en el arti-

culo 541 del Código Orgánico de Tribunales, si los antecedentes lo ameritan, según resoluciones de fojas 42 y 125.

5) Que las faltas y abusos que se alegaban por los recurrentes, se hicieron consistir en el hecho que la Juez de Garantía Sra. Nancy Germany Navalón, del Juzgado Mixto de Collipulli, al conocer de la etapa de preparación del juicio oral, excedió sus facultades al declarar y ordenar la eliminación de párrafos de las acusaciones, atribuyéndose la potestad de establecer en que consisten los hechos materiales y los hechos que determinan la calificación jurídica, propia del tribunal oral, con lo cual hace imposible el desarrollo del juicio oral, sobre la base de los hechos establecidos en las acusaciones tras dicha supresión, privando al Ministerio Público del ejercicio de la acción penal y haciendo imposible que en el juicio oral se ventile la calidad de terrorista del incendio materia de la causa. También se cuestionó el hecho que la defensa nunca solicitó la supresión de esos párrafos por no estar comprendidos en las respectivas formalizaciones, sino que, por el contrario, lo hizo amparándose en la circunstancia de que la descripción no sería atribución de hechos imputables sino que calificación jurídica, lo cual importa intervenir en el deber del acusador de realizar una descripción circunstanciada de los hechos imputados en la formalización. En todo caso, ambos instaban por el mantenimiento de las acusaciones de la forma en que fueron presentadas por el Ministerio Público y por Forestal Mininco SA. para luego continuar la audiencia de preparación del juicio oral.

6) Que los informes de la Magistrado sobre estos puntos se agregaron a fojas 11 y 56 de los respectivos autos.

Y teniendo en consideración:

PRIMERO: Que, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 270 del Código Procesal Penal, cuando el juez (de garantía) considerare que la acusación del fiscal, del querellante o la demanda civil adolecen de vicios formales, ordenará que los mismos sean subsanados. Ahora bien, por vicios formales debe entenderse sólo la ausencia de alguna de las menciones a que se refiere el artículo 259 inciso primero del mismo texto legal, en sus letras a) a h) y, además, la congruencia que, según el inciso final de dicha disposición debe existir entre los hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación con aquellos a que se refiera la acusación.

SEGUNDO: Que, de conformidad con lo reconocido en su informe por la juez recurrida en estos autos, los hechos a que se refieren los párrafos de la acusación que ordenó suprimir se encontraban entre aquellos que fueron incluidos y discutidos en la formalización de la investigación; lo cual, por otra parte, consta también de los demás antecedentes del proceso. Por consiguiente, está fuera de discusión la cuestión referente a la congruencia entre formalización y acusación, exigida por el último inciso del artículo 259 del Código Procesal Penal.

TERCERO: Que, en lo concerniente a los otros requisitos aludidos en las letras a) a h) del precepto mencionado, puesto que el artículo 270 del Código Procesal Penal sólo faculta al juez de garantía para revisarlo en su aspecto formal, han de ser reparados por dicho magistrado únicamente si verifica que la acusación no contiene las menciones respectivas, pero en modo alguno lo autoriza para calificar la pertinencia o el sentido de los contenidos correspondientes, cuestiones de fondo que son de competencia del Tribunal del Juicio Oral. Así, en un caso como el de autos, el Juez de Garantía podría haber objetado el que la acusación no contuviese una relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos y de su calificación jurídica; en cambio, le estaba vedado examinar cuestiones tan de fondo como la de si tales hechos eran o no de aquellos que pueden atribuirse a los imputados atendida su condición de preexistentes a los actos ejecutados por éstos. Asimismo, de disposición alguna podría derivar la exigencia de presentar las cuestiones fácticas y su calificación jurídica en un orden preestablecido. Al inmiscuirse en tales aspectos de la acusación, dicho magistrado llevó a cabo una injerencia en la facultad del Ministerio Público y el querellante referente a efectuar la relación requerida por la letra b) del inciso primero del artículo 259 del Código de Procedimiento Penal y, con ello, incurrió en una falta o abuso grave, pues alteró el espíritu que informa al sistema del nuevo Código Procesal Penal, atribuyéndose facultades que este no le confiere y que, por el contrario, confía a las decisiones del Ministerio Público y del querellante en su caso.

Por estas consideraciones, y atendido además lo preceptuado en los artículos 541 y 545 del Código Orgánico de Tribunales, se resuelve que, actuando de oficio, se deja sin efecto la resolución pronunciada por la Juez de Garantía de Collipulli, Sra. Nancy Germany Navalón, en audiencia de pre-

paración del juicio oral verificada en los autos caratulados Incendio terrorista en perjuicio de Forestal Mininco, R.U.C. N0100086954-2, R.I.T. 23-2003 del Juzgado de Garantía de Collipulli, con fecha 17 de marzo del año 2003, en cuanto ordenó la eliminación en la acusación del párrafo existente a continuación de cuatrocientos millones (400.000.000) hasta la última palabra de la letra G y, en su lugar, se rechaza la petición de los defensores relativa a corrección de vicios formales y, consecuentemente, se dispone la mantención de los párrafos antes mencionados, los que son parte integrante de la acusación en cuestión.

El tribunal no inhabilitado que corresponda procederá a concluir la etapa de preparación del juicio oral.

Agréguese copia autorizada de esta sentencia -dictada en uso de la facultad establecida en el artículo 541 del Código Orgánico de Tribunales- en los autos rol N° 5259-03, que se ordenó ver conjuntamente con el presente ingreso N° 5261-03.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro señor Enrique Cury Urzúa.

Rol N° 5259-03 y 5261-03. Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Enrique Cury U., José Luis Pérez Z., Milton Juica A. y Nivaldo Segura P.. No firma el Ministro Sr. Pérez, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal. Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro.

- **Resolviendo un conflicto de atribuciones entre un Juzgado de Garantía y la Fiscalía de la Décima Región, la Corte Suprema dispone transcribir al Fiscal Nacional su resolución.**

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

En la Audiencia de Control de Detención, y ante una petición de la Defensa, el Juzgado de Garantía ordenó oficiar a Carabineros a fin de ser comunicada telefónicamente cualquier existencia de detenidos tanto al Ministerio Público como a la Defensoría. La Corte Suprema dejó sin efecto la orden emitida a Carabineros, declarando que, en virtud de lo establecido en el artículo 87 del Código Procesal Penal, dictar instrucciones generales y futuras encaminadas a determinar el modo en que la Policía debe cumplir sus funciones es atribución del Ministerio Público. Al Juez de Garantía, de acuerdo al artículo 80 del mismo código, le está permitido expedir mandatos específicos en casos concretos.

Texto completo:

CALBUCO, Diecinueve de Diciembre de dos mil tres.

Siendo la 10:30 horas se da inicio a la presente audiencia, presidida por el Magistrado Titular, don Juan Carlos Silva Opazo, con la asistencia del Fiscal, don Jorge Martínez Rodríguez, domiciliado en calle Ernesto Riquelme N°185, 2° piso, Calbuco y de los imputados Miguel Angel González Muñoz, Rut N°12.122.609-K, domiciliado en Camino El Tepual, Km.2 S/N°, Puerto Montt; Yornes Alexis Paredes Millán, Rut N°15.650.249-9, domiciliado en Villa Michael, Casa N°1 Población Modelo Puerto Montt, asistidos por su Abogado Defensor don Germán Claudio Echeverría Ramírez, domiciliado en calle Benavente N°959, Puerto Montt y del imputado Víctor Alexis Sandoval Villegas, Rut N°15.904.409-2, domiciliado en Población Modelo, calle Aníbal Pinto N°371, Puerto Montt y asistido por su Abogado Defensor don Francisco Geisse Grae, domiciliado en calle Benavente N°959, Puerto Montt.

El Fiscal: solicita que las notificaciones se le efectúen por Vía Fax al fono 462761 Calbuco, con confirmación telefónica, los Defensores solicitan que las notificaciones se le efectúen por Vía fax al fono 311021 de Puerto Montt.

El Magistrado: apercibió a los intervinientes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 del C.P.P.

El Fiscal: señala que los imputados fueron detenidos el día de hoy aprox. A las 00:10 horas, fueron sorprendidos por dos funcionarios de Carabineros conduciendo en una camioneta doble camioneta la que en su interior transportaba aproximadamente 800 kgs. de especies salmonídeas las cuales se encontraban en el interior en cajas plásticas, cubierta de una lona. Los imputados no portaban ningún tipo de documentación que acreditara ni su legítima adquisición ni tampoco el transporte de estas especies y al ser consultado tampoco dieron explicación alguna respecto de su procedencia siendo presumiblemente especies obtenidas producto de un robo de salmones. Carabineros se comunicó en forma inmediata con este Fiscal aprox. A las 00:15 horas quien a su vez procedió a comunicarse en forma inmediata con su Ssa. Para solicitar la orden de detención respectiva, orden que en su oportunidad fue enviada vía fax y en forma posterior la detención fue comunicada a cada uno de los imputados informándole conjuntamente en presencia del Fiscal la lectura de sus derechos, el motivo de la detención, lo que consta en acta que se encuentra debidamente firmada y acompañada en carpeta de investigación.

Consultados los imputados señalaron que se les exhibió la orden y se les dio a conocer sus derechos.

Defensoría: No objeta la detención de sus representados sin embargo señala que al consultar a los Carabineros respecto a la existencia de detenidos esto le fue negado por lo que solicita se oficie a la Policía de Carabineros a fin de remediar esta situación a futuro.

Fiscal: Señala que lo anterior es efectivo en cumplimiento de la forma respectiva del C.P.P. que autoriza la reserva de la investigación realizada por el Ministerio Público.

TRIBUNAL RESUELVE:

Vistos:

Atendido lo expuesto de los intervinientes y tomando en consideración especialmente la norma del Artículo 8 del C.P.P. que expresamente señala de que cualquier imputado tiene derecho asistido por un Abogado letrado para que le proporcione una defensa técnica y certera desde el primer momento en que el procedimiento se dirige en su contra y que este primer momento debe entenderse no solo del momento de la Formalización de la Investigación sino de cualquier tipo de actuación del Ministerio Público, dirigida en contra de tales imputados, principio que no solo recogido por nuestro Código Procesal Penal sino también por nuestra Constitución Política y por los Tratados Internacionales, cuyo rango es constitucional este Tribunal cuya función principal es velar y cautelar los derechos de los imputados, principalmente su derecho es una defensa técnica y letrada resuelve lo siguiente:

Se ordena oficiar al Mayor de Carabineros de la Comisaría de Calbuco a fin de que en el evento de existir detenidos en dicha dependencia comunique dicha situación no solo al Ministerio Público de Calbuco sino también a la Defensoría Regional de Puerto Montt para cuyos efectos se les proporcionará los números de teléfonos de dicha Defensoría Pública, toda vez que este Tribunal estima que con la sola comunicación de existir detenidos en la Comisaría de Calbuco no se vulnera para nada el secreto o la reserva de las investigaciones, toda vez que es solamente la comunicación a la Defensoría de que existe imputado que tiene derecho a ser asistido legalmente.

AMPLIACIÓN DE LA DETENCIÓN:

Fiscal: solicita la ampliación de la detención de los imputados en atención a que existen diligencias precisas y determinadas que hacen necesaria dicha ampliación como son: el reconocimiento de una bodega y la identificación de las especies sustraídas.

Defensor: Se opone en razón de que el hecho no se encuentra suficientemente establecido en cuanto a su tipicidad, además de ser hechos de bajo compromiso se afectaría la libertad de los imputados, acarreando perjuicios de los imputados y nos es estrictamente necesaria para las diligencias de investigación, además los hechos no ameritan la ampliación de la detención igualmente ha existido colaboración por parte de los imputados.

EL TRIBUNAL RESUELVE:

Atendido lo expuesto por intervinientes y teniendo especialmente presente de cualquier medida cautelar debe ser de último ratio, es decir para asegurar los fines del procedimiento y no para diligencia de investigación que debe llevar a efectos el Fiscal y que la presunción de inocencia no puede ser desvirtuada sino hasta que exista sentencia ejecutoriada en su contra, se estima en que este caso no proceden los requisitos del artículo 132 para ampliar la detención de los imputados, por lo que se rechaza la solicitud de ampliación de la detención de los mismos.

FORMALIZACION DE LA INVESTIGACIÓN:

Fiscal: viene en formalizar la investigación en contra de los imputados MIGUEL ANGEL MUÑOZ, YORNES PAREDES GUZMÁN y VICTOR ALEXIS SANDOVAL VILLEGAS, por los hechos expuestos al principio de esta Audiencia, los cuales a juicio del Ministerio Público son constitutivos del delito de Receptación, previsto y sancionado en el artículo 456 bis A) del Código Penal, atribuyéndoles a los mismos la calidad de autores en grado de consumado, fundado en los siguientes hechos: los imputados que fueron detenidos el día de hoy aproximadamente a las 00:10 horas fueron sorprendidos por dos funcionarios de Carabineros, conduciendo una camioneta doble cabina, la que en su interior transportando aproximadamente 800 Kgs. de especies salmonídeas las cuales se encontraban en el inte-

rior en cajas plásticas, cubiertas de una lona, los imputados no portaban ningún tipo de documentación que acreditara ni su legítima adquisición ni tampoco el transporte de estas especies, y al ser consultados tampoco dieron explicación alguna respecto de su procedencia siendo presumiblemente especies obtenidos producto de un robo de salmones, Carabineros se comunicó en forma inmediata con este Fiscal aproximadamente a las 00:15 horas quien a su vez procedió a comunicarse en forma inmediata con su Ssa. para solicitar la Orden de Detención respectiva Orden que en su oportunidad fue enviada vía fax y en forma posterior la detención fue comunicada a cada uno de los imputados, informándole conjuntamente en presencia del Fiscal la lectura de sus derechos, el motivo de la detención, lo que consta en acta que se encuentra debidamente firmada y acompañada en carpeta de investigación.

MEDIDAS CAUTELARES:

Fiscal: solicita que apliquen a los imputados las siguientes medidas cautelares personales del artículo 155 del C.P.P. letra c) y e) respecto de todos los imputados; y la de la letra f) respecto del imputado Víctor Alexis Sandoval .

Defensor: Se opone a la Medida Cautelar de la letra f), toda vez que la forma en que solicita el Fiscal se excede del marco establecido en dicha norma, constituyendo una verdadera pena la prohibición del imputado de concurrir a la ciudad de Calbuco, con el fin de asegurar el resultado de la investigación llevada a cabo por el Ministerio Público.

TRIBUNAL RESUELVE:

Atendido el mérito de lo expuesto, de los intervinientes y concurriendo los presupuestos materiales de procediendo de las medidas cautelares solicitadas, en cuanto existen antecedentes suficientes para la realización de una investigación que pueda dar lugar a la realización del procedimiento que tenga como finalidad la dictación de una sentencia definitiva. En cuanto a la necesidad de cautela, atendido éste como el peligro de fuga y también entorpeciendo de los actos del procedimiento, el Tribunal estima que procede este requisito igualmente. En cuanto a la medida cautelar de la letra e) del Artículo 155, habiendo existido cooperación por parte de los imputados desde el comien-

zo de la investigación e igualmente se encuentra acreditado el arraigo social y familiar del imputado Víctor Alexis Sandoval Villegas, el Tribunal rechaza dicha medida cautelar, de tal manera que el Tribunal decreta respecto de los imputados: MIGUEL GONZALEZ MUÑOZ y YORNES ALEXIS PAREDES MILLAN, la obligación de concurrir una vez a la semana a la oficina del Ministerio Público de Puerto Montt, a fin de asegurar su comparecencia a los actos del procedimiento, tomando el Ministerio Público, los sistemas del Control de esta medida que estime pertinentes. Que respecto del imputado VICTOR ALEXIS SANDOVAL VILLEGAS, igualmente se le aplica la medida cautelar de la letra f) la Prohibición de comunicarse con personas determinadas a fin de no afectar la investigación del Ministerio Público, con la sola salvedad de que esta medida no afecte su derecho de defensa.

PLAZO DE CIERRE DE LA INVESTIGACIÓN:

Defensa: Pide como plazo judicial de cierre de la investigación el término de tres meses, respecto de los dos primeros imputados y un mes respecto del imputado Víctor Alexis Sandoval.

Fiscal: Se opone, solicitando que el plazo de cierre de la investigación se fije en seis meses, atendido las características de la investigación a fin de acreditar los hechos constitutivos de la misma.

TRIBUNAL RESUELVE:

Atendido lo expuesto por intervinientes, y siendo facultad del Tribunal fijar un plazo judicial de Cierre de la Investigación, y tomando en consideración la identidad de las medidas cautelares decretadas precedentemente, las cuales si bien son gravosas para los imputados afectando la presunción de inocencia de los mismos, éstas no son de la misma entidad que la prisión preventiva, por lo que el Tribunal fija como plazo para cierre de la investigación el término de cuatro meses.

El Tribunal ordena dar Orden de libertad a favor de los imputados Miguel González Muñoz, Yornes Paredes Millán y Víctor Alexis Sandoval.

Siendo las 11:45 Hrs. se pone término a la Audiencia de Control de la Detención.

CERTIFICO: Que se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 30 y se percibió a los intervinientes en los términos del Art. 26, ambos del Código Procesal Penal. Calbuco, 19 de Diciembre de 2003.

CERTIFICO: Que con esta fecha y siendo las 11:35 Hrs. se dio Orden de Libertad a los imputados Víctor Alexis Sandoval Villegas; Yornes Alexis Paredes Millán y Miguel Angel González Muñoz. Calbuco, 19 de Diciembre de 2003.

CERTIFICO: Que se despachó Oficio al Mayor de Carabineros de esta ciudad, don Cristián Contreras Echeverría. Calbuco, 19 de Diciembre de 2003.

CON FECHA 20 DE DICIEMBRE SE SOLICITÓ TENER COMPLEMENTADA EL ACTA, EN LOS SIGUIENTES ASPECTOS:

SOLICITA COMPLEMENTAR ACTA

S.J.G.

JORGE MARTINEZ RODRIGUEZ, Fiscal Adjunto de Calbuco, en Causa **RUC N°03-0203835-7, RIT N°01-2003,** viene en solicitar a U.S. la complementación del Acta de Audiencia de Control de Detención, efectuada el día Viernes 19 de Diciembre del año en curso, a las 10:30 Hrs. en ese Tribunal, en relación a dejar consignado claramente los siguientes aspectos:

a) Indicar expresamente que esta Fiscalía dejó constancia de la comparecencia del Abogado Sr. Mauricio Alejandro Quidel Villagrán, Cédula de Identidad N°9.818.828-2.

b) **En relación a lo expuesto por la Defensoría, respecto a la negativa de Carabineros de proporcionar información, solicito a S.S. dejar constancia en el Acta que el Ministerio Público indicó que no existe inconveniente en proporcionar dicha información siempre que ésta sea respecto a una persona determinada, ello, conforme a lo estipulado en la norma Procesal respectiva.**

c) Finalmente se solicita dejar constancia de la solicitud del Ministerio Público y aceptación del Defensor de efectuar en forma inmediata el re-

conocimiento presencial de las Bodegas mencionadas en declaración prestada por uno de los imputado.

POR TANTO,

SIRVASE S.S. autorizar la complementación del Acta de la Audiencia de Control de Detención mencionada, considerando que los puntos detallados precedentemente fueron tratados claramente en la citada Audiencia.

EL TRIBUNAL CON FECHA 22 DE DICIEMBRE RESOLVIÓ TENER POR COMPLEMENTADA EL ACTA EN EL PUNTO SEÑALADO POR EL FISCAL:

Calbuco, veintidós de diciembre de dos mil tres. Sin perjuicio de que el registro de audio se debe considerar como el registro único y oficial de la audiencia.

Téngase por complementada el acta de la misma, en los puntos que señala el Sr. Fiscal.

R.I.T. 01-2003

CERTIFICO: Que con esta fecha se remitió vía fax copia de la presente Resolución al Ministerio Público de Calbuco y Defensoría Penal Pública de Puerto Montt, para efectos de su notificación. Calbuco 22 de diciembre de 2003.

Santiago, veinticuatro de marzo de dos mil cuatro.

Vistos:

1° Que, por resolución de 23 de enero último, escrita a fojas 62, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt dispuso la remisión de estos antecedentes a este Tribunal a objeto de que se dirima un "conflicto de atribuciones", suscitado entre un Juzgado de Garantía de su jurisdicción y la Fiscalía del Ministerio Público de la Décima Región;

2° Que, según consta de los autos remitidos a esta Corte, el aludido conflicto deriva de una resolución dictada por el Juez de Garantía de Calbuco, en la audiencia de control de detención RIT 01-2003, 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 solo al Ministerio Público de Calbuco, si no también a la Defensoría Regional de Puerto Montt para cuyos efectos se le proporciona-

ra los números de Teléfonos de dicha Defensoría Pública toda vez que este tribunal estima que con la sola comunicación de existir detenido en la Comisaría de Calbuco no se vulnera para nada el secreto o la reserva de las investigaciones, toda vez que es solamente es la comunicación a la defensoría de que existen imputados que tiene derecho a ser asistido legalmente." (sic);

3º Que, del tenor, alcance y contenido de la resolución precedentemente transcrita, 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 ese 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 un caso determinado o concreto;

4º Que, de esta forma, no puede sino concluirse que, al proceder del modo que ha quedado reseñado, el Juez de Garantía de que se trata se excedió del marco de atribuciones que la ley le ha conferido;

5º Que, con todo, cabe dejar expresamente consignado en esta resolución que lo reflexionado precedentemente no importa un pronunciamiento acerca de la validez o legalidad de las actuaciones del Fiscal del Ministerio Público ni sobre la corrección del modo con el que obró en la especie. Todavía más, de los antecedentes que se han revisado

aparece que si hubo un exceso de parte del Juez de Garantía lo fue, precisamente, por la actitud adoptada por aquél, en orden a reconocer y justificar la negativa a proporcionar información sobre la existencia de detenidos. Así consta de la correspondiente transcripción del acta o registro de la aludida audiencia de control de detención, en la que se lee:

".....Defensoría: No objeta la detención de sus representados, sin embargo señala que al consultar a Carabineros respecto de la existencia de detenidos esto le fue negado, por lo que solicita se oficie a la Policía de Carabineros a fin de remediar la situación a futuro.

Fiscal: Señala que lo anterior es efectivo en cumplimiento de la norma respectiva del C.P.P. que autoriza la reserva de la investigación realizada por el Ministerio Público...";

Por estas razones y de conformidad con lo previsto en los artículos 79 de la Constitución Política de la República, 96 N° 4 y 541 del Código Orgánico de Tribunales, se acuerda:

1.- Que se deja sin efecto la orden impartida por el Juez de Garantía de Calbuco, a Carabineros de esa localidad, en la audiencia de control de detención RIT 01-2003, verificada el 19 de diciembre de 2003.

La Corte de Apelaciones de Puerto Montt adoptará las medidas pertinentes para el cumplimiento de la decisión precedente.

2.- Que, sin perjuicio de lo anterior, se dispone transcribir este acuerdo al señor Fiscal Nacional del Ministerio Público, para los fines funcionarios a que haya lugar, en razón de lo consignado en el fundamento quinto de esta resolución.

Regístrese y devuélvase.

AD N° 108-2004.-

- **Acoge recurso de amparo presentado por el Ministerio Público, ordenando reponer la causa al estado de ejercer la Fiscalía el derecho que le confiere el artículo 248 del Código Procesal Penal.**

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

Encontrándose cerrada la investigación por parte de la Fiscal, la Defensa solicitó su reapertura para la realización de una serie de diligencias, petición a la que el Tribunal de Garantía accedió. Para hacer efectivas las diligencias decretadas, se apremió en los términos de los artículos 238 y 240 del Código de Procedimiento Civil, lo que a juicio de la Fiscal importó una amenaza ilegítima a la libertad al basarse en una resolución dictada con infracción de ley. Presentado un recurso de amparo, éste fue rechazado por la Corte de Apelaciones, al considerar que no es posible sostener que un apercibimiento vago por el no cumplimiento de una resolución judicial constituya un peligro o amenaza ilegítima a la libertad personal. En apelación de dicho recurso, la Corte Suprema declaró que se había quebrantado flagrantemente la norma del artículo 257 del Código Procesal Penal, por cuanto sin respetar el plazo señalado en dicho artículo, y antes de concurrir los requisitos del artículo 249 del mismo cuerpo legal, la Jueza de Garantía accedió a la solicitud de la Defensa de decretar una serie de diligencias que implicaron los apercibimientos de los artículos 238 y 240 del Código de Procedimiento Civil. Dichos apercibimientos implicaron una clara amenaza a la libertad sin el pertinente respaldo legal, por cuanto la Jueza excedió las facultades que le concede la ley.

Texto completo:

Punta Arenas, diecisiete de Marzo de dos mil cuatro.

Vistos:

A la fojas 1, comparece doña Marcela Miranda Aguilera, Fiscal Adjunto de Puerto Natales, domiciliada en Blanco Encalada número 345 de esa ciudad, quien deduce recurso de amparo a favor de MARIA CARCAMO GALDAMES, ANA MARIA CATALAN CATALAN y OSCAR ALVARADO BARRIENTOS, en virtud de los siguientes antecedentes:

El 26 de febrero de dos mil cuatro, la Jueza de Garantía de Puerto Natales, resolvió apremiar con arresto y las penas del delito de desacato a los amparados ya señalados, para que cumplieren las diligencias ordenadas por el Tribunal en treinta de enero de dos mil cuatro, resolución que ordenaba que María Cárcamo presentara a su hija a declarar ante el Ministerio Público en presencia de un psicólogo designado por la Defensa; y que Ana Catalán y Oscar Alvarado se sometieran a una pericia psiquiátrica y psicológica.

Expresa que ambas resoluciones se dictaron con posterioridad a que el Ministerio Público

decidiera el 22 de enero pasado el cierre de la investigación en causa RIT N° 145, seguido contra José Humberto Galindo por el delito de abuso sexual. En efecto indica que una vez cerrada la investigación, la Defensa del imputado solicitó al Tribunal ordenara la reapertura de la investigación para instruir al Ministerio Público, una serie de diligencias. El Tribunal acogió la solicitud, valiéndose para ello de lo dispuesto en el artículo 257 del Código Procesal Penal, precepto que resulta improcedente, pues sólo es aplicable cuando el Fiscal ha solicitado el sobreseimiento o ha ejercido la facultad de no perseverar en la investigación, cuyo no es el caso.

Así el Tribunal de Puerto Natales, fuera de las atribuciones asignadas por la Ley, ordenó al Ministerio Público que dentro de un plazo determinado, hasta el treinta de marzo de dos mil cuatro, debía realizar las diligencias señaladas, además de tomar declaración a otros dos testigos.

Explica, que al poner en conocimiento de las personas la práctica de las diligencias ordenadas por el Tribunal, manifestaron su negativa a brindar su consentimiento para participar en tales dili-

gencias, voluntad que estima indispensable para su cumplimiento. Por ello el Ministerio Público, dio por cumplidas las diligencias, pues consideró improcedente que el Tribunal dictara una resolución que apremiase a los amparados. Agrega que en este contexto, la Defensoría solicitó una audiencia para que se adoptarán las medidas necesarias, a fin que María Cárcamo Galdames, Ana María Catalán y Oscar Alvarado Barrientos, participaran en las diligencias, algo que el Tribunal accedió resolviendo en definitiva apremiarlos en los términos de los artículos 238 y 240 del Código de Procedimiento Civil.

Por lo expuesto, manifiesta que ha quedado claro que el Tribunal, al apremiar a los amparados ha amenazado y perturbado ilegítimamente el Derecho Constitucional a la libertad, ello pues la señora Juez de Garantía no tenía atribuciones para ordenar las diligencias que dispuso el día treinta de enero, dado que como se señaló, el artículo 257 del Código Procesal Penal, no resultaba aplicable en la especie. Explica que si bien la Defensa puede solicitar diligencias, si ellas son rechazadas, se podrá reclamar ante el Fiscal Regional, descartándose, de este modo, la posibilidad de que el Tribunal de Garantía asuma el rol de instructor. Además, la normativa en que se funda la resolución de veintiséis de febrero, esto es, los artículos 8, 9, 10 y 34 del Código Procesal Penal, no resultan aplicables.

Señala, por último, que como los amparados no revisten el carácter de intervinientes en el proceso respectivo, se encuentran privados de interponer cualquier recurso jurisdiccional del artículo 352 del Código Procesal Penal, resultando necesario solicitar a esta Il. Corte, se restablezca el imperio del Derecho, para que se impida la afectación de la libertad personal de los afectados, dejando sin efecto la resolución del Tribunal de Garantía de veintiséis de febrero de dos mil cuatro.

A fojas 7, se acoge a tramitación el recurso solicitándose el informe de rigor a la recurrida.

A fojas 12, doña María Isabel López Villouta, Juez del Juzgado de Letras y Garantía de Puerto Natales, informa el recurso en los siguientes términos:

El treinta de enero de dos mil cuatro, en causa seguida contra José Humberto Galindo por abuso sexual, Rit N° 145, tuvo lugar la audiencia para decretar la reapertura de la investigación solicitada por la Defensa, a fin de que se practicaran tres diligencias, necesarias para el esclarecimiento

de los hechos que habían sido solicitadas en diciembre de dos mil tres, reiteradas en enero de dos mil cuatro y denegadas por el Ministerio Público.

En esa audiencia la Fiscal del Ministerio Público, solicitó el rechazo de la pretensión, pues en su concepto de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 183 del Código Procesal Penal, ante la negativa de practicar diligencias se debía recurrir ante el Fiscal Regional, estimando además, impertinentes las diligencias solicitadas.

En definitiva se acogió la solicitud de la Defensa, por cuanto el artículo 183, sólo contiene una norma meramente facultativa, pues se emplea la expresión "se podrá reclamar". Luego y atendido lo dispuesto en el artículo 257 del Código Procesal Penal, se ordenó la práctica de las diligencias solicitadas, en los términos que indica. Resolución que quedó firme pues el Ministerio Público no dedujo recurso alguno en su contra. Así pues, ejecutoriada la resolución y ante el incumplimiento, la misma Defensa solicitó la realización de una audiencia para que le Tribunal adoptara las medidas tendientes al cumplimiento de las mismas. Fue así como en la audiencia de veintiséis de febrero de este año y acorde al espíritu que informa al Código Procesal Penal, en cuanto a que el imputado tiene derecho a formular planteamientos y alegaciones y que corresponde al Juez de Garantía cautelar las garantías individuales, debiendo adoptar las medidas necesarias para su legítimo ejercicio, se apremió a los amparados en los términos de los artículos 238 y 240 del Código Procesal Penal, teniendo para ello especialmente presente, lo dispuesto en el artículo 10 del Código Procesal Penal, que autoriza al Tribunal, para adoptar las medidas necesarias a fin de permitir el ejercicio de las garantías del imputado.

A fojas 18, se trajeron los autos en relación.

A fojas 21, se dicta como medida para mejor resolver, se oficie a la recurrida en los términos que se expresan.

Con lo relacionado y considerando .

1° .- Que el recurso de amparo es una acción que da origen a un procedimiento autónomo que tiene por objeto proteger de inmediato la libertad individual cuando ella se encuentra amenazada, coartada o suprimida en cualquier forma en virtud de una orden ilegítima o de un acto arbitrario;

2° .- Que la resolución que la parte recurrente estima que amenaza, coarta o suprime la libertad individual de las personas por las que recu-

re es aquella del Juzgado de Garantía de Puerto Natales del veintiséis de febrero de este año por la cual se resolvió apremiar con arresto y las penas del delito de desacato a los señores María Cárcamo Galdames, Ana María Catalán y Oscar Alvarado Barrientos, para que cumplan las diligencias ordenadas por dicho tribunal con fecha treinta de enero último, según lo expresa la Fiscal Adjunto del Ministerio Público, Fiscalía Local de Puerto Natales que por ellos recurre.

Expresa que la referida resolución, que disponía las diligencias, fue dictada por el tribunal fuera de las atribuciones que la ley procesal penal asigna al órgano jurisdiccional por las razones que expresa, y que, a fin de no retardar indebidamente la continuación del procedimiento, se dio cumplimiento por ese Ministerio Público a lo ordenado. Sin embargo ese cumplimiento solo fue parcial por cuanto las personas afectadas con lo ordenado por el tribunal, que ahora recurren de amparo, se negaron a prestar su consentimiento para participar en diligencias cuya voluntad es indispensable; que fue a petición de la defensa que el tribunal, en audiencia decretada en efecto, dictó la resolución que estima amenazante a la libertad de las personas por quien recurre de amparo.

Expresa que la resolución contra la que se recurre ha amenazado y perturbado ilegítimamente el derecho constitucional a la libertad personal de las personas por la que recurre toda vez que se les ha apremiado con arresto en el evento de incumplir lo ordenado; que carece de sustento legal puesto que el tribunal solo pudo haber apremiado con arresto para garantizar el cumplimiento de una resolución que estaba autorizado a dictar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 CPP. Y la señora Jueza no tenía atribuciones para ordenar las diligencias que dispuso el pasado treinta de enero, por las razones que expresa. Luego examina disposiciones legales citadas en la resolución concluyendo que no resulta procedente dictar ni menos fundarla en los artículos 8,9,10 y 34 del CPP.

Manifiesta, por último, que los amparados no tienen el carácter de intervinientes en el proceso penal, circunstancia que los priva de la facultad de interponer cualquier recurso jurisdiccional, por lo que solicita se acoja este recurso dictándose una resolución tendiente a reestablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección a la libertad personal de doña María Cárcamo Galdames, doña Ana María Catalán Catalán y don Oscar

Alvarado Barrientos, dejando sin efecto la resolución pronunciada por el tribunal de Puerto Natales el pasado veintiséis de Febrero;

3º.- que informando la señora Juez recurrida a fs. 8 y siguientes, expresa las razones legales que tuvo para decretar, el treinta de enero de este año, las diligencias solicitadas por la defensa del imputado; que dicha resolución quedo afirme por cuanto no fue objeto de recurso alguno por parte del Ministerio Público y que la Defensoría Penal Pública solicitó una audiencia para que el tribunal adoptara las medidas tendientes al cumplimiento de lo dispuesto expresando en esa oportunidad que los señores Catalán, Barrientos y Cárcamo estaban incurriendo en delito de desacato ya que se han negado a cumplir una orden del Tribunal y pueden arriesgar, según el Artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, penas o multas según lo dispuesto en el Artículo 238 del mismo cuerpo legal, expresando en esa oportunidad el Ministerio Público que esa Fiscalía no podía obligar a esas personas a cumplir las diligencias ordenadas porque vulneraría sus derechos y que, en consecuencia, tratándose de una petición que buscaba el ejercicio de la garantía constitucional de defensa del imputado, para lo cual el artículo 10 del CPP. La autoriza adoptar de oficio o a petición de parte las medidas necesarias para permitirlo, y considerando que el artículo 52 del mismo código permite aplicar el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, que imperativamente dispone que el Juez de la causa debe dictar las medidas tendientes al cumplimiento de las resoluciones judiciales, dictó la que motivó este recurso. Complementando su informe a fs. 22 expresa que en la audiencia a que se refiere la recurrente apercibió a las personas que señala la resolución en los términos del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, sin que emitiera pronunciamiento respecto a una u otra modalidad, de las allí previstas;

4º .- Que el examen de la resolución que motiva este recurso se desprende que la señora Juez apremia a las personas que indica a objeto de que cumplan con las diligencias decretadas por el tribunal, en los términos de los artículos 238 y 240 del Código de Procedimiento Civil poniéndoles un plazo para su cumplimiento;

5º .- Que el artículo 238 del referido Código dispone que tratándose del cumplimiento de resoluciones no comprendidas en los artículos anteriores entre las cuales no se encuentra la

que se trata de cumplir en autos corresponderá al juez de la causa dictar las medidas conducentes a dicho cumplimiento, pudiendo al efecto imponer multas que no excedan de una unidad tributaria mensual o arresto hasta de dos meses determinados prudencialmente por el tribunal, sin perjuicio de repetir el apremio; por su parte el inciso final del artículo 240 dispone que el que quebrante lo ordenado cumplir será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo;

6°.- Que, en consecuencia, no puede sostenerse que al aperebir el Tribunal a una persona para que cumpla una resolución, especialmente en los términos vagos e imprecisos como la que motivó el recurso, toda vez que ella no menciona un aperebimiento expreso de arresto como lo sostiene el recurrente, constituya amenaza actual e inminente a la libertad personal de los recurridos, como lo exige la Constitución Política de la República, lo que habrá de conducir a estos sentenciadores a disponer el rechazo del recurso;

Y vistos además lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República SE RECHAZA el recurso de amparo interpuesto a fs. 1 por doña Marcela Miranda Aguilera, Fiscal Adjunto del Ministerio Público, Fiscalía Local de Puerto Natales, a favor de doña María Cárcamo Galdames, de doña Ana María Catalán Catalán y de don Oscar Alvarado Barrientos.

Agréguese copia de lo resuelto a la carpeta del Tribunal.

Regístrese y comuníquese.

Se previene que el Ministro señor Faúndez estuvo por rechazar el recurso, además, porque la resolución contra la que se recurre fue dictada por la señora Juez en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 34 del Código Procesal Penal, en cuanto le autoriza a disponer todas las medidas necesarias para el cumplimiento de las actuaciones que ordenare y la ejecución de las resoluciones que dictare. En efecto, se ha dispuesto el cumplimiento de determinadas diligencias solicitadas por la defensa del imputado en uso de su derecho constitucional y la circunstancia que tardíamente la Fiscalía estime improcedentes o inconducentes las diligencias decretadas no altera el poder coercitivo de la resolución que dicho artículo reconoce a las resoluciones judiciales, como tampoco lo afecta el

hecho de que digan relación con personas que no son intervinientes en la causa, toda vez que la disposición legal citada se refiere a cualquier resolución que se estime necesaria por el Juez atendidos los antecedentes, ya sea solicitada por la defensa o por el Ministerio Público en su investigación.

Redacción del Ministro Sr. Faúndez.

Rol Nº 91-2004.

Dictada por los señores Ministros Titulares don Hugo Faúndez López, doña María Isabel San Martín Morales, doña Virginia Bravo Saavedra y don Renato Campos González, autoriza doña Iris Fernández Soto, secretaria Subrogante.

Santiago, veinticinco de marzo de dos mil cuatro.

VISTOS:

Reproduciendo la sentencia en alzada en todas sus partes, con excepción del considerando 6°, que se elimina, y

TENIENDO, ADEMÁS, Y EN SU LUGAR PRESENTE:

PRIMERO: que, en la carpeta de expediente de la causa 0300058306-4 del Juzgado de Letras y Garantía de Puerto Natales, tenida a la vista, rolan a fs. 40, 44, 59, 61, 70 y 80, actuaciones en las cuales constan los siguientes hechos:

1.- El día 22 de enero del presente año la Fiscal Adjunto, señorita Marcela Miranda Aguilera, informa oficialmente al Tribunal de Garantía el cierre de la investigación conforme a lo dispuesto en el artículo 248 del Código Procesal Penal.

2.- Con fecha 28 del mismo mes, el señor Defensor Penal Público, Jorge Moraga Torres, solicita a la Jueza de Garantía fijación de audiencia a efectos de discutir la eventual reapertura de la investigación, de conformidad al artículo 257 del Código Procesal Penal.

3.- En razón de haber el tribunal accedido a la solicitud anterior el día 30 de enero se lleva a efecto la audiencia prefijada con asistencia de todos los intervinientes, y deja el tribunal expresa constancia que por cumplirse los presupuestos del inciso 1° del artículo 257, "en cuanto a que las diligencias de que se trata fueron solicitadas oportunamente por la Defensoría Penal Pública, esto es con anterioridad al cierre de la investigación", ordena reabrir la investigación y dispone la práctica

de las diligencias que reprocha el actual recurso de amparo, especialmente: a) pericia psicológica a Ana María Catalán, y a su conviviente don Oscar Alvarado Barrientos, con el objeto de que se investigue el medio en que se ha desarrollado la vida de Nicol Rivera Catalán;

b) declaración a la menor Laura Vanesa Muñoz Cárcamo, en presencia de un psicólogo, y c) declaraciones que se exigen a doña Consuelo Garay Llana y a don John Nahuelpán Chávez. Se exigió que estas diligencias fueran practicadas antes del 30 de marzo.

4.- En razón de cuenta previa dada por el Defensor Panal Público al tribunal en el sentido que los recurrentes se habrían negado a cumplir lo ordenado, en audiencia especialmente convocada y celebrada el 26 de febrero último, el tribunal recurrido, fundándose particularmente en que la resolución anterior no fue impugnada, y que el quebrantamiento de lo ordenado por resolución judicial es sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo, expresamente ordenada apremiar a los señores María Cárcamos Galdames, en representación de su hija Laura Muñoz Cárcamo, a objeto de que la presente ante el Ministerio Público para que, en presencia de un psicólogo designado por la defensa, preste declaración, y a los señores Ana María Catalán Catalán y Oscar Alvarado Barrientos, se sometan a una pericia psiquiátrica y psicológica, respectivamente en los términos de los artículos 238 y 240 del Código de Procedimiento Civil, a ejecutarse en el plazo de 10 días hábiles a contar de esa fecha.

SEGUNDO: Que, lo relacionado en el fundamento anterior permite concluir que las cuestionadas decisiones del Juzgado de Garantía de Puerto Natales se insertan en el periodo procesal que sigue inmediatamente después a la decisión expresa y oficial del Ministerio Público de dar por cerrada la investigación de los hechos de la causa, suscitándose las cuestiones propuestas por el Defensor Público seis días después. De ahí entonces la investigación que tanto los respectivos intervinientes como específicamente el tribunal, hacen particularmente de las normas de los artículos 248, 249 y 257 del Código Procesal Penal.

Pues bien, de acuerdo con tales disposiciones el fiscal, después de declarar cerrada la investigación, y dentro de 10 días, puede optar por solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa, formular acusación o comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento (artículo

248): sólo cuando decide solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal, o adoptar su decisión de no perseverar en procedimiento, lo requiere de este modo al juez de garantía, y éste debe citar a todos los intervinientes a una audiencia (artículo 249). Desde esta resolución de citación a audiencia y durante la realización de la misma, pueden los intervinientes reiterar la solicitud de diligencia precisas planteadas durante la etapa de investigación y que el Ministerio Público hubiere rechazado, procediéndose, entonces como lo dispone en detalle el artículo 257.

Lo anterior no se ha producido en modo alguno en los autos, quebrantándose flagrantemente las normas señaladas, y ello porque se procedió sin esperar la decisión privativa del fiscal de la cual dependía el curso a seguir del proceso, y cuando estaba aún dentro del plazo que la ley le permite para hacerlo; lejos de ello se procedió, inconsultamente, como si los intervinientes hubiesen estado convocados por el juez de garantía a audiencia de discusión sobre sobreseimiento o decisión de no perseverar en el procedimiento. Lo dicho permite adelantar en esta parte que tanto el tribunal, como asimismo los intervinientes, al no reclamar expresamente del grave defecto procesal destacado, contribuyeron a violar expresas normas procesales de orden público, con las consecuencias que se expresarán más adelante.

TERCERO: Que en el defectuoso marco procesal, se les ha exigido a los recurrentes, terceros ajenos al juicio, someterse a prácticas probatorias diversas bajo apercibimiento de los artículos 238 y 240 del Código de Procedimiento Civil, vale decir, a ser objeto de imposición de multas que no exceden de una unidad tributaria mensual o arresto hasta por dos meses determinados prudencialmente por el tribunal, sin perjuicio de repetir el apremio, y, además, ser sancionados con reclusión menor en sus grados medio a máximo, en caso de no cumplirlos. Es decir, es muy claro que en razón del apercibimiento el tribunal les ha hecho saber a esas personas las consecuencias que pueden seguirles de persistir en sus omisiones, que pueden llegar hasta a ser privadas de libertad mediante arresto o condenas penales, lo cual, obviamente, importa anuncio claro de la ocurrencia eventual de alguna cosa mala o desagradable en tal caso, lo que constituye una real amenaza, sin sustento legal por haber sido dispuesta en un procedimiento al margen de la ley.

CUARTO: Que los órganos del Estado, entre ellos los jueces. Actúan validamente cuando lo hacen en la forma prescrita por las leyes, bajo sanción de la nulidad del acto dispuesto en contravención, amén de sanciones y responsabilidades legales. Por lo demás, las garantías de un debido proceso imponen que toda resolución del tribunal debe en fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, y ello no puede ocurrir cuando, como en el caso de autos, ha servido de medio para amenazar la libertad de los recurrentes una decisión adoptada en un procedimiento incidental espúreo.

QUINTO: Que todo individuo que ilegalmente sufra amenaza de ser arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, puede ocurrir en la forma dispuesta por el artículo 21 de la Constitución Política de la República a fin de que la magistratura correspondiente dicte las medidas contempladas en él para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

SEXTO: Que encontrándose en la especie comprometidas actuaciones atinentes a terceros no recurrentes, pero si también afectados por los defectos procesales antes expresados, deberán ser incluidos en las decisiones finales que se adoptarán.

Con lo relacionado y visto, además, lo dispuesto en los artículos 7° y 19 N° 3° inciso 5° de la Constitución Política de la República, SE REVOCA la resolución apelada, de dieciséis de marzo en curso, escrita de fs. 24 y siguientes, y SE DECLARA que se acoge el recurso de amparo deducido a fs. 1 por la Fiscal Adjunto del Ministerio Público, Fiscalía Local de Puerto Natales, doña Marcela Mi-

randa Aguilera, a favor de doña María Cárcamo Galdames, doña Ana María Catalán Catalán y de don Oscar Alvarado Barrientos, y se disponen las siguientes medidas.

1.- Déjense sin efecto las resoluciones: la de treinta de enero del presente año, escrita a fs. 61; la veintiséis de febrero último, escrita a fs. 80; la de cuatro de marzo en curso, escrita a fs. 98, y en reemplazo de cada una de ellas se niega a las respectivas pretensiones de la Defensoría Penal Pública, por no corresponder lo que pide en cada caso el estado de tramitación del proceso.

2.- Asimismo, déjense sin efecto las diligencias y actuaciones practicadas en razón de las resoluciones anteriores, y

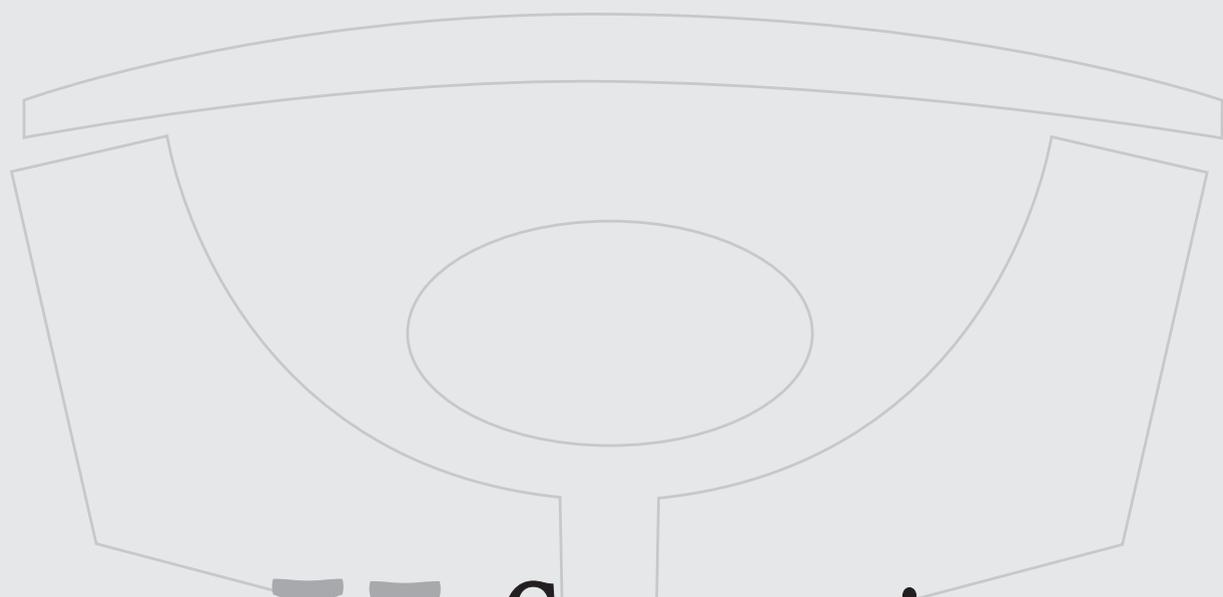
3.- La Jueza de Garantía repondrá de inmediato la tramitación de la causa el estado de que la Fiscalía ejerza en definitiva el derecho que le confiere el artículo 248 del Código Procesal Penal y prosiga su curso conforme a derecho.

Regístrese y devuélvase los autos y antecedentes agregados tenidos a la vista.

Déjase copia autorizada de esta resolución en el cuaderno del juicio tenido a la vista.

Redacción del Ministro Nivaldo Segura Peña
Rol N° 1024-04

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C. Enrique Cury U, Nivaldo Segura P. Y los abogados integrantes Sres. Fernando Castro A. y Emilio Pfefer. P No firma el abogado integrante Sr. Castro, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.



II Sentencias Comentadas

**INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.
ACTUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA PREVIA INSTANCIA
PARTICULAR (RUC N° 0400037980)**

MÓNICA SAAVEDRA GUZMÁN

Abogado Asesor

Fiscalía Regional de Puerto Montt

- **Sentencias:**

**ACTA DE AUDIENCIA DE CONTROL DE
DETENCIÓN Y FORMALIZACIÓN
DE LA INVESTIGACIÓN**

RUC N°: 0400037980-3

RIT N°: 21/2004

JUEZ TITULAR: GERMAN OLMEDO DONOSO

FISCAL ADJUNTO: PAMELA VERONICA LOBOS SAAVEDRA, domiciliada en Godofredo Mera N° 22, San José de la Mariquina, notificación por fax N° 453504 y correo electrónico Plobos@minpublico.cl

DEFENSOR: PAULINA HERNANDEZ BADILLA, domiciliada en General Alberto Montecinos 2688, Valdivia, notificación por correo electrónico phernandez@defensoriapenal.cl con copia al correo electrónico varratia@defensoriapenal.cl

IMPUTADO: JUAN RODRIGO NAHUELCOY ELGUETA, Cédula de Identidad N° 13.038.775-6, 27 años de edad, carpintero, domiciliado en Sector Ciruelos, Predio Mailef, San José y Pob. Francisco Hoch, Calle Nueva N° 1, N°633, La Unión

DELITO: Violación de morada.

FECHA: 02 de Febrero de 2004

ENCARGADA DE ACTA: Vivianne Gloria Rademacher Flández.

Siendo las 15:01 horas se lleva a efecto la presente audiencia de Control de la Detención y Formalización de la Investigación, respecto del imputado, ya individualizado, por el presunto delito de Violación de morada.

Se tiene presente Patrocinio y por conferido Poder.

Se apercibe a los intervinientes conforme a lo dispuesto en el artículo 26, inciso 2° del Código Procesal Penal.

CONTROL DE LA DETENCIÓN:

El Fiscal da cuenta al Tribunal de los antecedentes de la detención del imputado.

El Imputado no formula reclamo alguno en cuanto a la detención.

La Defensa no tiene objeción.

EL TRIBUNAL RESUELVE:

Habiendo escuchado los intervinientes, y en mérito de los fundamentos expuestos por este Juez, se declara que la detención del imputado se ajusta a derecho.

FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN:

La Fiscal formaliza investigación al tenor de los siguientes hechos: Entre las 23:30 horas del día domingo 01 de febrero de 2004 y las 00:20 del día de hoy lunes 02 de febrero del 2004, el imputado, ya individualizado, entró en el domicilio de la víctima, Eliana del Carmen Barría Barría, sin su consentimiento, abriendo una tranca e ingresando al patio para luego intentar ingresar a la vivienda, primero por el techo y luego por las ventanas del dormitorio y la cocina, las cuales golpeaba en todo momento con fuerza, pese a encontrarse semitapeadas con unos listones de madera - las ventanas - y pese a que la víctima gritaba y lloraba solicitando auxilio. Luego no obstante los reclamos de la moradora, el imputado se mantuvo intentando de ingresar hasta el lugar, siendo sorprendido por vecinos que acudieron al auxilio de la víctima, intentando ocultarse primero y dándose a la fuga luego, cuando advirtió la presencia de los mismos, los cuales los siguieron y detuvieron hasta que llegó de Carabineros al lugar.

Los hechos antes descritos configuran el delito de **Violación de morada, previsto y sancionado en el artículo 144 del Código Penal**, por el cual el Ministerio Público le atribuye al imputado la calidad de autor del ilícito en grado de consumado.

El Tribunal consulta al imputado si entendió los términos de la formalización por parte

del Ministerio Público, a lo que responde en forma afirmativa. Se tiene presente la formalización de la investigación.

SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES:

El Ministerio Público solicita la aplicación de medidas cautelares del artículo 155 del Código Procesal Penal letra c, obligación de presentarse cada 30 días ante Fiscalía y letra g, esto es prohibición de acercarse al ofendido o su familia, fundando lo solicitado.

La Defensa se opone a las medidas cautelares solicitadas en mérito de sus propios argumentos.

El Imputado hace uso de su derecho a ser oído en audiencia.

EL TRIBUNAL RESUELVE:

Atendido a lo dispuesto en el artículo 54 y 166 del Código Procesal Penal, este Tribunal tiene por no formulada la formalización de investigación y por ende no se hace lugar a las medidas cautelares solicitadas.

Se da orden de libertad al imputado.

Se ordena remitir copia del audio de esta audiencia al Ministerio Público y acta escrita a la Defensa.

Con lo obrado se puso término a la audiencia a las 16:35 horas, quedando todos los comparecientes notificados de lo resuelto en ella. Se deja constancia que la audiencia ha sido registrada mediante grabación de audio íntegra constando en dicho registro las alegaciones de los intervinientes y los fundamentos de lo resuelto. Para constancia firma don GERMAN OLMEDO DONOSO, Juez de Garantía Titular.

CERTIFICO: Que se dio cumplimiento al artículo 30 del Código de Procedimiento Penal. San José de la Mariquina, 02 de Febrero de 2004.

Valdivia, doce de febrero de dos mil cuatro.

VISTOS:

El mérito de autos; de lo obrado en la audiencia del día de ayer; y teniendo presente:

1º Que la formalización de la investigación es una actuación que corresponde al Ministerio Público, que implica un acto de comunicación para el imputado y se realiza frente al Juez de Garantía.

2º Que el sistema procesal contempla

a través del artículo 232 del Código Procesal Penal otra forma de impugnación ante la propia autoridad del Ministerio Público, cuando el imputado considerare que la formalización de la investigación ha sido arbitraria, sin que el Juez de Garantía tenga facultades para tenerla por no formulada.

3º Que de conformidad con lo expuesto por las partes en la audiencia referida ante esta I. Corte, el trámite de formalización se llevó a cabo ante el citado Juez y se discutió a continuación la procedencia de las medidas cautelares, que el Juez de Garantía rechazó como consecuencia de haber tenido por no formulada la formalización de la investigación, lo que obliga a un nuevo pronunciamiento al respecto al desaparecer el fundamento del rechazo.

Y visto lo dispuesto en los artículos 370 letra a), 358 y 360 del Código Procesal Penal,

Se **REVOCA** la resolución apelada dictada en la audiencia de control de detención y formalización de la investigación llevada a efecto el dos de febrero de dos mil cuatro, rolante a fojas 5 y 6, en la parte que tiene por no formulada la formalización de la investigación y, en su lugar, se tiene por formalizada dicha investigación, debiendo pronunciarse el Juez de Garantía sobre las medidas cautelares solicitadas por el Ministerio Público.

Devuélvanse los autos al Juzgado de Garantía de San José de la Mariquina.

La resolución que antecede fue pronunciada por los Ministros doña Ada Gajardo Pérez, don Patricio Abrego Diamantti y doña Emma Díaz Yévenes y redactada por la Presidenta señora Gajardo, quien dio lectura a la misma en audiencia pública llevada a efecto a las 12 horas del día de hoy, jueves doce de febrero de dos mil cuatro, a la que asistieron los intervinientes doña Patricia Ibarra Pooley, por el Ministerio Público y doña Paulina Hernández Badilla, por la Defensoría Penal Pública.

Rol Nº 11-2.004.

La Ministra de Fe que suscribe, deja constancia que el acta que antecede es fiel a lo obrado en la audiencia de que da cuenta.

Alicia Faúndez Valenzuela Relatora

- **Comentario:**

I ANALISIS DE LA AUDIENCIA DE CONTROL DE DETENCIÓN Y FORMALIZACIÓN

1.- Antecedentes

Con fecha 2 de febrero del año en curso, se realizó audiencia de control de detención y formalización de la investigación, en causa por delito de violación de morada, ante el Juez de Garantía de San José de La Mariquina, a la que concurrió la fiscal adjunta Pamela Lobos Saavedra.

La detención del imputado se declara ajustada a Derecho. Acto seguido la Fiscalía formaliza investigación en contra del imputado por delito de violación de morada en su calidad de autor, en grado de consumado.

Habiéndose consultado al imputado si entendía los términos de la formalización, a su respuesta afirmativa, se tiene presente la formalización de la investigación y se procede a la solicitud de medidas cautelares, a cuya aplicación se opuso la defensa.

Luego de ello, el tribunal resolvió en atención a lo dispuesto en los Arts. 54 y 166 del Código Procesal Penal, tener por no formulada la formalización y por ende no dar lugar a las medidas cautelares. Se da orden de libertad al imputado y se pone término a la audiencia.

2.- Análisis de la Resolución

Las situaciones jurídicas planteadas a raíz de esta audiencia son las siguientes:

2.1 Límite de la intervención judicial en la formalización de la investigación:

El alcance de la intervención del Juez de garantía en la formalización de la investigación se ha determinado por el mismo Poder Judicial en Pleno de la Exma. Corte Suprema, de fecha 10 de enero 2001, transcrita y comunicada en Oficio 003260 de 17 de enero de 2001.

El oficio, en su acápite segundo, dicta instrucciones sobre la audiencia de formalización, confirmando la apreciación de este Ministerio en el sentido que la audiencia *"Es judicial porque requiere la presencia del Juez de garantía, pero como consiste en la comunicación (verbal) que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del Juez de garantía, de que se desarrolla actualmente una investigación en su contra (Art. 229 del Código Procesal Penal), **ese Magistrado no tiene ni debe emitir pronunciamiento sobre ella... "***

A continuación el acuerdo determina los efectos de la aseveración antes enunciada.

2.2 Supuestos de intervención del Ministerio Público en hechos constitutivos de delito de acción pública previa instancia particular.

El Juez de Garantía ha invocado, a nuestro entender, erróneamente, los artículos 54 y 166 del Código Procesal Penal para tener por no formulada la formalización. .

Ambas disposiciones se refieren a los delitos de acción pública previa instancia particular y fijan el ámbito de acción del Ministerio Público a su respecto.

En efecto, el Art. 54 del C.P.P. requiere para la actuación posterior del Ministerio Público, que exista, a lo menos, denuncia por parte del ofendido, denuncia que no es necesaria cuando se está en el supuesto del inciso 4° de la misma norma – como ocurre en la especie, tratándose de una mujer que sufre retardo mental profundo y que se encuentra imposibilitada de realizar libremente la denuncia-.

Por su parte, el artículo 166 inciso final del C.P.P. faculta al Ministerio Público, en los casos de no haberse efectuado denuncia por el ofendido en delito de acción pública previa instancia particular, a proceder sólo *para realizar los actos urgentes de investigación o los absolutamente necesarios para impedir o interrumpir la comisión del delito*.

Esta última norma, en caso alguno, excluye la aplicación del inciso 4° del Art. 54 del C.P.P. sino que, más bien, complementa el ámbito de acción del Ministerio Público en casos de delitos flagrantes y aquellos en que no se puede posponer diligencias investigativas.

La norma del inciso final del Art. 166 del C.P.P., no distingue en su referencia expresa al Art. 54, entre los diversos supuestos del mismo, por lo que, si es aplicable para los casos en que el ofendido puede realizar libremente su denuncia, con más razón será aplicable para aquellos en que la víctima se encuentre imposibilitada de efectuarla.

3.- Conclusión:

De lo dicho anteriormente se concluye que la actuación del Juez de Garantía del caso en comento incurrió durante la audiencia en las siguientes situaciones agraviantes a las pretensiones de la Fiscalía que motivaron el recurso de apelación interpuesto.

- Haber declarado como no formulada la formalización, siendo que ésta ya se había concretado y, no obstante la ley no lo requiere, ya se había tenido por formulada.
- Haber efectuado tal declaración en circunstancias de que ya se encontraba en la etapa de discusión de medidas cautelares, con lo cual retrotrajo la discusión a un punto que no admite discusión alguna.
- Resolver, no sólo contra ley, sino también contra instrucciones precisas de su superior jerárquico (acuerdo ya citado), invadiendo la órbita de las atribuciones propias del Ministerio Público.
- Invocar en su resolución dos disposiciones legales que, interpretadas analógica y sistemáticamente hacían admisible la actuación de la Fiscalía.

II ANALISIS DE LA RESOLUCIÓN DE LA CORTE DE APELACIONES

1.- Antecedentes

Con fecha 06 de febrero de 2004 se interpone recurso de apelación por el Ministerio Público en contra de la resolución a que alude el punto primero de este informe. Con fecha 11 de febrero se lleva a efecto la vista de la causa por la sala de verano de la Ittma. Corte de Apelaciones de Valdivia.

El recurso persigue que el tribunal de alzada revoque la resolución impugnada y resuelva en su lugar que se tiene por formulada la formalización de la investigación y decrete las medidas cautelares del Art. 155 letras c) y d) del C.P.P. respecto del imputado.

Habiendo quedado en acuerdo, la resolución se dicta con fecha 12 de febrero.

2.- Análisis de la resolución:

La Ittma. Corte de Apelaciones de Valdivia reitera expresamente el criterio contenido en la instrucción del Oficio 003260 de 17 de enero de 2001 adoptado en pleno de la Exma. Corte Suprema, en cuanto a que el Juez de Garantía no tiene facultades para tener la formalización como no practicada.

Respecto del rechazo de las medidas cautelares solicitadas, estima la Itma. Corte que habiendo desaparecido el fundamento del rechazo (tener por no formulada la formalización), debe efectuar el Juez de Garantía un nuevo pronunciamiento.

En la parte resolutive revoca la resolución apelada, tiene por formulada la formalización y ordena al Juez de Garantía pronunciarse respecto de las medidas cautelares solicitadas por el Ministerio Público.

Si bien la resolución del tribunal de alzada rescata la tesis sostenida por el Ministerio Público en cuanto a que uno de los ámbitos de atribuciones exclusivas del órgano persecutor es la formalización de la investigación, omite pronunciarse respecto del fondo de los argumentos invocados por el Magistrado en cuanto a la aplicación e interpretación de los artículos 54 y 166 del Código Procesal Penal en lo referente a la actuación del Ministerio Público en delitos de acción pública previa instancia particular.

Por otra parte, nos parece acertada la resolución en cuanto ordena retrotraer la causa al estado de que el Juez *a quo* se pronuncie respecto de las medidas cautelares, ya que habiendo declarado la Itma. Corte que se tenía por formulada la formalización, se hacía necesario un nuevo pronunciamiento por el mismo Juez que conoce de la causa y ante quien se ventilan los argumentos fundantes de la solicitud.

3.- Conclusión:

Ha de entenderse, por tanto, - y en el mismo sentido lo declara la resolución en el numeral 2° de los vistos- que, en lo que dice relación con la formalización, de considerar el imputado que ésta hubiere sido arbitraria, la única vía de impugnación será la establecida en el inciso final del Art. 232 del C.P.P., ya que a los Jueces de Garantía les está vedado pronunciarse a su respecto.

III ANTECEDENTES ACOMPAÑADOS

Se acompañan al presente informe los siguientes documentos:

- Acta de audiencia de control de detención y formalización de la investigación ante el Juez de Garantía de San José de la Mariquina
- Escrito de apelación
- Minuta de alegato
- Acta de audiencia para la vista de la causa en la Itma. Corte de Apelaciones de Valdivia
- Resolución de la Itma. Corte de Apelaciones de Valdivia

En Puerto Montt, a 15 de febrero del año 2004.

**RESERVA JUDICIAL DE IDENTIDAD EN DELITOS COMUNES.
FALLO DE RECURSO
DE NULIDAD EN CASO RUC N° 0200070382-9**

DIEGO VILLA VEGA

Abogado

División Nacional de Atención a las Víctimas y Testigos

Fiscalía Nacional – Ministerio Público

Sentencia:

Antofagasta, trece de octubre de dos mil tres.

VISTOS:

La realización de la audiencia respectiva del día dos de octubre del presente año, para conocer el recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva de fecha 28 de agosto de 2003 pronunciada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, que condenó a Manuel Alejandro Oliver Miranda y Juan Pablo Moreno Astorga como coautores del delito de homicidio calificado de Edwin Carmona Orrego a sendas penas de veinte años de presidio mayor en su grado máximo, más accesorias legales y pago de las costas de la causa; además condenó a Gerardo Enrique Moreno Astorga a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias legales y pago de las costas de la causa como coautor del mismo homicidio calificado, cometido en esta ciudad el ocho de junio del dos mil dos. En estrados, Esteban Cofré Sandoval como defensor público por el imputado Gerardo Enrique Moreno Astorga, pidió la nulidad de la sentencia referida en virtud de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por haberse efectuado una aplicación errónea del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo y que se dicte una de reemplazo que condene a su defendido como autor de homicidio simple. Estima que la pena aplicada fue más grave, especialmente porque se consideró la premeditación y sobre la base de la elaboración de la doctrina, no concurren los elementos exigidos para establecerla, discurriendo de una serie de consideraciones fácticas que no fueron analizadas a su entender correctamente por los sentenciadores. En segundo lugar, Justiniano Santos Martínez por los imputados Juan Pablo Moreno Astorga y Manuel Alejandro Oliver Miranda también dedujo recurso de nulidad pidiendo que se acoja el mismo, dictándose una sentencia de reemplazo que condene a los mencionados sentenciados como autores de homicidio simple, porque se ha aplicado una

pena superior a la que legalmente corresponde. Ambos defensores, reiteraron los planteamientos efectuados en sus respectivos escritos de nulidad. Por su parte el Ministerio Público, refiriéndose someramente a los hechos, sostuvo que la premeditación estaba claramente establecida y que la sentencia cumplía con todos los requisitos legales. En el debate, cada parte mantuvo sus planteamientos y se dejó la causa en acuerdo para dictar la sentencia con posterioridad.

TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que Esteban Cofré Sandoval como defensor público de Gerardo Enrique Moreno Astorga, ha interpuesto recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta el 28 de agosto de 2003, pidiendo su nulidad y la correspondiente de reemplazo, para que se aplique una condena como autor de homicidio simple inferior a la impuesta. Funda su recurso en que el sentenciador incurrió en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código de Procesal Penal, al pronunciar la sentencia con un error en la aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, porque dio por probado que su representado actuó con premeditación conocida, que no es definida en el Código, pero que a la luz de lo expresado por la doctrina, no puede presumirse por el sólo empleo de ciertos medios ejecutivos o el transcurso del tiempo, entre el momento de la idea del delito y su perpetración, estima que en el proceso debe encontrarse acreditado los hechos o actos que traduzcan la reflexión preliminar y la efectiva persistencia de la decisión. Explica, que el sentenciador dio por acreditada la premeditación conocida, sobre la base de declaraciones de testigos estableciendo que se idearon un plan de acción, se proveyó los medios para llevarlo a cabo y finalmente ejecutarlo, demostrando con ello una persistencia re-

flexiva en el propósito homicida que los unió, todo sin que en la audiencia se hubiesen probado los elementos mínimos que se señalan en la doctrina.

SEGUNDO: Que Justiniano Santos Martínez por Juan Pablo Moreno Astorga y Manuel Alejandro Oliver Miranda, también ha presentado recurso de nulidad en contra de la referida sentencia pidiendo que se acoja el mismo, dictándose una sentencia de reemplazo que condene como autores de homicidio simple a los sentenciados. Funda su recurso en virtud de tres causales. A saber: La primera invoca el artículo 374 letra c) del Código al haberse impedido ejercer las facultades que la ley otorga; la segunda el artículo 374 letra f) en relación con el artículo 341, porque se ha condenado por hechos o circunstancias no contenidos en la acusación del Ministerio Público; y, en tercer lugar el artículo 374 letra e) por haber omitido la sentencia alguno de los requisitos previstos en el artículo 342 letra c), d) y e); en subsidio, invoca la causal del artículo 373 letra b) esto es, por haberse pronunciado la sentencia con un error de derecho que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

TERCERO: Que los antecedentes fácticos de la premeditación, constituyen un pronunciamiento exclusivo de los Jueces del Tribunal Oral en lo Penal, porque se trata de la ponderación de los hechos que han estimado comprobados sobre la base del principio de inmediación y concentración, durante el desarrollo del juicio oral y, por lo mismo, a los jueces que conocen el recurso de nulidad les está impedido modificar los hechos establecidos en la sentencia, razón por la cual deberá rechazarse el recurso de nulidad planteado por Esteban Cofré Sandoval en representación del imputado Gerardo Enrique Moreno Astorga.

CUARTO: Que en cuanto a la primera causal que constituye un motivo absoluto de nulidad y, por lo tanto, no permite anular sólo la sentencia, lo que por esta sola razón ameritaría rechazar el recurso, sostiene que la existencia de testigos protegidos o secretos vulnera, la credibilidad del mismo, el principio de publicidad y no acepta el contra examen, afectando gravemente el legítimo derecho a la defensa. En este sentido, el Ministerio Público sostuvo que no existía tal vulneración, en la medida que a la postre, debido a otras circunstancias, la defensa tuvo acceso a la identidad completa del o los testigos, lo que ésta reconoce en la audiencia, no obstante independiente de los aspectos fácticos que se desarrollaron en este juicio, la existencia de

testigos protegidos o cuya individualización no debe entregarse para asegurar su integridad física y psíquica, se corresponde en una sociedad en donde la declaración de los testigos, puede ser perjudicial para personas que, en orden a evitar el testimonio, adopten presiones ilegales o amedrentamiento que amenacen la vida o la integridad física incluso la afecten, como se ha conocido en otros países. Desde este punto de vista, es perfectamente posible que los testigos no presenten la identidad frente a los imputados o sus abogados, porque ello no constituye un elemento sustancial de la defensa técnica, pues ella debe referirse al contenido, análisis y ponderación de lo que éste declare, aspecto del cual no debe existir limitación alguna. Esto es, un testigo debe declarar acerca de toda y cada una de las circunstancias que digan relación con los hechos investigados, pero tiene el pleno derecho de omitir cualquier dato que pudiese identificarlo, por un fin mucho mayor, que ya no es averiguar la verdad sino conservar la vida y la integridad física y psíquica de una persona, por lo tanto, sin perjuicio de que la defensa tuvo acceso finalmente a la identidad, en este caso concreto, no puede constituir el secreto de la individualización de los deponentes una causal de nulidad de la sentencia, porque no se ha impedido al defensor ejercer las facultades legales. En relación a esta misma causal, se invoca la existencia de peritajes escritos incluidos como medios de prueba, lo que con el sólo mérito de la sentencia debe desecharse, sin que el hecho de haberse incorporado materialmente constituya en sí una vulneración de las garantías del debido proceso, porque los sentenciadores ponderaron la pericia sobre la base de sus propias declaraciones, según se lee en la resolución recurrida.

QUINTO: Que en cuanto a la causal del artículo 374 letra f), en relación con el artículo 341, todos del Código Procesal Penal, o sea, en contravención al principio de congruencia, también debe dejarse claramente establecido que habiéndose solicitado únicamente la nulidad de la sentencia impugnada y no del juicio, por esta sola razón debiera rechazarse el recurso, ya que se trata de motivos absolutos de nulidad, que por sus características anulan el juicio y la sentencia, según lo expresado en el inciso primero del referido artículo 374. En todo caso, el haberse aplicado una pena superior a la solicitada por el Fiscal, no constituye una infracción al principio de congruencia, porque éste se refleja en hechos materiales, esto es, los considerados en

la formalización, acusación y sentencia, todos los cuales deben guardar una relación para permitir la debida defensa del imputado, pero nunca el principio de congruencia puede referirse a la calificación jurídica de los hechos. Esta función es exclusiva, excluyente y propia del órgano jurisdiccional, a quien el constituyente le entregó la facultad de juzgar y decir el derecho, por lo que no puede estar limitado por el contenido de una acusación del Ministerio Público, quien si bien está encargado de la persecución penal, no es el ente que debe determinar en definitiva si a un delito le corresponde una u otra pena, ello sólo es facultad de los jueces y así lo pensó el legislador cuando redactó el artículo 341 del Código Procesal Penal al establecer, que los jueces cuando consideraren la posibilidad de otorgar a los hechos una calificación distinta de la acusación y que no hubiere sido objeto de la discusión durante la audiencia, deberán reabrir el debate para permitir a las partes expongan sus propios planteamientos, lo que significa lisa y llanamente, la posibilidad de considerar un delito más grave o agravantes no previstas por las partes, lo que guarda estrecha relación con lo dispuesto en el artículo 345 del mismo Código.

SEXTO: Que con respecto a la omisión de algunos de los requisitos previstos en el artículo 342 del Código, de la misma manera que lo sostiene el Ministerio Público, aparece meridianamente clara la exposición lógica, completa de los hechos y circunstancia que se dieron por probados y la valoración de los medios de prueba. También se efectuó una enunciación breve de los hechos y se dieron las razones legales que permitieron calificar cada uno de ellos y las circunstancias que fundan el fallo, de manera que no es posible acoger la nulidad por esta causal. Finalmente, la conclusión de los sentenciadores de que los imputados idearon un

plan e hicieron una calculada programación, constituyen expresiones que se avienen con los hechos expresados en la acusación y en la formalización, para ello debe tenerse en cuenta que la imputación en las mismas, no necesariamente debe ser precisa y determinada en todos los hechos, circunstancias esenciales y no esenciales, si no que debe estar efectuada en la forma que permita entender la imputación y defenderse de ella. En este caso, se trataba de cuatro sujetos que llegaron en un taxi disparando contra Edwin Carmona para luego retirarse amenazándolo con volver a hacerlo, lo que se produjo horas después con disparos a corta distancia que le ocasionó la muerte, todo lo demás corresponde a la evolución propia del proceso, sea en su fase de investigación o durante el desarrollo del juicio oral, por lo tanto, los jueces que integran el Tribunal Oral en lo Penal pueden libremente establecer los hechos sobre el marco ya señalado, permitiendo claro está un debate sobre cada una de estas circunstancias.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, SE RECHAZA, con costas, los recursos de nulidad interpuesto por los abogados, Esteban Cofré Sandoval en representación del imputado Gerardo Enrique Moreno Astorga y el letrado Justiniano Santos Martínez en representación de Juan Pablo Moreno Astorga y Manuel Alejandro Oliver Miranda en contra de la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, de fecha veintiocho de agosto del presente año, escrita a fojas 1 y siguientes de estas compulsas en Rol único 0200070382-9.

Regístrese y devuélvanse.

Rol 323-03

Redacción del Ministro Titular Oscar Clavería Guzmán.

- **Comentario:**

Con fecha 13 de octubre de 2003, la Corte de Apelaciones de Antofagasta dictó fallo respecto de dos recursos de nulidad, interpuestos a favor de los imputados Manuel Alejandro Oliver Miranda, Juan Pablo Moreno Astorga y de Gerardo Enrique Moreno Astorga.

Los dos primeros imputados habían sido condenados por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la causa a una pena de 20 años de presidio mayor en su grado máximo como coautores del delito de homicidio calificado, mientras que el último fue condenado a diez años de presidio mayor en su grado mínimo, como autor del delito de homicidio simple.

Para los efectos de esta minuta se estudiarán por separado ambos recursos.

I.- Recurso de Nulidad Interpuesto por el abogado Justiniano Santos Martínez.

En la presentación efectuada por el defensor particular don Justiniano Santos Martínez, en representación de los imputados Oliver Miranda y Juan Pablo Moreno Astorga, se solicita se dicte sentencia de reemplazo que condene a sus defendidos como autores del delito de homicidio simple, señalando que se había condenado a sus representados a una pena mayor que la que legalmente correspondía.

- Las causales en las que se funda este recurso son tres principales y una subsidiaria:

1. En primer lugar, que se ha impedido al defensor el ejercicio de las facultades que la ley otorga (invocando la causal absoluta de nulidad del artículo 374 letra c) del CPP);

2. En segundo lugar, que se ha condenado a sus defendidos por hechos o circunstancias no contenidos en la acusación del Ministerio Público, por lo que existiría una incongruencia entre dicha acusación y la condena (invocando la causal absoluta de nulidad del artículo 374 letra f) en relación con el artículo 341, ambos del CPP);

3. En tercer lugar, el recurso de nulidad se funda en que la sentencia ha omitido alguno de los requisitos previstos en las letras c), d) y e) del artículo 342 del CPP (invocando causal absoluta de nulidad de la letra e) del artículo 374);

4. Finalmente y en subsidio de las anteriores causales, se invoca como causal el hecho de que la sentencia se pronunció con errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo (causal del artículo 373 letra b) del CPP).

- La Corte de Apelaciones desestimó todas las causales invocadas por este recurso, efectuando los siguientes razonamientos al respecto:

1. Respecto de la primera causal, la Corte señaló que cabía rechazar el recurso por vicios formales, puesto que de ser efectivo lo reclamado no cabía solicitar sólo una sentencia de reemplazo, como se señala en el libelo, sino que era necesario un nuevo juicio.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal de Alzada se pronunció sobre el fondo de lo planteado en esta causal, que consistía en la incapacidad del defensor para ejercer los derechos de defensa por existir testigos cuya identidad era reservada y la inclusión de peritajes escritos como medios de prueba.

Respecto de la reserva de identidad, la Corte plantea que el defensor en la práctica si llegó a conocer la identidad de los imputados, por lo que su alegación de que habría estado privado del ejercicio de su derecho

al contra interrogatorio en cuanto forma de desacreditar un medio de prueba no tendría fundamento. Además, cita la opinión expuesta por la fiscalía que, según el texto del considerando cuarto de la sentencia, señaló:

“La existencia de testigos protegidos o cuya individualización no debe entregarse para asegurar su integridad física y psíquica, se corresponde con una sociedad en donde la declaración de los testigos, puede ser perjudicial para personas que, en orden a evitar el testimonio, adopten presiones ilegales o amedrentamientos que amenacen la vida o la integridad física y psíquica, incluso la afecten, como se ha conocido en otros países. Desde este punto de vista, es perfectamente posible que los testigos no presenten la identidad frente a los imputados o sus abogados, porque ello no constituye un elemento sustancial de la defensa técnica, pues ella debe referirse al contenido, análisis y ponderación de lo que éste declare, aspecto del cual no debe existir limitación alguna. Esto es, un testigo debe declarar acerca de todas y cada una de las circunstancias que digan relación con los hechos investigados, pero tiene el pleno derecho de omitir cualquier dato que pudiese identificarlo, por un fin mucho mayor, que ya no es averiguar la verdad sino conservar la vida y la integridad física y psíquica de una persona, por lo tanto, sin perjuicio de que la defensa tuvo acceso finalmente a la identidad, en este caso concreto, no puede constituir el secreto de la individualización de los deponentes una causal de nulidad de la sentencia, porque no se ha impedido al defensor ejercer las facultades legales”.

Respecto del segundo aspecto alegado por el defensor al esgrimir esta primera causal, esto es, la introducción de informes periciales escritos como medio de prueba, la Corte señala que es claro, tanto por el tenor de la sentencia como del registro de audio de la audiencia de juicio, que los miembros del tribunal de juicio oral valoraron la información brindada por los peritos durante la audiencia, por lo que no se habrían valorado los informes como prueba documental independiente de las declaraciones de quienes los efectuaron.

Por las razones previamente expuestas, la Corte resuelve desestimar esta primera causal.

2. Respecto de la segunda causal, esto es, la contravención al principio de congruencia entre los hechos de la acusación y aquellos que se tuvieron por probados al momento del fallo, se reitera que en este aspecto el recurso debe ser desechado por motivos formales, puesto que sólo se solicitó la dictación de una sentencia de reemplazo y de ser acogida esta causal debería anularse el juicio.

La alegación de la defensoría a este respecto consistía en que el Tribunal dio por probado que en la especie se habría cometido un homicidio calificado, en circunstancias que los hechos que formaban parte de la acusación sólo servían para sustentar la tesis de un homicidio simple.

Al resolver sobre el fondo de esta alegación, la Corte señala que se trata de un problema de calificación jurídica y que el principio de congruencia jamás podrá referirse a la calificación jurídica, que es función exclusiva y excluyente de los tribunales de justicia, en tanto organismos llamados por la Constitución y la ley a ejercer en forma exclusiva la Jurisdicción, sin perjuicio del deber de abrir debate si se desea recalificar sin que haya existido discusión previa al respecto. A lo anterior agregó que lo que interesa respecto del principio de congruencia es que el defendido tenga pleno conocimiento de los hechos que permiten efectuar una persecución penal en su contra, para que de ese modo pueda preparar debidamente su defensa. Por estas razones, se rechazó el recurso en lo que respecta a su segunda causal.

3. Respecto de la tercera causal, la Corte la desestimó por cuanto consideró que el fallo efectuaba una enunciación clara, lógica y completa de los hechos y circunstancias que dio por probados.

4. Respecto de la causal subsidiaria de error de derecho, se estimó igualmente que este error no había ocurrido en la especie, puesto que se trata de la facultad que tiene el Tribunal para calificar jurídicamente los hechos, sin perjuicio de que deba existir debate acerca de cada una de las circunstancias que se den por probadas y que formen parte del cuadro que el Tribunal se arma respecto del contexto situacional en que tuvo lugar la comisión del delito, por lo que igualmente se desechó la cuarta y última causal esgrimida por la defensa.

II. Recurso de Nulidad interpuesto por el defensor penal público Esteban Cofré Sandoval.

Este segundo recurso fue interpuesto por el referido defensor penal público en favor de Gerardo Enrique Moreno Astorga, debido a que, en opinión del recurrente, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal había fallado dando por acreditada la existencia de la agravante de premeditación conocida en perjuicio de su defendido, en circunstancias de que no se verificaban en la especie todos los elementos exigidos por la doctrina para dar por configurada dicha circunstancia modificatoria de responsabilidad. Por lo anterior, el recurrente solicita la anulación del fallo y la consiguiente dictación de una sentencia de reemplazo.

- La causal en la cual el defensor sustenta su recurso es:

Que se ha pronunciado la sentencia con infracción de ley que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo (artículo 373 letra b) del CPP).

- La Corte de Apelaciones desestimó la causal invocada por este recurso, efectuando el siguiente razonamiento al respecto:

“Que los antecedentes fácticos de la premeditación constituyen un pronunciamiento exclusivo de los Jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, porque se trata de la ponderación de los hechos que han estimado comprobados sobre la base del principio de inmediación y concentración, durante el desarrollo del juicio oral y ,por lo mismo, a los jueces que conocen el recurso de nulidad les está impedido modificar los hechos establecidos en la sentencia.”.

III. Comentario.

El aspecto que parece de mayor interés respecto de esta sentencia es el debate producido sobre la incorporación en juicio de testimonios prestados por personas cuya identidad se mantiene bajo reserva. Lo anterior, a pesar de que en la práctica los defensores tuvieron acceso a dicha información.

Parece claro que mantener en reserva la identidad de un testigo implica una afección al derecho de defensa, porque el imputado y su defensor se ven impedidos de extender el contra interrogatorio al control de la credibilidad del deponente.

Lo anterior, puesto que el defensor no sabe quien es el testigo y tampoco puede efectuar preguntas destinadas a la averiguación de dicha información, por lo que no podría cuestionar los vínculos que éste eventualmente tenga con la víctima o los intereses que podrían llevarlo a declarar en favor de la acusación.

De allí que, por regla general, el Código Procesal Penal no autoriza la reserva de identidad de un testigo durante el juicio oral.

Ahora bien, la afección del derecho del imputado a contra interrogar no necesariamente constituye una vulneración de ese derecho que impida la adopción de la medida de reserva de identidad, así lo ha entendido el legislador, al establecer expresamente la facultad de adoptar esta medida en casos de delitos de tráfico de estupefacientes, lavado de dinero o calificados como terroristas.

Lo expuesto nos lleva a pensar, entonces, que el legislador ha valorado la necesidad de aplicar medidas de protección más intensas en la medida que los derechos fundamentales de las personas que deban deponer como testigos en juicio se encuentren ante riesgos de afección también más intensos.

Elo nos hace plantearnos un triple cuestionamiento, referido a la validez del racionamiento efectuado por el legislador al tratar este asunto en la legislación especial, a los requisitos que debieran cumplirse para efec-

tuar la reserva de identidad en un caso concreto y a definir si es posible extender la aplicación de la medida de protección de reserva judicial de identidad al ámbito de los delitos comunes.

Respecto del primer aspecto, es importante revisar si esta medida es compatible con el sistema de garantías fundamentales que informan el nuevo proceso penal, en especial, aquellas consagradas en los tratados internacionales sobre derechos humanos.

En el sistema interamericano, la letra f) del inciso segundo del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, o pacto de San José de Costa Rica, contiene una referencia expresa al derecho de la defensa a contra interrogar los testigos de cargo, al asegurar el “derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.

Por otra parte, en el sistema universal, la letra e) del inciso tercero del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra el derecho del acusado a “interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo”.

Las disposiciones precitadas se refieren expresamente al derecho al contra interrogatorio como una garantía propia del derecho a defensa, por lo que en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5º de nuestra Constitución Política parece vedado al Estado de Chile efectuar prácticas o consagrar normativas legales que atenten contra esta garantía.

Ahora bien, como sabemos, la limitación respecto de la consagración de normativa que afecte las garantías fundamentales reconocidas en la Constitución se refiere a la prohibición de afectar la sustancia o esencia de la garantía o derecho en cuestión, como nos lo recuerda el número 26 del artículo 19 de nuestro folleto constitucional. Cabe preguntarse, entonces, si el contra interrogatorio dirigido a restar crédito al deponente forma parte de la esencia del derecho al contra interrogatorio, esto es, si puede o no ser limitado legalmente.

Sobre esta materia, parece claro que el aspecto central de todo testimonio es la adquisición de material probatorio, por lo que el núcleo del contra interrogatorio estaría vinculado al análisis, ponderación y desacreditación del contenido de lo declarado por el testigo, tal como lo hace ver la fiscalía en la especie. Lo anterior significa que el descrédito no ya del material probatorio en sí, sino del sujeto que incorpora esa información al proceso, constituye parte importante, aunque accesoria, del derecho a contra interrogar, por lo que el legislador ha podido consagrar legítimamente la medida de protección consistente en la reserva de identidad.

Pasando ahora a nuestro segundo cuestionamiento, corresponde revisar cuales son los requisitos para que sea legítimo hacer uso de la reserva de identidad en un caso concreto. Al respecto, cabe tener presente que las limitaciones legales al ejercicio de un derecho tienen el deber constitucional de ser racionales, como se colige contrario sensu de la lectura de la regulación de la acción constitucional de protección. Dicha racionalidad, en este caso, está de la mano con la aplicación de dos principios, el de necesidad y el de proporcionalidad.

De esta forma, es necesario que las condiciones de riesgo en que se encuentra el sujeto de cuya protección se trata obliguen al Estado a brindarle un mecanismo de protección que afecte parcialmente los derechos del imputado, lo que sólo será posible cuando dicho riesgo consista en antecedentes concretos que permitan temer un atentado contra la vida, integridad o seguridad del testigo. En ese caso la medida se volverá necesaria, siempre que además, el resto de las medidas de protección que puedan adoptarse se muestren o estimen fundadamente como ineficaces.

Sobre el particular, es necesario recordar que la Convención Americana de Derechos Humanos plantea en el inciso segundo de su artículo 32 que “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

Asimismo, resulta de particular interés la opinión emitida, sobre esta materia, por la Corte Europea de Derechos Humanos, al conocer del caso Doorson, en cuyos considerandos número 70 y 71 razona del siguiente modo:

“70. Ciertamente, el art. 6 no exige explícitamente que los intereses de los testigos en general, y de las víctimas citadas a declarar en particular, sean tomados en consideración. De todas maneras, pueden verse su vida, su libertad o su seguridad, como intereses relevantes incluidos, de un modo general, en el art. 8 de la Convención. Tales intereses de testigos y de víctimas son protegidos, en principio, por otras disposiciones de la Convención que exigen a los Estados que organicen el procedimiento penal de modo que dichos intereses no sean puestos en peligro. **Sentado esto, los principios del proceso equitativo exigen igualmente que, en los casos necesarios, los intereses de la defensa sean ponderados con los de testigos o víctimas citados a declarar.**”

71. Tal como lo precisara la Corte de Apelaciones de Ámsterdam, su decisión de no revelar a la defensa la identidad de Y.15 e Y.16 se basaba en la necesidad, constada por ella, de obtener sus testimonios protegiéndolos contra posibles represalias de la parte requirente. Se trataba, evidentemente, de un motivo pertinente para autorizarlos a conservar el anonimato. Queda por ver si era suficiente.

No obstante que, según el requirente nadie jamás había confirmado que Y.15 e Y.16 hayan sido nunca objeto de amenazas de su parte, la decisión de mantener el anonimato no puede en sí estimarse irrazonable. Debe tenerse presente el hecho, establecido por los tribunales internos y no controvertido por el señor Doorson, que los traficantes de droga recurren frecuentemente a amenazas o a la violencia efectiva en perjuicio de personas que declaran en contra de ellos. En este sentido, las declaraciones hechas por los testigos mencionados ante el juez de instrucción muestran que uno de ellos había sufrido, según dijo, en el pasado, violencias de parte de un traficante de droga contra quien había declarado, mientras que el otro había sido amenazado.

En suma, había motivos suficientes para mantener el anonimato de Y.15 e Y.16.⁷

Respecto ahora de la proporcionalidad de la medida, ella lo será cuando se aplique sólo en la extensión mínima necesaria para mantener la vigencia de los derechos cuya vulneración se pretende evitar y sólo si la desprotección de tales derechos del testigo se tradujere en una probable privación del futuro ejercicio de los mismos.

Además, debe precaverse que el procedimiento penal compense al imputado por la afección parcial de su derecho, mediante el aseguramiento de que el Tribunal si conozca los antecedentes propios de la identidad de los sujetos, de modo tal que pueda eventualmente valorarlos al razonar sobre su credibilidad.

Como última prevención respecto de los requisitos para la aplicación de la medida de reserva de identidad en un caso concreto, cabe señalar que, a pesar de las compensaciones procesales que se puedan establecer para cautelar las garantías de los imputados, el material probatorio incorporado mediante la declaración de testigos con identidad reservada no puede servir como única o fundamental pieza para la formación de convicción de condena, puesto que en dicho caso, el contra interrogatorio dirigido al descrédito de la prueba adoptaría un rol procesal decisivo para la debida defensa.

Los puntos tratados en los dos párrafos anteriores se ven reflejados también en el razonamiento efectuado por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Doorson, cuyos considerandos 72 y 76 señalan:

7 Sentencia emitida por la Corte europea de Derechos humanos con fecha 26 de marzo de 1996. Cita contenida en: Rojas, Sonia y ROJAS, Luis, *La Protección de los Testigos en la Reforma Procesal Penal*, artículo contenido a su vez en: MINISTERIO PÚBLICO, DIVISIÓN NACIONAL DE ATENCIÓN A LAS VÍCTIMAS Y TESTIGOS, “La Víctima y el Testigo en la Reforma Procesal Penal”, Editorial Fallos del Mes, Santiago de Chile, 2003, pág. 170, la negrilla y la cursiva son nuestras.

"72. El mantenimiento de este anonimato plantea dificultades a la defensa que normalmente no deberían presentarse en el marco de un proceso penal. No obstante, no puede constatarse ninguna violación del art. 6 párr. 1 en conjunto con el art. 6 párr. 3 d) (art. 6-1+6-3-d) de la Convención, si se establece que el procedimiento seguido ante las autoridades judiciales ha compensado suficientemente los obstáculos que aquejaron a la defensa (ver, mutatis mutandis, el caso Kostovski citado, p. 21, párr. 43).

76. En fin, es menester recordar que, incluso en los procedimientos que compensan suficientemente los obstáculos que perjudican a la defensa, una condena no puede fundarse únicamente, ni en una medida determinante, en testimonios anónimos. En todo caso, esto no ocurre en la especie: aparece suficientemente que la Corte de Apelaciones no ha fundado su convicción de culpabilidad únicamente, ni en una medida determinante, en los testimonios de Y.15 e Y.16.

De otra parte, es menester tratar con extrema prudencia las declaraciones obtenidas de testigos en condiciones tales que los derechos de la defensa no puedan garantizarse en la medida normalmente exigida por la Convención. La Corte se ha persuadido que se ha obrado así en el procedimiento penal que ha logrado la condena del requirente; la Corte de Apelaciones declaró explícitamente haber tratado las declaraciones de Y.15 e Y.16 'con la prudencia y detención requerida'.⁸

Visto lo anterior, y dado lo expuesto por la Corte en el considerando cuarto de la sentencia pronunciada sobre los recursos de nulidad interpuestos en la especie⁹, parece claro que la Fiscalía tuvo suficiente cuidado de precisar que en el caso en comento se cumplen los criterios que permiten aplicar la medida de reserva de identidad en un caso concreto.

Sin embargo, al tratarse de un delito común, no es posible sostener que existe autorización legal expresa para practicar dicha medida.

Es por ello que cabe ahora pasar revista a si es posible en Chile hacer uso del mecanismo de la reserva de identidad en juicios seguidos por delitos comunes, esto es, que no cuentan con autorización expresa de ley especial para ello, pero en que si existen los antecedentes de riesgo que hacen aconsejable aplicar la medida en un caso concreto.

Al respecto, como ya dijimos, parece claro que el Código Procesal Penal no contempla esta medida para los delitos comunes, máxime si regula, como única excepción al señalamiento de los datos personales del testigo, la autorización para reservar el domicilio, en virtud de lo estatuido por los incisos segundo y tercero del artículo 307.

Se suma a lo expuesto la historia fidedigna del establecimiento del mismo artículo 307, en que consta que la intención del legislador era prohibir el uso de este mecanismo de protección. Al respecto, el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados señala:

"El artículo 213, relativo a la individualización del testigo, en cuanto establece el secreto de la identidad de un testigo, cuando pudiese significar peligro para éste o para otra persona, fue cuestionado, porque la experiencia ha demostrado que los testigos secretos se prestan para venganzas personales. Si se está actuando en un procedimiento oral y abierto, en donde el juez puede optar por otras medidas, por ejemplo, impedir ingreso al público, no parece razonable mantener el secreto de la identidad del testigo, porque afecta la transparencia e induce al abuso de la norma.

Hoy en día, el secreto de la identidad del testigo dura exclusivamente hasta el término del sumario. Suponer que se mantendrá la validez del testimonio de una persona que se niega a identificarse y dar a conocer su identidad en el juicio oral final pudiera significar una indefensión absoluta hacia el afectado.

8 Ídem, págs. 171 y 172.

9 Ver al respecto la breve relación efectuada sobre el fallo del recurso de nulidad respecto de la primera causal alegada por el defensor señor Santos Martínez.

En la legislación procesal penal, lo que el juez toma en cuenta es la calidad del testigo. Los testigos se pesan, no se suman; por lo tanto, lo que vale es la calidad del testimonio. Si se le han restado la identidad y sus antecedentes como elementos de la calidad al testigo, se presta para que dos personas, bajo el pretexto de la identidad falsa, se pongan de acuerdo para acusar a una persona de un hecho y ésta nunca podrá desvirtuarlo, lo cual excede con creces los objetivos del secreto del testigo. El inculpado tiene pleno derecho a saber quién lo está acusando, con todos sus antecedentes. El derecho a defenderse es un principio consagrado en la Constitución.

Se aprobó el artículo con la supresión de sus incisos tercero, cuarto y quinto.

Lo anterior no obsta, por aplicación del inciso final, a que el tribunal, en casos graves y calificados, pueda disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicite.

Sin perjuicio de ello, debe recordarse, además, que por imperativo constitucional, al Ministerio Público le corresponde la adopción de medidas para proteger a los testigos, idea que se recoge en el texto aprobado.¹⁰

Lo recién visto nos lleva a concluir que es muy difícil sostener en Chile la aplicación de la medida de reserva de identidad en un caso seguido por delito común.

Sin embargo, cabe tener presente que, si bien de ordinario será en los casos de delitos terroristas, ligados al tráfico de drogas o al lavado de dinero, cuando nos encontremos con los niveles más elaborados y complejos de criminalidad, es posible que en delitos calificados como comunes por nuestra legislación exista una organización criminal o un grupo organizado de autores de delitos que cuenten con los medios y la oportunidad para exponer a víctimas y testigos de sus acciones a un riesgo severo de ser víctimas de un nuevo delito como consecuencia de su participación en el proceso penal.

Ello nos llevaría a pensar que, si en un caso concreto se dan todos los supuestos de proporcionalidad y necesidad que permiten la aplicación de la reserva de identidad, la no aplicación de dicha medida por el sólo hecho de la falta de legislación expresa sobre la materia nos llevaría a un cuadro de vulneración de las garantías constitucionales de la víctima o testigo de cuya protección se trata (arts. 19 N° 1 ó 7, en relación con el art. 19 N° 2 y 3, todos de la CPR).

Lo anterior, puesto que dichos sujetos tienen derechos constitucionales que la misma Carta Fundamental ordena al Ministerio Público proteger, y habida consideración, además, de la existencia de normas legales que autorizan al Ministerio Público y a los tribunales a brindar medidas de protección a favor de los derechos fundamentales de víctimas y testigos.

Es por lo expuesto que creemos que, aun cuando se trate de una materia debatible, sería posible sostener la primacía del derecho constitucional a la vida, integridad o seguridad por sobre el artículo 307 del CPP, lo que podría llevar a construir una justificación para aplicar la medida de reserva de identidad en juicios seguidos por delitos comunes, en virtud de lo dispuesto por el artículo 308 del CPP, si se dieran los supuestos de necesidad y proporcionalidad señalados con anterioridad.

Todo lo comentado nos permite finalmente sostener que, en el caso de la especie, debido a que la Fiscalía habría valorado debidamente los requisitos de proporcionalidad y necesidad, la adopción de la reserva judicial de identidad se encontraría justificada.

10 Informe emitido en primer trámite constitucional por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, boletín 1630-07, página 82.



III Artículos

LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y LA RESERVA DE IDENTIDAD DE LOS IMPUTADOS. INFORME EN DERECHO ¹¹

MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ

Abogado

Asesor Externo del Fiscal Nacional

I. INTRODUCCION

El Fiscal Nacional del Ministerio Público me ha planteado diversas **dudas de constitucionalidad** en relación a la petición formulada por la Defensoría Penal Pública, en algunos casos acogida por los Tribunales de Garantía, en la audiencia de control de detención, en orden a que se decrete **la reserva de identidad de los imputados** por los intervinientes en el Proceso Penal y que se disponga **prohibición de informar** a los medios de comunicación social acerca de dicha identidad.

A raíz de ello, el Fiscal Nacional, mediante Memo FN N° 045, de fecha 6 de noviembre de 2003, me ha indicado que “ interesa analizar desde el punto de vista constitucional y luego legal, los siguientes puntos:

a) **Si la garantía de la libertad de información**, Artículo 19° N° 12° de la Constitución, **se ve afectada** por la decisión de los tribunales de prohibir la revelación de la identidad de los imputados.

b) **Si existe alguna norma legal** en el Código Procesal Penal o en otra ley **que pudiera fundamentar la restricción de la libertad de información** que se ha señalado.

c) Si los fiscales, como intervinientes del nuevo proceso penal pueden ejercer **recursos procesales o constitucionales para impugnar la decisión** de un tribunal de garantía en el sentido señalado ”.

Con el objeto de absolver las consultas que me han sido formuladas, resumiré, **en primer lugar, el sentido y alcance de la libertad de emitir opinión y de informar sin censura previa**, que la Carta Fundamental asegura a todas las personas, haciendo hincapié en que **dichas libertades sirven de fundamento constitucional al principio de publicidad** de los actos estatales **y tornan en excepción los casos de reserva o secreto** que contemple el ordenamiento jurídico, dentro del cual se inserta el Código Procesal Penal. En seguida, abordaré la **presunción de inocencia**, pues ha sido invocada para justificar la prohibición de revelar la identidad de los imputados. Por último, sobre esas bases, **me haré cargo de los problemas** planteados por el Fiscal Nacional, **así como de los medios de impugnación** de aquella decisión judicial.

II. LIBERTAD DE EMITIR OPINIÓN Y DE INFORMAR SIN CENSURA PREVIA

La Constitución, en su artículo 19° N° 12°, asegura a todas las personas la **libertad de omitir opinión y de informar, sin censura previa**, en cualquier forma y por cualquier medio.

La primera de esas libertades consiste en formular un “ juicio de valor sobre un problema formulado por quien, poseyendo un conocimiento intermedio entre la ignorancia y la ciencia, se pronuncia ante una audiencia sobre sus posibles causas y soluciones de manera atendible o plausible ”¹². Por su parte, mediante el ejercicio de **la libertad de informar** se dan a conocer o se transmiten hechos, acontecimientos,

11 Existe un primer Informe en Derecho sobre la materia, realizado por Olga Feliú de Ortúzar, el cual se encuentra publicado en Boletín del Ministerio Público N° 17 de diciembre de 2003.

12 José Luis Cea Egaña: **Tratado de la Constitución de 1980** (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1988) p. 93.

datos, mensajes o noticias, con lo cual surge nítido que **el asunto que me ha sido consultado incide, directamente, en esta segunda libertad** y no en la de opinión.

Ahora bien, la Constitución asegura el ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar, que sirven de fundamento al principio de publicidad de los actos estatales, **sin censura previa**, esto es, sin que para la difusión o transmisión de la opinión o de la información se requiera de una autorización dada con anticipación o sin que el titular de aquellas libertades pueda ser objeto de molestias, impedimentos o prohibiciones que conduzcan a privarlo, perturbarlo o amenazarlo en el legítimo ejercicio de una u otra de esas libertades.

En nexa con la censura previa tiene que ser advertido, pues se vincula con los asuntos consultados, que nuestros **Tribunales han sustentado, regularmente, un concepto amplio de censura previa**, en términos tales que **cualquier impedimento** a la libre difusión de opiniones e informaciones **es constitutivo de tal censura** y, por ende, se halla constitucionalmente proscrito, ya que incluye “ **cualesquiera medidas limitativas de la elaboración o difusión de una obra del espíritu...** ”¹³.

Sin embargo, **a partir del 15 de junio de 1993**, la Corte Suprema, en ciertos casos, **ha restringido el concepto de censura previa**, de lo cual derivó, v. gr., que se prohibiera la internación y comercialización en Chile del libro **Impunidad Diplomática**, por cuanto consideró que aquella medida constituía el instrumento idóneo para evitar que se concretara, en forma flagrante, la violación de diversos derechos fundamentales invocados por los recurrentes ¹⁴.

La nueva tesis, tendiente a comprimir el alcance de la censura previa y, al mismo tiempo, proclive a dotar de eficacia a los preceptos constitucionales que permiten cautelar o proteger **preventivamente** los derechos fundamentales amagados por el ejercicio abusivo de la libertad de expresión, encontró fundamento en parte de **la doctrina**¹⁵, sin perjuicio de otra que la ha controvertido:

“... **la acción jurisdiccional o tutela preventiva por amenaza de derechos esenciales** (honor o privacidad), derivadas del ejercicio del derecho a la libertad de expresión o información **está prohibida** considerando el bloque de constitucionalidad de la libertad de opinión e información, **mientras forme parte de dicho bloque el artículo 13° de la Convención Americana de Derechos Humanos** ”¹⁶.

En efecto, dicho precepto internacional señala, en su párrafo 2º, que el ejercicio de la libertad de informar “ **no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores**, las que deben

13 Considerando 6º de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 11 de junio de 1984, reproducida en **Fallos del Mes** N° 307, pp. 238 - 242. En el mismo sentido, léase el considerando 7º de la sentencia de por esa misma Magistratura, pronunciada el 12 de junio de 1986, contenida en LXXXIII **Revista de Derecho y Jurisprudencia**, 2 p., S. 5, p. 50.

Tal fue también la tesis sostenida bajo el imperio de la Constitución de 1925, como puede leerse en los diversos fallos citados por Enrique López Bourasseau: **Jurisprudencia Constitucional 1950 - 1979** (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1984) pp. 30 - 37. Asimismo, el **Tribunal Constitucional de España** en su sentencia N° 52 de 1983, reproducida por Francisco Rubio Llorente: **Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales** (Barcelona, Ed. Ariel, 1995) p. 207.

14 Considerando 7º de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 31 de mayo de 1993, confirmada por la Corte Suprema el 15 de junio de 1993, reproducida en **Fallos del Mes** N° 415, pp. 349 - 360. El mismo criterio sería reiterado, a propósito de **La Última Tentación de Cristo**, como consta del considerando 14º de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 20 de enero de 1997 (Rol 4.079 - 96), confirmada por la Corte Suprema el 17 de junio de 1997.

15 José Luis Cea Egaña: “ Misión Cautelar de la Justicia Constitucional ” en XX **Revista Chilena de Derecho** N° 2 - 3 (Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad Católica, 1993) p. 403.

16 Humberto Nogueira Alcalá “ El Derecho a la Libertad de Información sin Censura Previa en el Contexto del Ordenamiento Jurídico Interamericano y Chileno ”, en XXX **Jornadas de Derecho Público** (EDEVAL, Valparaíso, 1999) p. 279. En el mismo sentido, Lucas Sierra: “ Pluralismo y Comunicación Social: Libertad de Expresión y Dos Conceptos de Libertad ” en **Revista de Derecho** (Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 1997) pp. 17 - 26; y David P. Currie: **Introducción a la Constitución de Estados Unidos** (Buenos Aires, Zavalia ed., 1983) pp. 109 - 120.

estar **expresamente fijadas por ley** y ser **necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública**". Adviértase, en consecuencia, que **la Convención Americana no admite forma alguna de censura previa**, sino sólo perseguir las responsabilidades que se deriven del ejercicio de la libertad de informar y esto último, sólo en los casos expresamente previstos en la ley, los cuales pueden fundarse nada más que en las razones taxativas que contempla la norma.

Por ello, la prohibición de exhibir **La Última Tentación de Cristo** fue objeto de un proceso, en contra del Estado de Chile, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual concluyó condenando a nuestro país¹⁷, al punto que fue necesario modificar el artículo 19° N° 12° inciso final de la Constitución para eliminar la censura previa en materia cinematográfica¹⁸, en cumplimiento de la decisión adoptada por aquel Tribunal Internacional.

A raíz de lo expuesto, resulta menester comprender que el conflicto entre la libertad de informar y las consecuencias que se deriven de su ejercicio, respecto de otros derechos constitucionales, **no se resuelve** privilegiando aquella libertad o esos derechos, para dejar sin eficacia a una u otros, máxime cuando, atendidos los avances en el desarrollo de los medios de comunicación global, resulta prácticamente imposible darle eficacia a medidas prohibitivas de la libertad de informar:

" Con todo, **es un hecho incuestionable** que, en la actualidad, **las limitaciones o restricciones sobrevinientes**, cualquiera sea la autoridad -judicial o legislativa- que las imponga y sean preventivas o no, **resultan más bien teóricas**.

En efecto, el fenómeno de la globalización, que he definido como "**un proceso inevitable** de producción, acceso y transferencia de información, que se acrecienta, en forma más acelerada y sistemática, conforme avanza el desarrollo tecnológico"¹⁹, torna **prácticamente imposible mantener cautivas las expresiones**. Si algo quiere ser difundido, por más resguardos que se adopten u obstáculos que se pongan, habrá de conocerse, sea que pueda calificarse esa difusión como legítima o no.

Sin desconocer que los Tribunales, en aplicación directa de la Convención o de la Constitución y para proteger preventivamente los derechos humanos, pueden adoptar medidas preventivas o cautelares, resulta indispensable, en términos prácticos, **configurar adecuadamente el derecho a la libertad de expresión**, elaborando criterios, parámetros u orientaciones que permitan perseguir, aunque sólo sea en el ámbito de la reparación civil, a quien, aduciendo o escudándose en el falso ejercicio de esa libertad, vulnera derechos fundamentales²⁰.

En ese contexto, la **cuestión cardinal** estriba, entonces, en detectar **el ámbito legítimo de la libertad de informar** y configurar adecuadamente las limitaciones que sean, a la vez, protectoras del ejercicio de aquella libertad, pero también que garanticen el respeto a los demás derechos fundamentales, pues **la prohibición de difundir una información**, con la finalidad de salvaguardar preventivamente el ejercicio de otros derechos fundamentales, **sólo puede ocurrir cuando se ha abusado de la libertad de informar**, pues, de lo contrario, el acto prohibitivo se constituirá indefectiblemente en censura previa:

17 **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, Serie C: Resoluciones y Sentencias N° 73, pronunciada el **5 de febrero de 2001**.

18 **Ley N° 19.742**, publicada en el Diario Oficial el 25 de agosto de 2001.

19 Miguel Ángel Fernández González: " Globalización: Rol del Derecho Público y Transformación del Estado " en **Revista Chilena de Derecho Santiago, (Facultad de Derecho de la Universidad Católica, Número Especial, 1998)** p. 46.

20 Miguel Ángel Fernández González: " Libertad de Expresión, Censura Previa y Protección Preventiva de los Derechos Fundamentales ", publicado en **XXVIII Revista Chilena de Derecho** (Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad Católica, 2001) p. 395..

“ **La libertad de expresión**, socialmente organizada a través de los medios, **debe respetar el derecho de las personas a su reputación y dignidad**. Últimamente **hemos visto florecer un conjunto de prácticas que amparándose en la libertad de opinión, la desbordan y dejan al individuo en la más completa indefensión**.

La reacción frente a tales desbordes **puede ser más catastrófica** que la acción de los medios, pues **también en nombre de la protección del individuo se puede terminar sobrepasando el campo de la libertad de expresión y caer en prácticas restrictivas**, que son **incompatibles con el sano ejercicio de la democracia** ”²¹.

Llevado lo expuesto al asunto que me ha sido planteado por el Fiscal Nacional, resulta necesario verificar **si informar acerca de la identidad del imputado**, en un proceso penal, **constituye ejercicio legítimo o ilegítimo de la libertad de informar**, pues sólo en este segundo caso el juez queda habilitado para prohibir que se revele aquella identidad y esto **nada más que cuando la difusión puede lesionar derechos constitucionales** de que sea titular el imputado.

Para resolver si difundir la identidad del imputado en el proceso penal es o no ejercicio legítimo de la libertad de informar, tiene que explicarse cómo el **principio de publicidad de los actos estatales** constituye un valor, fundado en la Constitución, que adquiere carácter principal o decisivo en el Código Procesal Penal, en tanto que **los casos de secreto o reserva** deben hallarse **expresamente contemplados** por la Carta Fundamental o la ley y que, como tal excepción, deben **interpretarse y aplicarse restrictivamente**.

Del análisis referido surgirá nítido que **informar acerca de la identidad del imputado constituye ejercicio legítimo** de aquella libertad y que, por ende, **prohibir su difusión es constitutivo de censura previa**, salvo en la hipótesis contemplada en el artículo 289º del Código Procesal Penal, **adoptada durante la audiencia del Juicio Oral**, en los términos precisados por aquella disposición.

III. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DE LOS ACTOS ESTATALES

En el ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar **encuentra uno de sus fundamentos el principio de publicidad de los actos estatales**, v. gr., los que ejecute el Ministerio Público en la etapa de investigación o los que, durante esa misma fase y a lo largo de todo el proceso, lleven a cabo los Tribunales:

“ El **carácter público de los actos estatales encuentra su base en la Carta Fundamental** y no es, por ende, sólo un principio de rango o jerarquía legal. Empero y como es fácil de advertir, **tal principio no se encuentra explícito en el texto del Código Político, sino que él se haya implícito en su contexto**.

Son diversas **las razones que permiten sostener que la publicidad de los actos estatales es un principio de jerarquía constitucional**.

Así y **en primer lugar**, tal principio es una consecuencia indubitable del **Régimen Político trazado en la Constitución**; **en segundo lugar**, así se desprende de **la libertad de información**, que el Código Político asegura a todas las personas en su **artículo 19º Nº 12º inciso 1º**, aunque con el resguardo que en su lugar se indicará; **en tercer lugar**, la publicidad de los actos estatales es un **supuesto indispensable**

21 Jaime Herrera Ramírez: “La Libertad de Expresión, Seguridad Jurídica y Responsabilidad Social” en **Libertad de Expresión y Responsabilidad Social** (Cámara Nacional de la Industria de Radio y Televisión, México, 1998) p. 259. Asimismo, véase Tomás P. Mac Hale: “ Marco Jurídico de la Libertad de Opinión: Problemas y Perspectivas ” en **X Revista Chilena de Derecho** (Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad Católica, 1983) pp. 623 - 632.

para el adecuado ejercicio y la oportuna defensa de los derechos fundamentales; y, finalmente, porque la confidencialidad constituye la excepción, ya que cuando el Poder Constituyente ha querido dotar a un acto público con el carácter de secreto o reservado, así lo ha señalado especial y expresamente, por lo que *-mutatis mutandi-* la regla general es la publicidad de los actos estatales ²².

Clarificando que el principio general en esta materia es el de la publicidad, la doctrina ha señalado que:

“ Durante muchos años el problema de la publicidad en los actos de la Administración del Estado, o los actos administrativos propiamente tales, o en términos más genéricos, el problema de todo tipo de actos estatales, no fue abordado diáfanoamente desde el punto de vista de la publicidad del mismo. Sin embargo, debemos partir de una base muy clara. Si los particulares, o en términos más específicos con relación a nuestra disciplina, los administrados, tienen derecho a saber lo que el Estado hace, y lo que de mayor o menor manera se proyecta respecto de ellos, ya generándoles derechos, ya creándoles obligaciones, es indudable que para los efectos de que tales particulares puedan hacer uso de los derechos que legítimamente contempla la ley para que puedan reclamar de la eventual ilegitimidad de tales actos, es evidente que puedan conocerlos en su oportunidad. De allí es pues que la publicidad de los actos del Estado entró en los últimos años a ser reconocida claramente como una garantía de la esencia de un Estado de Derecho...

Así es como, hace algunos años, una reunión de connotados especialistas celebrada en París llegó a la conclusión de que los actos administrativos y en general los actos estatales, como norma general debían ser públicos...

De todo lo cual se deduce, en especial de los dos preceptos preinsertos (el artículo 19º Nº 12º incisos 1º y 2º de la Constitución), que la publicidad está muy directamente vinculada con la libertad de opinión, y, desde otro punto de vista, la publicidad en sí entraña el que para que esa libertad de opinión prospere, y para quienes tiene derecho a materializarla en órgano, o para quienes van a ser los beneficiarios de esta libertad de opinión, para que todo esto prospere, es necesario que el acto sea público, vale decir, que exista el derecho por parte de esos órganos transmisores de la libertad de opinión, de dar publicidad, de dar a conocer los actos de que se trata, cualesquiera que sean las circunstancias que motivan esos actos, claro está, que se trate de actos que legítimamente puedan ser publicitados.

...Lo que queremos señalar y destacar aquí es que existe, por así llamarlo, el derecho a la publicidad, es decir, el derecho a que la Administración del Estado, o en términos más amplios, los órganos que integran el Estado, sean éstos del campo administrativo, legislativo o judicial, no pueden operar sobre la base del secreto como norma general, porque, a la inversa, lo que respeta y consagra la Constitución de la República es precisamente el concepto de publicidad ²³.

El principio de publicidad de los actos estatales queda confirmado, a mayor abundamiento, porque cada vez que el Poder Constituyente ha querido conferir carácter secreto o reservado a alguno de

22 Miguel Angel Fernández González: “ El Principio de Publicidad Administrativa ” en la obra colectiva **La Administración del Estado de Chile** (Santiago, Ed. Conosur, 2000) p. 730; y del mismo autor: “ El Principio de Publicidad de los Actos Estatales y de los Documentos y Antecedentes en que se fundan ” en Felipe González (editor): **Litigio y Políticas Públicas en Derechos Humanos** (Santiago, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 2002) pp. 187 - 199.23 Enrique Silva Cimma: **Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Principios Fundamentales del Derecho Público y Estado Solidario** (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1996) pp. 133 - 135.

23 Enrique Silva Cimma: **Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Principios Fundamentales del Derecho Público y Estado Solidario** (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1996) pp. 133 - 135.

aquellos actos **lo ha señalado expresamente**, habilitando a la autoridad competente para así disponerlos²⁴. Así lo ha hecho, concretamente, **sólo en dos casos**, los cuales están contemplados en los **artículos 32º Nº 17º y 96º inciso 2º** de la Constitución y sin que en dichos preceptos **el Poder Constituyente declare** -por sí y ante sí- **secretos o reservados los actos respectivos, sino que apenas habilita** al Presidente de la República o al Consejo de Seguridad Nacional, en su caso, **para declarar la confidencialidad**. Con ello y en principio, entonces, tanto **las discusiones y deliberaciones en materia de relaciones exteriores** cuanto **los acuerdos u opiniones pertinentes adoptados por el Consejo de Seguridad Nacional** son también, **por regla general**, públicos.

Pues bien y acudiendo al viejo aforismo jurídico, conforme al cual, **la excepción confirma la regla**, resulta menester concluir que, al haber dispuesto la Carta Fundamental **sólo dos casos** en que considera admisible el secreto o reserva, entonces, **el principio general es que los actos adoptados por los órganos estatales, su fundamento y el procedimiento respectivo son públicos**.

En otras palabras y acudiendo al **artículo 7º inciso 2º** de la Constitución, **los órganos del Estado no pueden declarar** a su arbitrio **el secreto o reserva** de sus actos, sino **sólo en los dos casos establecidos por la Constitución o en otros**, expresa y especialmente, **contemplados por la ley**, la cual, tratándose de actos emanados del Poder Judicial, **debe ser aprobada con quórum de ley orgánica constitucional**, de acuerdo al **artículo 74º** de la Carta Fundamental **y ser sometida**, previa y obligatoriamente, **a control por el Tribunal Constitucional**, conforme a su **artículo 82º Nº 1**.

En resumen, el carácter público de los actos de los órganos del Estado, de sus fundamentos, de los documentos que le sirven de base y de los procedimientos de que son secuela **es un principio de rango constitucional**. Ello, entre otras razones, porque, **aunque no se encuentra reconocido en texto expreso** por la Carta Fundamental, **así se desprende del derecho** contenido en su **artículo 19º Nº 12º inciso 1º**. Hállase allí el principio general que sólo reconoce como excepciones los casos de secreto dispuestos, expresamente, por la Constitución o la ley y sin perjuicio que esta última pueda ser confrontada, en sede preventiva o *a posteriori*, con la Carta Fundamental.

Por ello, **prohibir la difusión de un acto estatal**, como es atribuir la calidad de imputado **a una persona, es inconstitucional**, salvo que se disponga el secreto directamente por la ley o que ésta habilite al Juez para establecer la reserva de identidad. **De no ser así, entonces, aquella prohibición lesiona la libertad de informar**, de que son titulares los medios de comunicación social y los intervinientes en el proceso penal, pues **constituye un acto de censura previa, proscrito por el artículo 19º Nº 12º inciso 1º** de la Constitución **y por el artículo 13º párrafo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**.

24 En el caso de **actos de particulares** a los cuales el Poder Constituyente les confiere carácter secreto o reservado, léase el **artículo 15º inciso 1º** de la Constitución, donde se contempla el **único caso** en que la Carta Fundamental ha conferido, **directamente**, el carácter secreto a un acto, el cual, por lo demás, no emana de un órgano público, sino de los ciudadanos, pues establece que " en las votaciones populares, el sufragio será personal, igualitario y **secreto...** ". A su turno, **un principio de reserva** existe en el **artículo 19º Nº 5º**, pero tampoco es a propósito de los órganos del Estado, sino también de particulares, pues allí se asegura a todas las personas " la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar **sólo puede** allanarse y las comunicaciones y documentos **privados** interceptarse, **abrirse o registrarse** en los casos y formas determinados por la ley ".

Un tercer ejemplo de secreto en la Constitución, también respecto de entidades no estatales, se encuentra en el **artículo 19º Nº 15º inciso 5º**, cuando preceptúa que la nómina de los militantes de los partidos políticos " se registrará en el servicio electoral del Estado, el que guardará **reserva** de la misma, la cual **será accesible** a los militantes del respectivo partido ".

IV. SECRETO O RESERVA

Siendo la publicidad de los actos estatales un principio constitucionalmente protegido por las razones ya expuestas, menester resulta reconocer, sin embargo, que **dicho principio no es absoluto**, sino que **admite excepciones**:

“ Una **democracia constitucional genuina**, desde el doble ángulo de lo público y lo privado, se tipifica por la **información amplia pero no ilimitada**, el pluralismo de las fuentes noticiosas, el libre debate y crítica, la transparencia en las decisiones, la buena fe y confianza en las actuaciones, así como otras cualidades que, **incluyendo casos instrumentales de secreto o reserva**, la convierten en gobierno visible, controlable y responsable por antonomasia ”²⁵.

Por ende, como ya se ha expresado, **la declaración de** que un determinado acto público tiene **carácter confidencial constituye la excepción**, la cual, atendido que implica una limitación de la libertad de informar **sólo puede ser declarada por la Constitución o la ley**, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19º N° 26 de la Carta Fundamental; y, más aún, si se faculta a un Tribunal para que declare el secreto o reserva, dicha ley **debe tener rango orgánico constitucional**:

Que lo expuesto es una materia reservada a la ley, resulta claro al leer lo dispuesto en los **artículos 5º inciso 2º, 19º N° 26º, 32º N° 8º y 61º** del Código Político, preceptos en los cuales se configura el **Principio de Reserva Legal con carácter fuerte** respecto de la regulación de los derechos fundamentales, Sobre todo, si de lo que se trata ya no es sólo de regular, sino que de **limitar** el ejercicio de la libertad de informar, como lo confirman la doctrina²⁶ y la jurisprudencia²⁷.

En consecuencia, la determinación de si las actuaciones de los órganos estatales, como el Ministerio Público o los Tribunales, son secretos o reservados **sólo puede ser hecha por la ley** e igualmente **es materia reservada al legislador cuando se faculta a los Jueces** para que dispongan la confidencialidad de hechos, actos, conductas, nombres o denominaciones, atendido que con ello se está limitando el ejercicio del derecho que se asegura en el artículo 19º N° 12º de la Carta Fundamental, de lo cual se sigue que **ninguna autoridad** -que no esté autorizada por disposición expresa de la Constitución o la ley- **puede atribuirse la potestad de declarar la confidencialidad**. Si así lo hiciera, **sin que se le haya conferido dicha potestad, la decisión adolecería de Nulidad de Derecho Público**, de acuerdo al **artículo 7º incisos 2º y 3º** del Código Político.

De cuanto viene siendo expuesto surge nítido que **los actos que ejecute el Ministerio Público o los que realicen los Tribunales son públicos**, a menos que la Constitución o la ley los declaren secretos y que **uno ni otro pueden declarar casos de reserva o confidencialidad, a menos que los haya autorizado la ley orgánica constitucional** respectiva. Por ende, **prohibir la difusión de un acto, hecho, conducta o la identidad del imputado lesiona**, en su esencia, **la libertad de informar, de que son titulares todas las personas, entre las cuales se encuentran los medios de comunicación social y los intervinientes en el proceso penal**.

25 José Luis Cea Egaña “ Estatuto Constitucional de la Libertad de Información ” en **Revista de Derecho** (Coquimbo, Universidad Católica del Norte, 1998) pp. 21 - 22.

El mismo autor se encarga de precisar que:

“Jurídicamente, el secreto y la reserva son términos que difieren **por la mayor jerarquía de los valores protegidos por el primero, resultando de ello una pena más severa para quien infrinja el secreto y también un plazo de protección más prolongado...** ”. (p. 14).

26 José Luis Cea Egaña: “ Sobre el Principio de Legalidad Presupuestaria ” en **XIX Revista Chilena de Derecho** N° 3 (septiembre - diciembre de 1992) p. 417. Sobre el tópico, léase el prolijo estudio del profesor Cea Egaña: “ Los Principios de Reserva Legal y Reglamentaria en la Constitución Chilena ” en **IX Revista de Derecho** (Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 1998) pp. 65 ff.; y Carlos Carmona Santander: “ Tendencias del Tribunal Constitucional en la Relación Ley - Reglamento ” en **LXI Revista de Derecho Público** (1998 - 1999) pp. 180 ff.

27 Considerando 26º de la sentencia pronunciada por el **Tribunal Constitucional** el 26 de abril de 1997 (Rol N° 254).

V. PUBLICIDAD Y SECRETO EN EL PROCESO PENAL

A la luz de cuanto ha sido expuesto, en nexa con el principio de publicidad y la confidencialidad, las consultas formuladas exigen examinar el Código Procesal Penal, para revisar si se encuentra en él alguna disposición que autorice a los Jueces de Garantía para prohibir que se difunda la identidad del imputado. Sobre todo considerando que **el principio de publicidad se erige en una de sus reglas fundamentales** de dicho proceso, en clara contraposición con el Sistema de Enjuiciamiento anterior:

“ 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 una mecanismo indispensable para que la administración de justicia cumpla con las demás funciones que la sociedad le encomienda**. Una de ellas es la de resolver los conflictos, de un modo que sea percibido como legítimo por la comunidad, con miras a **reforzar la confianza de la ciudadanía en el sistema jurídico...** En el mismo sentido... **permitir una adecuada socialización del trabajo del sistema judicial y de mejorar su percepción por parte del común de la gente**. En este mismo sentido... **resaltar la figura del juez como actor del sistema institucional**.

También 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 **reafirmado ante el conjunto de la comunidad la vigencia de los valores del sistema jurídico** ²⁸.

El **derecho a que los procesos sean públicos**, esto es, a **que los juicios puedan ser conocidos más allá de las personas vinculadas a él**, tiene por finalidad **proteger a las partes y mantener la confianza** de la comunidad en los Tribunales²⁹, sobre la base, tratándose del Enjuiciamiento Criminal, de lo preceptuado en el **artículo 8º párrafo 5º de la Convención Americana**, en virtud del cual “ **el proceso penal debe ser público**, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia ”.

En la **doctrina y jurisprudencia comparada** se ha explicado el sentido que tiene la publicidad en el proceso penal:

“ Por ello, **el Tribunal Europeo de Derechos Humanos** ha insistido en la importancia que en esta materia tienen las apariencias, de forma que **debe abstenerse todo juez del que pueda temerse legítimamente una falta de imparcialidad**, pues va en ello la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables, comenzando en los penales por los mismos acusados. **Esta prevención** que el juez que ha instruido y que debe fallar puede provocar en los justiciables **viene aumentada si se considera que las actividades instructoras no son públicas** ni necesariamente contradictorias... En un sistema procesal en el que la fase decisiva es el juicio oral, al que la fase de instrucción sirve de prepara-

28 **Mensaje** del Código Procesal Penal

29 Miguel Angel Fernández González: “Recurso de Protección y Jurisdicción Doméstica: Un Principio de Solución ” en XXVI **Revista Chilena de Derecho** (Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad Católica, 1999) pp. 761 - 781

ción, debe evitarse que este juicio oral pierda su virtualidad o se empañe su imagen externa, como puede suceder si el juez acude a él con imprecisiones o prejuicios nacidos de la instrucción o si llega a crearse con cierto fundamento la apariencia de que esas impresiones y/o prejuicios existan.

La consecuencia práctica de esta doctrina no podía ser otra que estimar inconstitucional la acumulación en un mismo juez de las funciones de investigar y juzgar (o intervenir en la sentencia)...³⁰.

Situándose ahora, concretamente, en el Código Procesal Penal, el carácter **básico y rector del principio de publicidad**, queda de manifiesto desde su **artículo 1º**, cuando se consagra el **derecho de toda persona** a un juicio previo, oral y **público**, confirmándose que los casos de secreto son excepcionales:

“ En general **las disposiciones sobre secreto son escasas**, lo cual es una buena señal porque de esta manera se puede observar cómo **nuestro legislador se ha ido modernizando y colocándose a la altura de las legislaciones avanzadas en materia procesal penal**, donde se respeta la publicidad como derecho fundamental para resguardar la defensa del sujeto procesal pasivo ”³¹.

A partir de las consideraciones generales expuestas, las excepciones a la publicidad en el nuevo proceso penal, que han sido o puedan ser invocadas para sostener la prohibición de informar acerca de la identidad del imputado, **se encuentran principalmente en los artículos 92º, 182º y 289º** del Código Procesal Penal.

En efecto, el **artículo 92º** señala que “ **los funcionarios policiales** no podrán informar a los medios de comunicación social **acerca de la identidad de** detenidos, imputados, víctimas, testigos, ni de otras personas que se encontraren o pudieren resultar vinculadas a la investigación de un hecho punible ”.

Desde luego, surge nítido que la **prohibición** allí dispuesta **alcanza nada más que a los funcionarios policiales, sin que pueda extenderse o aplicarse por analogía** a otros intervinientes en el proceso penal, como el Ministerio Público, y menos a los medios de comunicación social, pues **no cabe la interpretación extensiva o analógica cuando se trata de aplicar preceptos excepcionales**, como son los que contemplan la confidencialidad que, a mayor abundamiento, son limitaciones al ejercicio de derechos asegurados en la Constitución y en tratados internacionales.

Con todo, el **artículo 92º no constituye un caso de reserva o secreto, sino que una regla de actuación de los funcionarios policiales en aras**, como señala la excepción contemplada en el artículo 8º párrafo 5º de la Convención Americana, **de preservar los intereses de la justicia**:

“ En cuanto a la prohibición a los intervinientes y sus defensores de entregar información y formular declaraciones a los medios de comunicación social, **no apunta a guardar reserva, porque el juicio es público, sino a evitar que alguno de los intervinientes pueda manipular las decisiones judiciales** presionando través de la opinión pública para sacar ventajas de sus contrincantes³² .

El principio general que se consagra es la **publicidad** general, es decir, tanto interna como externa³³ .

30 Faustino Córdón Moreno: **Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal** (Navarra, Ed. Aranzadi, 2002) pp. 115 - 166.

31 Beatriz Alejandra Palma Alonso: **Publicidad y Secreto en el Nuevo Código Procesal Penal** (Santiago, Memoria de Grado Universidad de Los Andes, 2002) p. 38.

32 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, contenido en **Anexo de Documentos**, sesión 5ª, celebrada el 20 de junio de 2000, pp. 1.347 - 1.348.

33 Beatriz Alejandra Palma Alonso citada en **supra** nota 20, pp. 56 - 57.

El ámbito acotado de los sujetos obligados por el artículo 92°, así como su objetivo -ajeno al secreto y conectado con la preservación de la labor de los tribunales- **impide que se pueda buscar amparo en él para decretar prohibiciones de informar** a los medios de comunicación social o a otros intervinientes en el proceso penal, como queda en evidencia de la historia oficial de la norma:

“ En la Cámara de Diputados se hizo presente que **esta disposición aparecía como contradicción con el proyecto sobre libertad de prensa**, lo que hacía necesario precisar qué es lo que se quiere evitar que se conozca.

Se aclaró que **el objeto de la disposición es impedir que los funcionarios policiales proporcionen información a la prensa antes de que la conozca el fiscal o el tribunal**. La originalidad del proyecto es que **no existe ya el secreto de sumario; todo es público** en estos procesos, por lo que, en principio, **no habría ninguna razón para que la policía esté impedida de proporcionar la información** a la que tienen acceso las partes. **No tendría sentido tener un juicio oral abierto si se prohíbe informar**.

Se agregó, además que el material del proceso penal, estrictamente, desde el punto de vista del público, sigue siendo de acceso restringido, mientras no sea transformado en actuaciones judiciales formales y bilaterales, que son públicas. Su acceso está limitado a los intervinientes, en atención a la protección del honor y de los intereses de aquellos que están amparados en el principio de inocencia...

Se puso de relieve que efectivamente **uno de los ejes del nuevo Código era, obviamente, la publicidad** que consagra, pero que ésta era creciente a medida que avanza el proceso.

Se puede definir, gráficamente, en tres etapas. **1. La etapa de máxima restricción** en cuanto a la **publicidad es la de la investigación**, en que hay dos entes trabajando. Claramente, la publicidad tiene que ser diferente. **Cuando el fiscal tome conocimiento, conjuntamente con las partes**, de ciertos hechos que le traiga la policía, si las partes quieren darlos a conocer, o **el fiscal cree procedente que se les dé publicidad, podrán hacerlo**. Lo que no es posible es que la policía en su investigación esté dando a conocer aquellos hechos que está investigando y en los que hay incipientes sospechas respecto de la culpabilidad de una persona. **2. La publicidad será creciente en la medida en que avance el procedimiento y exista convicción sobre la comisión del delito y las personas involucradas**. **3. La etapa de mayor publicidad es el juicio**, que es oral, público y con la mayor transparencia. Los testigos, los inculpados y la defensa **están frente al público** y podrán entrar los periodistas. La preocupación expresada dice relación a la forma como se entera la sociedad de lo que ocurre dentro de ella...

La norma general es la libre circulación de información de todo orden. Según el proyecto sobre ley de prensa, **todo es público**. Evidentemente, **hay grados de publicidad y cierta capacidad para manejar la información, pero no hay prohibición de informar**, como tampoco la hay para llegar a la fuente...

El Senado estuvo de acuerdo en que **le da mayor transparencia a la gestión policial el hecho que sus actividades sean conocidas**, siempre que exista la debida coordinación con el fiscal a cargo del caso o esté prevista dentro de las instrucciones generales que sean aplicables, con el objeto de evitar que se vea afectada la investigación. Recordó que, cuando se aprobó el artículo 64° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, que impide a los fiscales emitir opiniones acerca de los casos que tuvieren a su cargo, dejó constancia que ello, **no les vedaba la posibilidad de informar** sobre ellos ³⁴.

34 Emilio Pfeffer Urquiaga: **Código Procesal Penal Anotado y Concordado** (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2001) pp. 113 - 114.

Por ello, **es equivocado invocar el artículo 92°** para prohibir que se informe acerca de la identidad del imputado en el proceso penal, tanto porque aquella disposición **obliga sólo a los funcionarios policiales** cuanto porque **ella no habilita al Tribunal** para extenderla más allá de sus destinatarios legalmente establecidos y del objeto preciso que allí se ampara. Por ende, **si un Tribunal se fundara en el artículo analizado**, para evitar que se difundiera la identidad del imputado, estaría **atribuyéndose potestades que no le han sido expresamente conferidas**, con lo **cual vulneraría el artículo 7°** de la Constitución y **su decisión adolecería de Nulidad de Derecho Público**.

El segundo precepto en que se podría buscar sustento para la prohibición de informar acerca de la identidad del imputado es el artículo **182°** del Código Procesal Penal, 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 ”**³⁵.

Trátase de una prohibición que se establece por el solo ministerio de la ley, sin que ella pueda, por lo tanto, ser extendida para que un Tribunal también la decrete y menos para que lo haga respecto de **un objeto distinto del que la norma declara** confidencial, pues y como ya se explicó propósito del artículo 92°, ello implicaría que el juez se estaría atribuyendo una potestad que el artículo 182° no le concede, lo cual tornaría su decisión en nula de nulidad absoluta, máxime cuando vulneraría derechos fundamentales.

Por otra parte, **los destinatarios** de la prohibición contenida en el artículo 182° **son el Ministerio Público y la policía, sin que ella pueda aplicarse, v.gr., a los medios de comunicación social** ni a los demás intervinientes en el proceso penal, pues la explicación de aquella norma es la misma que ya se dio a propósito del artículo 92°, esto es, **no se contempla en ella, realmente, un caso de secreto o reserva, sino que persigue preservar los intereses de la justicia**, en armonía con la Convención Americana, **al evitar** que, difundiendo las actuaciones de investigación, se **manipulen las decisiones judiciales**.

Por ello, **el objeto** sobre el cual recae la prohibición son **las actuaciones** que desarrollen el Ministerio Público y la policía durante la etapa de investigación, es decir, todas las diligencias que sean conducentes al éxito de las indagaciones, tendientes a determinar los hechos constitutivos de delitos y la participación punible o inocencia de los imputados, conforme se desprende de lo preceptuado en el artículo 80° A de la Constitución en relación con el artículo 77° del Código Procesal Penal, lo cual no alcanza, v. gr., a la identidad del imputado.

En consecuencia, tanto porque se impone por el solo ministerio de la ley -sin que la puedan decretar los jueces- cuanto por sus destinatarios y objeto, la prohibición de informar contenida en el artículo 289° del Código Procesal Penal, no da cobertura a una eventual resolución judicial que prohíba, especialmente a los medios de comunicación social y a los demás intervinientes en el proceso, informar acerca de la identidad del imputado.

35 Los incisos 2° y siguientes de dicho precepto señalan:

“ 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 ”.

Por último, se ha intentado sustentar la prohibición de revelar la identidad del imputado en lo dispuesto en el **artículo 289° letra c)** del Código, al tenor del cual:

“ **La audiencia del juicio oral será pública, pero el tribunal podrá disponer**, a petición de parte y por resolución fundada, **una o más de las siguientes medidas**, cuando considerare que ellas resultan necesarias para proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiere tomar parte en el juicio o para evitar la divulgación de un secreto protegido por la ley:

c) Prohibir al fiscal, a los demás intervinientes y a sus abogados **que entreguen información o formulen declaraciones a los medios de comunicación social** durante el desarrollo del juicio.

Los medios de comunicación social podrán fotografiar, filmar o transmitir alguna parte de la audiencia que el tribunal determinare, salvo que las partes se opusieren a ello. Si sólo alguno de los intervinientes se opusiere, el tribunal resolverá ”.

Como se desprende del claro tenor de la norma transcrita, la prohibición de informar que se establece **sólo puede ser declarada por el Tribunal**. Sin embargo, ella **no puede afectar a los medios de comunicación social**, sino que, única y exclusivamente al **fiscal, a los intervinientes en el proceso** y a **los abogados**.

La fundamentación de aquella atribución judicial se encuentra en que la prohibición de informar resulte necesaria **para proteger la intimidad, el honor o la seguridad** de cualquier persona que deba tomar parte en el juicio o **para evitar que se divulgue un secreto protegido por la ley**.

Empero, se comprende, pues lo señala expresamente el artículo 289°, que aquella prohibición **sólo puede ser declarada** por el Tribunal **durante el desarrollo del juicio oral**, esto es, mientras se lleva a cabo la audiencia respectiva, tal y como lo señala con nitidez absoluta, el título del mismo artículo, el que se encuentra ubicado, a mayor abundamiento, en el párrafo dedicado a **los principios del juicio oral**, dentro del Título III del Libro II del Código Procesal Penal, todo lo cual torna **inaplicable aquella atribución durante la etapa de investigación** por el Juez de Garantía.

En consecuencia, de las disposiciones legales analizadas resulta inconcuso que **en ninguna de ellas**, o en otras conexas, **se habilita al Tribunal de Garantía para prohibir que se informe acerca de la identidad del imputado**, más cuando la difusión de aquella información constituye ejercicio legítimo de la libertad que se asegura a todas las personas en el artículo 19° N° 12° de la Constitución, así como en el artículo 13° de la Convención Americana. **No resulta, entonces, constitucionalmente admisible que se impida difundir aquella información.**

VI. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Atendido lo anterior, es decir, la inexistencia de una disposición legal que autorice, expresamente, al Juez de Garantía para prohibir que se revele la identidad del imputado, se ha argumentado que darla a conocer sería **atentatorio** en contra de la presunción, de inocencia, pues menoscabaría su honra y afectaría su vida privada, lo cual exige, para completar el análisis jurídico de las consultas que me han sido formuladas, revisar el significado y extensión de ella y, por ende, examinar si confiere sustento constitucional a la decisión prohibitiva aludida.

Cabe recordar, primeramente, que el **artículo 4°** del Código Procesal Penal señala que “ ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme ”, pero el asunto tiene que ser revisado desde el nivel constitucional, **pues el artículo 19° N° 3° inciso 6°** de la Carta Fundamental señala que “ **la ley no podrá presumir de derecho** la responsabilidad penal ”, **sin consagrar allí la presunción de inocencia.**

Cierto es, como se recordará, que, en el **Anteproyecto de Nueva Constitución**, se estipulaba que “ toda persona tiene **derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe** judicialmente su **culpabilidad** en conformidad a la ley. Esta no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal ”³⁶. Sin embargo, **el Consejo de Estado**, en su Proyecto, **eliminó el inciso propuesto por la Comisión de Estudio**, en atención al siguiente debate:

“ Con respecto al inciso sexto de este número, don Julio Philippi señala que la norma contenida en él puede **producir efectos no deseados** en una serie de materias, ya que **existen delitos** como la usura **en los que es innecesario probar la culpabilidad**, pues ella se produce por el mero hecho de cobrarse un interés superior al legal, o sea, de manera matemática; por otra parte, **hay infracciones meramente mecánicas** en los sistemas aduanero y tributario, **en las que tampoco se precisa demostrar la culpabilidad**.

El señor Ortúzar aclara que **la finalidad del precepto es la de que el legislador no pueda presumir de derecho la responsabilidad penal**, en forma **que las personas siempre puedan probar que no han tenido intención de ejecutar un hecho aparentemente delictuoso**. La Comisión tuvo muy particularmente en cuenta -añade- el hecho de que, mientras no se pruebe judicialmente que alguien es culpable de un delito, debe presumirse su inocencia.

El señor Philippi insiste en sus observaciones, sosteniendo que en la actualidad hay muchos sistemas penales que resultarían alterados con la disposición en estudio, especialmente en materia de aduanas. **No le parece adecuado consagrar en la Constitución un principio de derecho tan fundamental, cuando los tribunales disponen de diversos mecanismos para impedir la comisión de injusticias**.

Puesto en votación el inciso, se lo rechaza, con los votos en contra de los Consejeros señores Ortúzar y Carmona ³⁷.

Con todo, **la Junta de Gobierno restituyó el precepto aprobado por la Comisión de Estudio**, aunque **sólo en su segunda frase y no incluyendo la presunción de inocencia**, pues **así permitía las presunciones simplemente legales de responsabilidad penal**, las cuales habrían sido también contrarias a la Carta Fundamental de haberse consagrado el derecho general a la presunción referida.

La jurisprudencia comparada ha explicado el sentido y alcance de la presunción de inocencia que, entonces, en nuestro ordenamiento jurídico, **está reconocida sólo a nivel legal**:

“ ...el artículo 24.2 de la Constitución (que consagra el derecho a la presunción de inocencia) significa que **se presume que los ciudadanos no son autores de hechos o conductas tipificados como delito y que la prueba de la autoría y la prueba de la concurrencia de los elementos del tipo delictivo, corresponden a quienes**, en el correspondiente proceso penal, **asumen la condición de parte acusadora**, sin que pueda imponerse al acusado o procesado una especial actividad probatoria, que dependerá siempre de la libre decisión que se adopte al respecto de su defensa, pues la Constitución le reconoce también al acusado el derecho a no declarar contra sí mismo. **Significa, además**, la presunción de inocencia que en los procesos en que se enjuician acciones delictivas **debe existir una prueba de cargo suficiente**, realizada a través de medios de prueba que merezcan un enjuiciamiento favorable desde el punto de vista de su legitimidad constitucional ”³⁸.

36 Comisión de Estudio: “ Proposiciones e Ideas Precisas ” en VIII **Revista Chilena de Derecho** N°s 1 - 6 (Enero - Diciembre de 1981) p. 187.

37 **Actas del Consejo de Estado**, sesión 58ª, celebrada el 12 de diciembre de 1978, pp. 4 - 5.

38 Sentencia del **Tribunal Constitucional de España** N° 105 de 1988, citada por Francisco Rubio Llorente: **Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales** (Barcelona, Ed. Ariel, 1995) p. 356.

De lo expuesto, surgen nítidas, al menos, las **dos conclusiones** siguientes:

Primero, que la **Constitución no consagró el principio de inocencia**, pues quiso conceder al legislador la facultad de establecer presunciones de responsabilidad penal, aunque con el carácter de meramente legales; y

Segundo, como consecuencia de lo anterior, la presunción de inocencia, que consagra el Código Procesal Penal, es una regla de jerarquía legal y que **no cabe erigir en un derecho absoluto**, ya que **ni siquiera el ejercicio de los derechos fundamentales**, que la Constitución asegura a todas las personas, **tienen aquel rasgo**, puesto que **“ jamás un derecho es absoluto y siempre va aparejado del deber correlativo, el cual limita o restringe el ámbito de ejercicio de aquél, encuadrándolo dentro de lo que es lícito o legítimo...”**³⁹:

“...como explica Maier, ‘ la afirmación (del trato de inocente) **no se ha podido sostener al punto de eliminar toda posibilidad de utilizar coerción estatal**, incluso sobre la misma persona del imputado, durante el procedimiento de persecución penal pública ’. En otras palabras, **el principio de inocencia no excluye**, de plano, **la posibilidad de decretar medidas cautelares de carácter personal durante el procedimiento**. En este sentido, instituciones como la detención o la prisión preventiva resultan legitimadas, en principio, siempre que no tengan por consecuencia anticipar los efectos de la sentencia condenatoria sino asegurar los fines del procedimiento.

Tan aceptado es lo anterior, que **los mismos tratados internacionales que reconocen el derecho a la presunción de inocencia están lejos de excluir la legitimidad de las privaciones de libertad que se producen durante el proceso**. Ellos procuran, por el contrario, establecer limitaciones para evitar que tales privaciones de libertad puedan tener un carácter arbitrario o ilegal⁴⁰.

En esta perspectiva, **no se divisa cómo**, entonces, **la difusión de la identidad del imputado pueda ser prohibida sobre la base de la presunción de inocencia**. Esta no impide, como es obvio, que se impongan medidas cautelares, con lo cual, con mayor razón, no parece ser suficiente para llegar a prohibir el ejercicio de un derecho constitucional, como es la libertad de informar. Tampoco se contempla, en el artículo 4° del Código, la atribución de potestad, en forma expresa, a favor del Juez de Garantía para imponer aquella prohibición.

Cierto es que la calidad de imputado implica, necesaria e inevitablemente, una afectación de la honra del sujeto, pero no al nivel de erigirse en fundamento suficiente para prohibirle a los intervinientes en el proceso penal y a los medios de comunicación social, estos últimos ajenos a dicho proceso, que informen acerca de la identidad del imputado.

En este sentido, **el principio de publicidad del nuevo proceso penal contribuye a solucionar el asunto** en la línea explicada, pues la cultura del secreto, tan fuertemente arraigada en las actuaciones de nuestros órganos estatales y tan criticada por su negativa trascendencia en el Código de Procedimiento Penal, ha sido severamente restringida a casos específicos y acotados en el Nuevo Código. Ninguno de esos casos, salvo en el artículo 289°, durante la audiencia del juicio oral, habilita a los Jueces de Garantía para imponer la prohibición de informar acerca de la identidad del imputado. Más aún, tampoco la Convención Americana ni la jurisprudencia de la Corte Interamericana lo permiten, admitiendo sólo la persecución de las responsabilidades y reparaciones ulteriores.

39 José Luis Cea Egaña: **El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica** (Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 2000) p. 87.

40 María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle: **Derecho Procesal Penal Chileno** (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2003), p. 83.

En coherencia con ello, el **artículo 5º** de la **Ley Nº 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público**, confiere acción judicial para reclamar la indemnización por los perjuicios que ocasionen las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público, así como, tratándose de los Tribunales, cabe acudir al derecho asegurado en el **artículo 19º Nº 7 letra i) de la Constitución**:

“...la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro...

...no olvidar la situación procesal de la víctima en el proceso penal, sin expropiarle el proceso y su acotada legitimación, figura que vuelve a redimensionarse en el siglo XX, sobre todo luego de las dos Guerras mundiales, y en donde **el sujeto pasivo de las violaciones de derechos humanos cobra un lugar de realce**, claro es que asegurando, naturalmente, la necesaria observancia del equilibrio entre los intereses del Estado, en la represión y las *garantías* del acusado.

La otra concierne a la **ardua ladera de los límites de esas garantías a fin de impedir precipitarnos en un exceso de protección**, disvalor al cabo, que reviste como una forma anómala y disfuncional, al sobreactuar la tutela constitucionalmente debida...

Así aun **ante la impunidad generalizada y la decepción actual de la sociedad** (y no sólo entre nosotros y en especial en las grandes urbes) respecto al ‘ Servicio ‘ de Justicia, **y en la dimensión presente de las escalas ingobernables que plantea la criminalidad moderna**, fundamentalmente las más graves: La violencia en banda o en comando, los delitos de lesiones y homicidios, los delitos económicos, la corrupción, el narcotráfico y el terrorismo, porque sobre ese particular **debe reconocerse con absoluta honestidad intelectual que nuestro sistema legal no está en condiciones de enmarcar el control y juzgamiento, eficaz y rápido** -agregamos, observando las garantías (así en plural) que asisten a los sujetos del proceso justo- y de las aludidas manifestaciones que producen las organizaciones (desde la patota a la empresa delictiva transnacional) de gran envergadura...⁴¹.

Precisamente, reflexionando en torno del dilema que se ha expuesto, entre la libertad de informar y la presunción de inocencia, y recurriendo a una **regla de equilibrio** aportada por la jurisprudencia alemana, que resulta inaplicable en Chile como se explicará más adelante, se ha advertido que:

“ Las normas transcritas dicen relación con **un ámbito de especial tensión entre dos derechos fundamentales: el derecho a la información y el derecho a la honra...** En efecto, **la sociedad tiene derecho a ser informada** del modo en que se ejerce la acción penal pública y la administración de justicia penal. **Este derecho está vinculado al principio de publicidad del procedimiento, factor democrático de control** sobre el mismo, y **al de transparencia en la actuación de los órganos vinculados a la persecución penal** de los delitos. Pero, **asimismo, debe tenerse en cuenta que con la mera imputación de un delito se está afectando la imagen y honra de una persona**, pudiendo derivarse de ello graves y múltiples perjuicios para la misma. **La jurisprudencia alemana ha solucionado este conflicto por la vía de ponderación.** Ella ha establecido que, **por regla general, prevalece el interés público de la información** en el supuesto de personajes públicos (v.gr., políticos de gran prestigio) o en el caso de delitos graves y, por tanto, **en dichos supuestos estaría permitida la identificación de imputado** y una mayor información acerca de las circunstancias de la imputación. Por el contrario, **en los supuestos de criminalidad leve o mediana, la regla es el anonimato...**

A nuestro juicio, la norma contenida en el artículo 182º Código Procesal Penal se refiere a las concretas actuaciones de investigación, a su contenido y circunstancias específicas⁴².

41 Augusto Mario Morello: **Constitución y Proceso** (Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1998) pp.197 - 198.

42 María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle citados en **supra** nota 29, pp. 503 - 504.

Es efectivo, yendo al contenido de la presunción de inocencia, que ella tiene una **doble finalidad**: Por una parte, desde el punto de vista probatorio, implica que **debe acreditarse**, sin asomo de duda y por los medios de prueba legales, **la participación punible** del imputado en un delito; y, de otra, que el imputado **no puede ser tratado como culpable** durante la secuela del proceso penal.

En esta segunda finalidad de la presunción de inocencia se fundan algunos **para sustentar la prohibición de revelar la identidad** del imputado. Sin embargo, este razonamiento **no es correcto y menos constitucionalmente sustentable**.

Desde luego, **una forma simple**, aunque incompleta, de **resolver** la pugna entre **la libertad de informar** y la prohibición de revelar la identidad, sobre la base de la presunción de inocencia, sería sostener que aquella **libertad no puede ceder ni verse menoscabada o siquiera afectada** por esta presunción **dado la libertad referida posee jerarquía o rango constitucional**, en el artículo 19º N° 12 inciso 1º de la Constitución, mientras que la presunción solo nivel de ley, conforme al artículo 4º del Código Procesal Penal. Obrar dando preferencia a la presunción de inocencia por sobre un derecho que se asegura en la Carta Fundamental, sería **vulnerar el principio de supremacía constitucional**, contenido en el **artículo 6º inciso 1º** del Código Político.

Empero, **ello no es suficiente**, porque al reconocerse la misma presunción **en tratados internacionales vigentes** en nuestro país, sea porque se los considere de jerarquía constitucional o porque Chile no pueda vulnerarlos ni desconocerlos unilateralmente, **exige entrar en el conflicto sustantivo** que deriva de prohibir que se revele la identidad del imputado, sobre la base de la presunción de inocencia, de frente a la libertad de informar.

El punto de partida, para resolver el aparente conflicto radica en reconocer que revelar la identidad del imputado constituye **ejercicio legítimo de la libertad de informar** y que no puede evitarse todo menoscabo a las personas respecto de las cuales se atribuye esa calidad. Es más, esas personas pueden ser objeto, incluso, de medidas cautelares, sin perjuicio del derecho que les reconoce el ordenamiento jurídico para obtener reparación fiscal por los daños que se le causen, sea que los haya provocado el Ministerio Público o los Tribunales.

Con todo y para disipar cualquier duda, resulta útil **acudir**, más allá de las disposiciones particulares previstas en el Código Procesal Penal y que no dan sustento, como se ha comprobado, a la prohibición de revelar la identidad del imputado, a la **disposición legal clave o fundamental** en esta materia, contenida en la **Ley N° 19.733**⁴³, la cual vino a derogar la antigua **Ley N° 16.643**, sobre Abusos de Publicidad de 1967, que, **en su artículo 25º, facultaba a los Tribunales para prohibir la divulgación, por cualquier medio de difusión, de informaciones concernientes a los juicios criminales de que estaban conociendo**.

Pues bien y, precisamente, en consonancia con tratados internacionales, la nueva Ley N° 19.733 eliminó, del todo y **sin excepciones**, aquella disposición, **la cual tenía como sujetos obligados a los medios de comunicación social**, lo cual no ocurre -para ser consistente ambas normativas- **con ninguna de las disposiciones del Código Procesal Penal** que establecen casos de reservas o secreto. Conviene, para advertir la dimensión y consecuencias de aquella derogación, en la materia precisa, transcribir los resultados concretos del *íter* legislativo:

43 Ley sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, publicada en el Diario Oficial el 4 de junio de 2001.

“ A) **La Comisión redactora del anteproyecto** consideró esta materia en el artículo 15°:

Artículo 15°

Sólo cuando existan antecedentes inequívocos que demuestren que la divulgación por cualquier medio de difusión de informaciones concernientes a un determinado juicio penal, de que conozca el tribunal, en que se investiguen hechos que merezcan la pena de crimen, puede entorpecer el éxito de la investigación, **podrá el juez en resolución fundada y motivada, suspender por un plazo breve dicha divulgación sobre la totalidad o sobre aspectos determinados del proceso.** El que infrinja esta suspensión será sancionado con reclusión menos en sus grados mínimo a medio y multa de 2 a 8 unidades tributarias mensuales...

B) Texto del **proyecto presentado por el Ejecutivo**

Artículo 46°

Los tribunales sólo podrán suspender la divulgación de informaciones por cualquier medio de difusión, en juicios penales en estado de sumario, cuando existan antecedentes inequívocos y revestidos de seriedad de que la divulgación pueda entorpecer gravemente el éxito de la investigación o atentar de alguna forma contra la seguridad del Estado. Quien infrinja dicha suspensión será sancionado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de 10 a 20 unidades tributarias mensuales...

C) Texto del **proyecto en la forma aprobada por la H. Cámara de Diputados**

Artículo 40°

Los tribunales sólo podrán suspender la divulgación de informaciones por cualquier medio de comunicación social, en juicios penales en estado de sumario, cuando existan antecedentes inequívocos y revestidos de seriedad de que la divulgación pueda entorpecer gravemente el éxito de la investigación o atentar de contra la seguridad del Estado o contra la garantía constitucional señalada en el artículo 19 N° 4, párrafo 1° de la Constitución Política de la República. Quien infrinja dicha suspensión será sancionado con reclusión menos en sus grados mínimo a medio y multa de 10 a 20 unidades tributarias mensuales...⁴⁴.

Sin embargo, en segundo trámite constitucional, **el Senado suprimió aquel artículo** y rechazó una indicación para renovarlo, según consta de la historia oficial, cuya relevancia, porque confirma cuanto se ha venido explicando, exige su completa transcripción:

“ El señor Viera - Gallo.- Señor Presidente, en la tramitación de este proyecto **se había logrado, respecto de las facultades del juez para prohibir la divulgación de informaciones:** primero -en la Cámara de Diputados-, reducirlas, y luego -en el Senado-, **eliminarlas, a fin de terminar con una traba importante a la libertad de expresión.** Porque los jueces, muchas veces, usaban en forma demasiado extensa dicha atribución, con lo cual no sólo a veces **entorpecían la función periodística,** sino que ayudaban a crear un rumor en la sociedad sobre la veracidad de lo que realmente ocurría en el proceso. Entonces, en la Cámara se redujo dicha facultad del tribunal, y en el Senado se la eliminó.

Me parece inconveniente la indicación en debate, pues **va contra la libertad de expresión.** Pero, en todo caso, **si quisiéramos estudiar bien el asunto, tendríamos que hacerlo al analizar el contexto del nuevo**

44 Jaime Herrera Ramírez: Evolución Temática del Proyecto de Ley sobre Las Libertades de Opinión, Información y Ejercicio del Periodismo (sin publicar).

Código de Procedimiento Penal, porque en dicha normativa será el fiscal el que llevará adelante la investigación, no el juez...

El señor Hamilton.- Señor Presidente, **tuvimos varias razones en la Comisión para rechazar** -por mayoría- **la indicación** en debate cuando en su oportunidad se presentó.

La primera parte del sumario -tal como establece el actual Código de Procedimiento Penal- es secreta, y corresponde a los jueces velar para que el secreto del mismo se respete. Si trasciende el contenido del sumario, o se entregan copias de él, ello es responsabilidad del juez. Pero **es innecesaria una disposición** -con razón, el señor Senador que me antecedió en el uso de la palabra señaló que en muchas oportunidades se ha abusado de ella- **para establecer una prohibición de informar sobre determinados hechos que interesan a la sociedad, en contra de la libertad de opinión.**

En segundo lugar, **en el nuevo Procedimiento Penal una de las características fundamentales es que el proceso propiamente tal pasa a ser público**, no necesariamente la investigación. De manera que **no tendría cabida en el nuevo Código una norma de naturaleza tal que permitiera a los jueces prohibir la divulgación de una determinada diligencia o resolución...**

El señor Fernández.- Señor Presidente, en su oportunidad formulé indicación (fue aprobada en el primer informe) para eliminar la norma actualmente en vigor, que posibilita restringir informaciones a través de resoluciones judiciales.

Señalamos en dicha ocasión -no es del caso entrar ahora a repetir la argumentación- que corresponde al tribunal adoptar todas las medidas pertinentes para los efectos de evitar que las diligencias decretadas en el sumario sean conocidas; que **el hecho de prohibir informar genera una suerte de rumores, de desconocimiento o desinformación** de la población, **lo cual puede ser mucho más grave que la publicación misma**; y, además, que **normalmente los verdaderos interesados o las personas vinculadas a la materia en que recae el intento de prohibición pueden tener conocimiento de ella**, independiente de lo que resuelvan los tribunales. Por eso, expresamos que **no era conveniente mantener desinformado al país si la información se obtiene a través de los medios legítimos** que corresponden.

Nos parece que, **si el tribunal quiere que una gestión judicial no sea divulgada, debe adoptar todas las medidas adecuadas para evitar su difusión.** Pero, si llega a conocimiento de alguna persona, quiere decir que ha fallado el sistema existente para mantener la reserva del sumario y que **nada se obtiene con procurar impedir la publicación.**

Por ello, en su momento solicité rechazar la norma actualmente en vigor. Así ocurrió, y por eso no se incluyó en el primer informe.

Ahora se pretende restablecer la facultad en comento mediante la indicación en análisis, la cual, a mi juicio, presenta los mismos inconvenientes -y probablemente mayores- que tiene la legislación actual...

El señor Larraín.- Señor Presidente, la prohibición de informar existe hoy en nuestra legislación. A raíz de ella, en numerosos procesos se adoptan medidas de tal índole, que duran semanas, meses y, en algunos casos, años.

Es evidente que para algún trámite o instancia específica puede ser conveniente tomar una medida precautoria adicional. Pero **la forma como se ha ejercido la disposición pertinente ha sido atentatoria contra la libertad de información** y ha generado, en definitiva, males mayores que los que se ha tratado de evitar. Porque -como se señaló- los rumores o la manera en que se pretende informar, por vías no regulares, resulta peor para los efectos de proteger la investigación.

En consecuencia, parece más razonable preocuparse de que al interior de los tribunales haya un debido control de los procesos; de que el sumario efectivamente sea secreto -o como fuere el procedimiento en el futuro-, y de que por esa vía se cautele que los procedimientos judiciales mantengan la reserva indispensable para el éxito de las gestiones pertinentes.

En ese sentido, la disposición propuesta, al ampliar, quizás, la legislación vigente, en nada ayuda; por el contrario, **tiende a perpetuar una norma que ha sido grave para el objetivo de la libertad de información** y que no ha servido en modo alguno para mejorar el funcionamiento de los tribunales...

El señor Fernández.- Señor Presidente, complementando lo que aquí se ha señalado, debo agregar que **el precepto sugerido** -como lo hace la disposición en vigor- **colocaría en situación desigual a los medios de comunicación nacionales respecto de los extranjeros, pues la globalización de la información haría imposible su cumplimiento por los medios foráneos**, sobre todo diarios y revistas, e incluso televisión u otros, ya que la información llegaría a través de ellos y los medios nacionales, los radicados en el país, se hallarían impedidos de difundirla. Porque, obviamente, no se podría pretender aplicar también la norma a los extranjeros, toda vez que ello resulta físicamente imposible.

El señor Silva.- Señor Presidente, sólo deseo agregar a las razones aquí dadas (las comparto plenamente) que **hace muy pocos días aprobamos normas sobre publicidad de los actos del Estado que serían absolutamente contradichas con la disposición que ahora se nos propone, con la agravante de que se trataría de un precepto discrecional en manos del juez.**

La verdad es que, en los casos en que han existido normas de esta índole, no siempre se ha probado que esa discrecionalidad haya resultado conveniente...

El señor Brunner (Ministro Secretario General de Gobierno).- Señor Presidente, en la Comisión apoyamos la posición de mayoría, que es contraria a la indicación en debate, simplemente porque en los días en que discutimos esta materia hizo crisis en la práctica su aplicación. Justamente en esa fecha **se pudo observar cómo la internacionalización de los medios** (a lo que se refirió recién el Senador señor Fernández) **permitió que, dictada por un juez una prohibición de informar, los medios nacionales informaran a través de Internet en el exterior y, por esta misma vía, en Chile**, por un lado; y, por otro, que las señales de televisión por cable tomaran la información y la reprodujeran en nuestro país, **lo cual, efectivamente, genera una discriminación en el derecho de informar**, que termina afectando a los medios locales que no cuentan con capacidad de transmitir a través de Internet...

Por lo tanto, creo que, incluso **técnicamente, hoy día dicha medida es insostenible...**

El señor Zurita.- Señor Presidente, **a pocos años de entrar al procedimiento basado en los fiscales y en el juicio oral, no parece pertinente insistir en mecanismos como la incomunicación de los inculcados o el secreto del sumario**, que, según un viejo Ministro de la Corte Suprema, era confundido por los jueces con el " misterio del sumario ".

En verdad, el secreto del sumario es otra de las grandes mentiras: **no hay nada secreto en el sumario.**

Yo pregunto a Sus Señorías: si los llamasen a declarar en un juicio y a la salida un periodista les consultara sobre qué los interrogaron, ¿ estarían obligados a guardar el secreto o el misterio del sumario y a no contar qué les preguntó el juez ? Y con dos o tres interrogaciones a inculcados o a testigos, el periodista tiene armado todo el puzzle...

Por ende, creo que la indicación debe ser rechazada, pues **no podemos frenar lo que es irrefrenable "**.

Finalmente, conviene traer a colación, para completar la secuencia legislativa de la Ley N° 19.733, lo expresado por el Presidente de la República, con motivo de **las observaciones** que formuló al proyecto, donde propuso **derogar la Ley N° 16.643**, ya que ello “ **implicará, además, la eliminación de la facultad que tienen hoy los tribunales de decretar la prohibición de informar** respecto de causas ante ellos pendientes ”⁴⁵. Como es bien sabido, **ambas Ramas del Congreso Nacional aprobaron la derogación propuesta**.

En consecuencia, no admite duda ni controversia el espíritu y nítida intención del **ordenamiento jurídico chileno completo** en la materia analizada, pues la Constitución, los tratados internacionales, el Código Procesal Penal y la Ley N° 19.733 **no admiten**, sobre la base de la presunción de inocencia u otras razones, **afectar la libertad de informar, salvo en los casos expresamente contemplados** en aquel Código, **ninguno de los cuales sirve para sustentar la prohibición de informar acerca de identidad del imputado** decretada por el Juez de Garantía. Lo anterior queda confirmado, adicionalmente, por lo preceptuado en **el artículo 33°** de la Ley N° 19.733⁴⁶ y en los **artículos 17° y 66°** de la **Ley N° 19.806**⁴⁷ que contiene **normas adecuatorias del Sistema Legal Chileno a la Reforma Procesal Penal**.

Finalmente y para despejar dudas en todos los ámbitos, no se olviden las **Pautas contenidas en el Dictamen N° 15**, evacuado por el **Consejo de Ética de los Medios de Comunicación Social** el 25 de Junio de 1997, según el cual, tratándose de la inculpación de delitos:

“ a.- **El medio deberá contar con fuentes seguras para responsabilizar a una persona aunque sea presuntamente, de un delito** penal. Ni siquiera las versiones informales recogidas en la policía o en el tribunal podrán utilizarse sin cotejos y ponderaciones.

b.- **El medio no identificará por su nombre o imagen a personas detenidas por sospechas**, salvo que se trate de un suceso de trascendencia pública y que la identificación provenga de fuentes oficiales.

c.- **El medio deberá evitar la identificación de los parientes o amigos** de éstas, salvo su consentimiento expreso ”.

45 Oficio del Presidente de la República que consta del **Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados**, sesión 28ª, celebrada el miércoles 16 de agosto de 2000, p. 49.

46 Este precepto **prohíbe la divulgación, por cualquier medio de comunicación social, de la identidad de menores de edad** que sean autores, cómplices, encubridores o testigos de delitos, o de cualquier otro antecedente que conduzca a ella. No se olvide, asimismo, que el **artículo 33°** de la misma ley considera como **hechos de interés público** los consistentes en la comisión de delitos o **participación culpable** en ellos, a propósito de lo cual el **artículo 2° letra g)** de la **Ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada**, publicada en el Diario Oficial el 28 de agosto de 1999 y sus reformas, **no incluye, dentro de los datos sensibles**, la situación procesal del interesado.

47 Publicada en el Diario Oficial el 31 de mayo de 2002. El primero de esos artículos fue el único que modificó la Ley N° 19.733, sin incidencia alguna en los asuntos que motivan este Informe en Derecho. Por su parte, el **artículo 66° derogó todas las normas procesales penales especiales incompatibles con** el Capítulo VI A de la Constitución y con las Leyes N°. 19.640, 19.665, 19.708 y **con el Código Procesal Penal**, disponiendo, en texto expreso, que, **en sustitución de ellas, se aplicarán los preceptos de ese Código**.

VII. PROHIBICIÓN VULNERA LIBERTAD DE INFORMAR, ES DISCRIMINATORIA Y NO EXISTE DISPOSICIÓN LEGAL QUE LA FUNDAMENTE

A la luz de cuanto ha sido expuesto, y con ánimo de resumir las reflexiones ya contenidas en las páginas anteriores, procede el suscrito, ahora, a responder derechamente las dos primeras consultas que le han sido formuladas por el Fiscal Nacional, en cuanto a **si el ejercicio del derecho a la libertad de informar**, que la Constitución asegura en su artículo 19° N° 12°, **resulta lesionado** por la resolución del Juez de Garantía que prohíba revelar la identidad de los imputados y **si existe alguna norma legal**, en el Código Procesal Penal o en otra ley, **que pueda servir de fundamento a dicha prohibición**.

Resulta indudable que aquella decisión **vulnera la libertad de informar**, no sólo desde el ángulo constitucional, sino que también respecto de los tratados internacionales vigentes en nuestro país, particularmente pugna con los **artículos 8° y 13° de la Convención Americana**, pues en ellos, como en nuestra Carta Fundamental, se asegura la libertad de informar sin censura previa y sólo admitiendo que operen responsabilidades ulteriores. Llevando el asunto al ámbito de las actuaciones estatales, tampoco admite duda que el **principio de publicidad** rige aquellas actuaciones.

Sin embargo, lo anterior no obsta **a que la ley pueda establecer casos instrumentales de secreto o reserva**, como lo hace, v. gr., el Código Procesal Penal en sus artículos 92°, 182° y 289°. Pero **ninguna de aquellas disposiciones habilita a los Tribunales para prohibir que se revele la identidad del imputado** y menos alcanza, como sujeto destinatario de la obligación de guardar secreto a los medios de comunicación social, lo cual resulta **consistente con el tratamiento** que, en el resto de la legislación nacional, **se ha dado**, sobre todo desde la Ley N° 19.733 y la Ley N° 19.806, **a la libertad de informar respecto de los procesos judiciales**.

Por ello, si un Juez de Garantía decreta aquella prohibición **vulnera la Carta Fundamental y los tratados internacionales**, pues, por una parte, **constituye censura previa y**, de otra, **se atribuye una potestad que no le ha sido expresamente conferida**, lesionando los artículos 19° N° 12° inciso 1° y 7° inciso 2° de la Constitución, provocando que aquella resolución **prive del ejercicio de un derecho fundamental a la par que adolece de nulidad de Derecho Público**.

No procede invocar en la especie tampoco, la argumentación que han sostenido los Tribunales Superiores, para impedir la difusión de ciertas informaciones, sobre la base de amparar, preventivamente, los derechos constitucionales de los afectados, como la honra o la vida privada, ya que ello sólo puede hacerse de frente **al ejercicio abusivo o ilegítimo de la libertad de informar**, lo cual no ocurre aquí, como ha quedado de sobra comprobado con el examen de la Constitución, del artículo 8° de la Convención Americana, del Código Procesal Penal y de la Ley N° 19.733.

En efecto, cuando el imputado se encuentra ya sujeto a la competencia del Juez de Garantía, habiéndose dado inicio al proceso penal, revelar su identidad constituye ejercicio legítimo de la libertad de informar, la cual sólo quedaría en suspenso si la ley autorizara al Juez, expresamente, para imponer la obligación de guardar secreto acerca de ella. Sin embargo, como se ha explicado, no existe aquella disposición legal, quedando incólume el derecho fundamental que se asegura a todos en el artículo 19° N° 12° de la Constitución.

Es cierto, que atribuir a una persona la calidad de imputado en un proceso penal constituye un principio de afectación de su honra, cuando termina siendo exculpado. Empero, ello no alcanza a configurar una lesión del derecho que se le asegura en el artículo 19° N° 4 de la Constitución, siempre que ella se efectúe, en el marco del proceso penal oral y público que se contempla por el Código del ramo.

De lo contrario, cabría sostener que el secreto acerca de su identidad debería mantenerse, indefectiblemente, hasta la completa conclusión del proceso, es decir, hasta que se dictara sentencia definitiva

absolutoria y ésta quedara ejecutoriada o se pusiera término al proceso penal mediante otras figuras alternativas que excluyeran de toda responsabilidad al imputado. Es más, podría llegar a sostenerse, por ejemplo en delitos de acción privada, que resultaría admisible ocultar permanentemente la identidad incluso del condenado, respecto de terceros ajenos al proceso. Jamás, en otras palabras, cabría revelar la identidad del imputado, lo cual es contrario a la libertad de informar y a la publicidad del Nuevo Proceso Penal y, en general, de las actuaciones de los órganos del Estado, como el Ministerio Público y los Tribunales de Justicia.

Existe y no puede evitarse un nivel mínimo de afectación de la honra de una persona cuando se le atribuye la calidad de imputado, lo cual permite cumplir con las finalidades de la persecución penal, en aras del interés de la justicia, como lo permite la Convención Americana. Se trata, ciertamente, de no abusar de aquella afectación para transformarla en lesión frontal e irreparable, pero en estos casos el Código Procesal Penal y la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público contemplan los mecanismos reparatorios de cualquier daño que cause aquella atribución de responsabilidad. Incluso más, el derecho a ser indemnizado, cuando el perjuicio proviene de los Tribunales, se encuentra directamente asegurado en el artículo 19º N° 7º letra i) de la Constitución.

De lo contrario, **el secreto de la identidad del imputado se torna en obstáculo insalvable** para que el Ministerio Público cumpla sus funciones, el Tribunal desempeñe las suyas, los intervinientes hagan valer sus derechos y la opinión pública, a través de los medios de comunicación social, dote de transparencia y, al fin y al cabo, de legitimidad el obrar de los órganos estatales en la persecución penal.

Por lo mismo, estima el suscrito que no aparece plausible ni constitucionalmente sostenible aplicar en nuestro país la doctrina alemana que admite revelar la identidad de imputados cuando se trata de personajes públicos o de procesos de envergadura, manteniendo en secreto la de aquellos que son atribuidos de responsabilidad penal en procesos de menor cuantía.

¿ Cómo establecer aquella diferenciación sin incurrir en discriminación odiosa o arbitraria ? ¿ Cuáles son los criterios objetivos, de general aplicación y abstractos que permitirían instaurar aquel trato distinto, sin que pueda tachárselo de caprichoso, injusto o inmotivado ? ¿ Serán elementos como la entidad de la pena, el impacto mediático del delito, la extensión de la investigación o del proceso, la reiteración del ilícito, la cantidad de imputados o, en fin, el celo de las Fiscalías y del Tribunal, los que permitan establecer tan injustificada diferencia ? Un delito que, en un lugar del país, puede ser de regular ocurrencia en otra localidad puede producir un impacto enorme; o aquel que no admite severo reproche por la comunidad local, en otro lugar genera las más duras reacciones del entorno social, haciendo que distinguir, como lo ha hecho alguna jurisprudencia comparada sea **violatorio o de la Constitución, particularmente en su artículo 19º numerales 2º y 3º**.

No parece posible, entonces, sin incurrir en discriminación y, por ende, sin ser inconstitucional, introducir la división alemana, en cuanto a aceptar la reserva de identidad para ciertos delitos y no considerarla en otros.

Pero más todavía que la prohibición de revelar la identidad del imputado no sólo lesiona, en su médula, la libertad de informar, sino que ella **también es constitutiva de discriminación**, pues, en los hechos, **terminará afectando sólo a algunos medios de comunicación y no a otros**, como quedó constancia en la historia oficial de la norma en su lugar transcrita, pues aquellos medios que, en la práctica, queden situados fuera del alcance del Tribunal que decretó la prohibición, informarán abiertamente acerca de aquella identidad y otros, que puedan ser alcanzados por sanciones, habrán de acatar la orden judicial, entendiendo el actual estado de avance de los medios de comunicación:

“ En efecto, **el ejercicio exclusivo de una actividad con el dominio o influencia consiguientes que, tradicionalmente, ha correspondido al Estado** -no sólo al Gobierno-, **particularmente en cuanto al**

monopolio de la información queda destruido por la globalización. Cuando se advierte que la prohibición de informar decretada por un juez, en conformidad al artículo 25° de la Ley Sobre Abusos de Publicidad, respecto de un proceso criminal, es formalmente cumplida por los medios de comunicación, pero anulada por esos mismos medios a través de su página web en internet, entonces no queda más que rendirse ante la evidencia de un mundo en que las potestades -públicas y privadas- que antes se ejercían sin límite respecto de los gobernados en un Estado determinado deben ahora conjugarse con **la globalización de las comunicaciones, la masificación de la información y el desarrollo tecnológico de los medios de masas.**

¿ Podrá el estado, a través de sus órganos estatales, continuar actuando como lo ha venido haciendo por siglos, especialmente en cuanto a las potestades de regulación, fiscalización y sanción ? ¿ Quién, ante qué Tribunal y conforme a qué procedimiento habrá de perseguir la violación de la orden judicial que prohibía informar ? ¿ Serán competentes los tribunales chilenos y deberá accionarse en contra del director responsable del medio o la jurisdicción quedará radicada en la ciudad de Nueva York, donde se produjo la página web que vulneró la prohibición ? ¿ Cómo habrá de regularse la libertad de expresión, si es que ella debe ser regulada ? ¿ Qué valor tendrán, en términos prácticos y de eficacia persuasiva, las sanciones impuestas por las autoridades administrativas y judiciales cuando las conductas sancionadas se continúa cometiendo a miles de kilómetros de distancia, pero a sus efectos se accede por medio de la televisión satelital ? ⁴⁸.

En consecuencia, la prohibición de revelar la identidad de imputado, decretada por el Juez de Garantía, **es inconstitucional**, ya que **vulnera la libertad de informar** de que son titulares los medios de comunicación social y los intervinientes en el proceso penal **y configura una discriminación** o diferencia arbitraria. Aquella decisión **no encuentra asidero en disposición legal alguna**. Antes y al contrario, el Código Procesal Penal y la Ley N° 19.733 confirman, en su historia oficial, texto, contexto y espíritu, que **aquella prohibición no puede adoptarse, salvo en el caso del artículo 289° del Código, durante la audiencia del juicio oral, la que no puede ser aplicada por analogía**, durante la investigación, por el Juez de Garantía, **dado que es una limitación al ejercicio de un derecho fundamental que debe ser interpretada y aplicada restrictivamente**. Y, en todo caso, **nunca alcanza a los medios de comunicación social**, salvo para fotografiar, filmar o transmitir parte de la audiencia, pero, **en caso alguno, para que no puedan difundir la identidad del imputado.**

VIII. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

Finalmente y habiéndose explicado que la resolución en virtud de la cual un Juez de Garantía prohíbe informar acerca de la identidad del imputado es contraria a la Constitución, a tratados internacionales vigentes en Chile, al Código Procesal Penal y a la Ley N° 19.733, se me consulta si los fiscales, como intervinientes del nuevo proceso penal, pueden ejercer **recursos constitucionales o legales para impugnar dicha decisión.**

1. Recursos Constitucionales

La respuesta, **en el nivel constitucional**, resulta indudable, desde que se puede acudir al **recurso de protección** para solicitar a la Corte de Apelaciones respectiva que deje sin efecto aquella prohibición, por lesionar el legítimo ejercicio del derecho que la Constitución asegura a todas las personas en su artículo 19° N° 12° inciso 1° en relación con los numerales 2° y 22° que proscriben las discriminaciones o diferencias arbitrarias.

Desde luego, el recurso **puede ser deducido por los medios de comunicación social**, directamente afectados por la resolución judicial inconstitucional, que prohíbe revelar la identidad del imputado o

48 Miguel Angel Fernández González citado en **supra** nota 8, p. 49.

por cualquier persona, entre ellos los Fiscales del Ministerio Público, sea en favor de aquellos medios de difusión, en su propio beneficio o en el de los demás intervinientes en el proceso penal, todos lesionados en su derecho a la libertad de informar.

No omite el suscrito, en este ámbito, que **alguna jurisprudencia** de nuestros Tribunales Superiores **declaró**, en un tiempo, **inadmisibles recursos de protección deducidos en contra de resoluciones judiciales**, por cuanto se estimaba que la vía procesal idónea para impugnar aquellas resoluciones estaba radicada en los recursos contemplados en el procedimiento donde ellas habían sido expedidas. Sin embargo, esa jurisprudencia, ciertamente errada como lo ha escrito el informante⁴⁹, fue abandonada y, aunque reimpuesta parcialmente en el último tiempo, **termina provocando que la Corte Suprema, de oficio, invalide siempre la decisión judicial inconstitucional:**

“ A catorce años de ese instante (1986), es posible señalar que no solamente se han establecido ya firmemente esos logros, sino que otros más se han ido agregando a ese listado, **ampliándose a muchos otros campos la tutela proteccional que los Tribunales Superiores de Justicia han dio concretando respecto de los derechos fundamentales.**

Sin ánimo de exhaustividad, valga indicar a título meramente ejemplar, y **entre los nuevos logros... la tutela frente al agravio producido por resoluciones judiciales...**

...se ha restringido al máximo **en estos últimos dos años** la procedencia de la protección frente a resoluciones judiciales, no obstante que con anterioridad había habido **un prudente realismo frente a los casos concretos**, ya que **es evidente que también los jueces pueden cometer y cometen arbitrariedades y pueden vulnerar la Constitución** y las leyes. Pareciera cundir la idea de que los jueces no agravian, y si se equivocan, pueden las partes en el mismo proceso obtener enmienda; sostener esto como principio puede tener algo de verdad, pero para quien ejerce activamente ante los tribunales de justicia -especialmente de primera instancia- ello no deja de ser sino ‘ buenos deseos ’, o meramente palabras. A partir de los años 83 / 84 adelante, **la Corte Suprema muy sensatamente comprendió la realidad, y han sido numerosos los casos en que se admitió la protección frente a agravios de jueces**, e incluso de Cortes de Apelaciones. Sin embargo, los años 1999 y 2000 nos muestran una **restricción marcada**, lo que lleva en ocasiones a rechazar la protección, pero luego, **a actuar de oficio revocando la resolución judicial impugnada** en protección y así, de este modo excepcional, enmendar el desaguisado notorio cometido por un magistrado ⁵⁰.

Sin embargo y aun admitiendo aquella jurisprudencia más restrictiva, de lo que no cabe duda es que, **cuando el afectado por la resolución judicial**, que lesiona un derecho fundamental de que es titular, **no es parte en el proceso donde aquella resolución se pronunció**, como los medios de comunicación social en el proceso penal donde se haya dictado la prohibición de informar acerca de la identidad del imputado, **resulta plenamente admisible que acuda al recurso de protección:**

“ Que **la resolución recurrida constituye un acto ilegal y arbitrario**, por cuanto **al interesado no se le respetaron sus derechos** y se decretó el lanzamiento de la propiedad arrendada **mediante resolución**

49 En 1996 escribí “ Procedencia del Recurso de Protección a propósito de una Contienda de Competencia ” publicada en VII **Revista de Derecho** (Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 1996) pp. 50 -51, donde expuse:

“ En cambio, y por el contrario, considero **plenamente procedente** el Recurso de Protección...

...en general, **en contra de aquellos actos que importan el ejercicio de funciones jurisdiccionales**, salvo lo prescrito en el artículo 83° inciso 1° de la Constitución, ya señalado, y las sentencias firmes o ejecutoriadas, en virtud del efecto de la cosa juzgada... Dicha potestad **es siempre recurrible de protección...** ”.

50 Eduardo Soto Kloss: “ El Recurso de Protección ”, en la obra colectiva **20 Años de la Constitución Chilena 1981 - 2001** (Santiago, Ed. Conosur, 2001) p. 434.

judicial en un litigio en que nunca fue parte, jamás se le emplazó y, en consecuencia, **no le empecen las resoluciones** adoptadas en un juicio ajeno; es más se le privó arbitrariamente de su derecho de propiedad sobre una cosa incorporal consagrado en los artículos 19° N° 24° de la Constitución Política de la República y artículo 583° del Código Civil, que son las prerrogativas legales que posee como arrendatario del inmueble, según contrato que se encuentra vigente y que no fue objetado ”⁵¹.

Con todo y dado que, como se verá en seguida, el régimen de recursos contemplado en el Código Procesal Penal no es suficiente garantía para asegurar el respeto de los derechos fundamentales en dicho proceso, de frente a la prohibición analizada, **los Tribunales Superiores deben admitir, conocer y resolver el recurso de protección, aún cuando haya sido deducido por los intervinientes** en ese proceso, ya que **no se produce la situación que**, a juicio de la antigua jurisprudencia, **llevaría a excluirlo**. Así, por lo demás, ha obrado ya la jurisprudencia en el Nuevo Proceso Penal:

“ Antes de examinar la sentencia precisa que se me ha pedido comentar, resulta indispensable situar normativamente los asuntos allí debatidos, en el ámbito de los preceptos pertinentes del Código Procesal Penal. Asimismo, la sentencia permite indagar en torno de las autonomías constitucionales. Ello, claro está, sin perjuicio de mostrar cómo **el recurso de protección, en su amplio despliegue de amparo respecto de los derechos fundamentales, puede también invocarse para cautelarlos en el ámbito del nuevo procedimiento penal** ”⁵².

2. Recursos en el Código Procesal Penal

Menester resulta, finalmente, acudir al Código Procesal Penal y al sistema de impugnación de las actuaciones judiciales que allí se contemplan, con el objeto de verificar si los afectados disponen de medios para que se deje sin efecto la resolución lesiva de la libertad de informar y discriminatoria, consistente en que se prohíba informar acerca de la identidad del imputado, especialmente, considerando que aquella decisión, cuando es adoptada por el Juez de Garantía, no encuentra sustento legal, como se ha demostrado.

En esta perspectiva, tiene que acudirse, en primer lugar, al Título VII del Libro I del Código Procesal Penal donde se contemplan las **nulidades procesales**, pues su **artículo 159°** señala que “ **sólo podrán anularse las actuaciones o diligencias judiciales defectuosas del procedimiento que ocasionaren a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad**. Existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento ”.

Pero el **artículo 160°** aclara que “ **se presumirá de derecho la existencia del perjuicio si la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución**, o en las demás leyes de la República ”, las cuales, como no podía ser de otra manera, son insubsanables, al tenor de lo preceptuado en el **artículo 164°**. En estos casos, además, el **artículo 163°** precisa que el Tribunal **podrá declarar la nulidad de oficio**.

El **artículo 161°** regula el procedimiento para impetrar esta nulidad, la cual sólo puede ser solicitada por el interviniente perjudicado con el vicio que no haya concurrido a causarlo⁵³, lo cual debe hacerse, “ en forma fundada y por escrito, incidentalmente, **dentro de los cinco días siguientes a aquel en que el**

51 Considerando 6° de la sentencia pronunciada por la Corte Supremo el 28 de mayo de 1996, reproducida en XCII **Revista de Derecho y Jurisprudencia** (N° 3, 1996).

52 Miguel Angel Fernández González: “ Recurso de Protección y Nuevo Proceso Penal ”, publicado en **Ius Publicum** (Santiago, Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás, 2003) N° 10, p. 194.

53 Artículo 162°. Recuérdese que, al tenor del **artículo 12°** del Código, “ para los efectos regulados en este Código, **se considerará intervinientes en el procedimiento al fiscal, al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante**, desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas ”.

perjudicado hubiere tomado conocimiento fehaciente del acto cuya invalidación persiguiera, a menos que el vicio se hubiere producido en una actuación verificada en una audiencia, pues en tal caso deberá impetrarse verbalmente antes del término de la misma audiencia”.

Por último, útil resulta tener en consideración que, conforme a lo dispuesto en el **artículo 165° inciso 4°**, “ **la solicitud de nulidad constituirá preparación suficiente del recurso de nulidad para el caso que el tribunal no resuelve la cuestión de conformidad a lo solicitado”.**

Resulta evidente, del tenor de las normas transcritas, que **la resolución judicial que prohíbe revelar la identidad del imputado**, adoptada por el Juez de Garantía en la audiencia de control de detención o en cualquier otro momento de la etapa de investigación, **es nula y causa a los intervinientes, como el Ministerio Público, un perjuicio que sólo puede repararse con la declaración de nulidad**. Más aún, la resolución aludida se encuadra, perfectamente, en el artículo 160°, ya que ella **impide el ejercicio de un derecho reconocido por la Constitución**, con lo cual se **presume de derecho** la infracción que fuerza al Ministerio Público y a los demás intervinientes en el proceso a impetrar la nulidad, sin perjuicio que el Tribunal pueda declararla **de oficio**.

La nulidad procesal y, aún antes el Recurso de Protección, sobre todo porque los medios de comunicación social no pueden impetrar aquella nulidad, dado que no son parte en el proceso, adquiere **cardinal importancia**, como se constatará en seguida, ya que los recursos contemplados en el Código Procesal Penal, salvo que se efectúe una **interpretación a fortiori** -que es dudosa- no permiten impugnar la decisión inconstitucional en orden a prohibir que se revele la identidad del imputado.

En efecto, avanzando ahora al Libro Tercero del Código Procesal Penal, dedicado a los **recursos**, debe comenzar el suscrito aclarando que el **principio rector** se encuentra en el **artículo 352°**, en virtud del cual “ **podrán recurrir en contra de las resoluciones judiciales el ministerio público y los demás intervinientes agraviados por ellas, sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos en la ley**”, esto es, los recursos de **reposición, apelación y nulidad**.

El primero de ellos, procede **en contra de las sentencias interlocutorias, de los autos y de los decretos dictados fuera de audiencias**, -lo cual excluye la impugnación de la resolución que prohíbe revelar la identidad del imputado-, debiendo pedirse, fundadamente, ante el mismo tribunal que haya pronunciado la resolución impugnada, dentro de tercero día⁵⁴. En cambio, cuando se trate de **reponer resoluciones pronunciadas durante audiencias orales**, como ha ocurrido con las que han decretado la prohibición de revelar la identidad del imputado, “ **deberá promoverse tan pronto se dictaren** y sólo serán admisibles **cuando no hubieren sido precedidas de debate. La tramitación se efectuará verbalmente, de inmediato**, y de la misma manera se pronunciará el fallo”, según expresa el **artículo 363°**.

Sin embargo, este recurso tampoco será procedente, en los hechos, pues lo usual, sobre todo a partir de **los Oficios N° 463 y 526**, emanados del Fiscal Nacional el 6 de octubre y el 5 de noviembre de 2003, y del memo N° 046, también del Fiscal Nacional, fechado el 7 de noviembre de 2003, se **provocará el debate** que hará improcedente el recurso de reposición.

Tratándose, en segundo lugar del **recurso de apelación**, el Código **sólo** lo admite **en contra de las resoluciones dictadas por el juez de garantía**⁵⁵ en los siguientes casos:

54 Artículo 362° inciso 1°.

55 El artículo 364° señala que “ **serán inapelables las resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral en lo penal**”.

a) Cuando pusieren término al procedimiento, hicieren imposible su prosecución o la suspendieren por más de treinta días, y

b) **Cuando la ley lo señalare expresamente**”.

No divisa el suscrito ninguna disposición expresa del Código que habilite para recurrir de apelación en contra de la resolución que decreta la prohibición de informar acerca de la identidad del imputado, debiendo reiterar aquí, aunque se aleje de los asuntos consultados, la prevención que ha señalado, hace poco tiempo, en torno del régimen que regula el recurso de apelación en el Código Procesal Penal:

“ En el régimen de recursos expuesto, **se plantea la duda en torno de la constitucionalidad de la norma que limita severamente la procedencia del recurso de apelación**, sobre todo, si se **considera que la revisión de lo actuado por un tribunal por parte de otro forma parte del debido proceso...**

Conforme a lo resuelto por **el Tribunal Constitucional**, tratándose de un recurso de derecho estricto y más excepcional, como el de casación, cabe imaginar, con cierta certeza, cuál habría sido su posición si, como debió ocurrir, el Código Procesal Penal, hubiera sido sometido a control obligatorio de constitucionalidad, conforme al artículo 82° N° 1) de la Carta Fundamental:

‘ **El establecimiento de recursos es una de las principales garantías que las partes tienen en el desarrollo del proceso...**⁵⁶ ...

Conviene formular, al final, **una precisión**, en el sentido que la reducida procedencia del recurso de apelación llevará a que sea reemplazado por el de nulidad previsto en los artículos 372° y siguientes del Código Procesal Penal. Al respecto, cabe acoger **dos prevenciones**: La **primera**, es que aquella estructura **puede provocar que se atiborre a la Corte Suprema, conforme a la causal prevista en el artículo 373° letra a)** del Código, esto es, cuando el recurrente considere que, durante el juicio, se infringieron derechos o garantías asegurados por la Constitución o por tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país; y la **segunda** estriba en que, tal vez como reacción a lo anterior, **puede ir perdiendo valor el recurso de nulidad** previsto en la norma mencionada...

Formulo, al finalizar, una reflexión, en el sentido que **la regla de la doble instancia forma parte del derecho al debido proceso**, pero ello no implica que, necesariamente, aquella regla sea cumplida mediante el recurso de apelación o confiriendo al Tribunal Superior la facultad de revisar íntegramente, en los hechos y en el Derecho, la causa que le es remitida. Es más, cierto resulta que el **Tribunal de Alzada suele no modificar los hechos**, sino que reduce su actuación a **examinar la apreciación de la prueba y la interpretación y aplicación del Derecho**.

Sin embargo, me parece ineludible que **debe existir aquella doble instancia** y que la competencia del Tribunal de Alzada tiene que extenderse y comprender tanto la **revisión del Derecho** cuanto la **evaluación acerca de la apreciación que de la prueba haya realizado el Tribunal Inferior**.

En otras palabras, resulta posible no conferir al Tribunal Superior competencia para revisar los hechos, los cuales pueden quedar determinados en primer instancia, pero **considero que forma parte integrante del debido proceso que el Tribunal Superior pueda revisar la aplicación del Derecho y reevaluar la apreciación de las pruebas** rendidas, sin perjuicio y a mayor abundamiento, de las garantías que poseen las partes, dada la nueva configuración del proceso penal, en la Primera Instancia.

56 Considerandos 9° y 10° de la sentencia pronunciada el 1° de febrero de 1995 (Rol N° 205).

Si ello no resulta posible, total o parcialmente, en la estructura del proceso penal contenida en el Nuevo Código, entonces, **habrán de perfeccionarse las disposiciones** respectivas y, mientras ello no ocurra, **se incurre en inconstitucionalidad por omisión**. El Código Procesal Penal, tal vez por razón imposible de superar, cae, en este caso, en el mismo defecto del Antiguo Código de Procedimiento, en cuanto a la imposibilidad de establecer un proceso cabalmente racional y justo, v. gr., porque se carece de los recursos económicos para implementarlo.

Pero aquella deficiencia endémica no impide sostener que debe formar parte de aquella estructura, en primer lugar, la existencia de recursos expeditos, sencillos y de fácil procedencia en contra de lo actuado, sobre todo en la sentencia definitiva, por el juez de primer grado; y, en segundo lugar, la competencia del Tribunal de Alzada tiene que ser lo más amplia posible y sólo puede ser restringida cuando resulte indispensable, en aras de otros principios de semejante entidad constitucional.

En esta perspectiva, **no cabe justificar** compresiones mayores que las descritas, como excesivo formalismo o rigidez en los recursos o restricciones severas al Tribunal de Alzada, **en la oralidad e inmediatez** del tribunal de primera instancia, pues ello lleva a exacerbar aquellos valores, excediendo su propio ámbito - instrumental, al fin y al cabo- y vulnerando el debido proceso⁵⁷.

Finalmente, el **recurso de nulidad**, previsto en los artículos 372° a 387° del Código Procesal Penal, se concede **para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva o sólo esta última** por las causales previstas en la ley. Entre estas causales, **la única que podría vincularse con la resolución que impide revelar la identidad imputado** es la que se contempla en el **artículo 373° letra a) del Código** al tenor del cual:

“ **Procederá la declaración de nulidad** del juicio oral y de la sentencia:

a) **Cuando, en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales** ratificados por Chile que se encuentren vigentes... ”.

Sin embargo y esto no requiere mayor argumentación, **no parece proporcional y menos idóneo y oportuno** que se impugne íntegramente el juicio oral o la sentencia definitiva por el agravio causado con motivo de la prohibición de revelar la identidad del imputado, la cual, probablemente, haya quedado sin efecto durante su desarrollo.

En conclusión y salvo la nulidad procesal, circunscrita a los intervinientes agraviados, **no existen recursos** en el Código Procesal Penal para impugnar la resolución del Juez de Garantía que prohíbe revelar la identidad del imputado, con lo cual se torna **indiscutida la plena procedencia del Recurso de Protección**, dado que aquella resolución lesiona, en su esencia, la libertad de informar que la Constitución y los tratados internacionales aseguran a todas las personas, entre ellas, los medios de comunicación social y los intervinientes en el proceso penal, con carácter discriminatorio y constituye, asimismo, una atribución de potestades por parte del Juez de Garantía que no le ha sido expresamente conferida por la Constitución ni la ley. Antes y al contrario, el Ordenamiento Jurídico Chileno, interno e internacional, se configura sobre la base de principios y reglas contrapuestas con una decisión de esa naturaleza.

Santiago, 27 de noviembre de 2003

Miguel Angel Fernández González*

57 Miguel Angel Fernández González: **Cuestiones Constitucionales en torno del Código Procesal Penal** (Santiago, Universidad de Los Andes, Documento de Trabajo N° 57, abril de 2003) pp. 95, 105 - 107.

* 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.

**CONTROL JUDICIAL ANTERIOR A LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN
(ART. 186 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL)⁵⁸**

MARTA HERRERA SEGUEL

Abogada

Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos

Fiscalía Nacional – Ministerio Público

1. Planteamiento del tema

La disposición contenida en el artículo 186 del Código Procesal Penal ubicado dentro del párrafo relativo a las “Actuaciones de la investigación”, se refiere a la posibilidad que tiene cualquier persona que se vea afectada por una investigación desformalizada del ente persecutor, de recurrir ante el juez de garantía para que revise tal situación y resuelva en conformidad a la disposición legal citada.

Art. 186: “Control judicial anterior a la formalización de la investigación. Cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueron objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación.”

Como podemos observar, la norma legal contempla, en forma expresa, dos decisiones distintas que puede adoptar el juez de garantía en caso que una persona, que se considere afectada por una investigación no formalizada recurra por esta situación ante dicha magistratura:

1. El juez de garantía puede ordenar al fiscal que informe acerca de los hechos que fueron objeto de investigación.
2. El juez de garantía *también* puede fijarle un plazo al fiscal para que formalice la investigación.

No obstante y aun cuando pueda resultar obvio, parece del todo relevante destacar que existe una tercera opción – que, a nuestro juicio, debiera constituir la regla general - consistente en que el órgano jurisdiccional, ante el reclamo que una persona efectúe en conformidad al artículo 186, decida no adoptar ninguna de las vías que dicha norma legal contempla dado que la misma contiene la forma verbal “podrá”. La necesidad de acentuar esta posibilidad dice relación con un punto que abordaremos más adelante referido a la excepcionalidad de la disposición legal en comento y el riesgo que conlleva que, una situación que debiera resultar excepcional sea transformada en la regla general, al igual que lo que actualmente ocurre con los plazos judiciales para el cierre de las investigaciones formalizadas⁵⁹.

Por otra parte, entendemos que las alternativas que contempla la norma legal citada no son incompatibles entre sí desde que utiliza la expresión “también”. Vale decir, es posible que el juez de garantía ordene al

58 **Nota del editor:** El presente trabajo contiene alusiones al concepto de «imputado» en un sentido distinto del expresado en el Instructivo General N° 4, del Fiscal Nacional del Ministerio Público.

59 El epígrafe del artículo 247 del CPP reza “Plazo para declarar el cierre de la investigación”, constituyendo el plazo legal y que, por tanto, debiera ser la regla general para el cierre de la investigaciones. Sin embargo, es por todos conocida la situación actual en orden a que los jueces de garantía utilicen el artículo 234 del mismo cuerpo legal como regla general, fijando plazos judiciales considerablemente menores para el cierre de las investigaciones.

fiscal que informe acerca de los hechos que son objeto de investigación y, además, le fije un plazo para que formalice la investigación, o bien, que sólo eche mano de uno de los dos mecanismos.

Sin embargo, como primera aproximación al asunto nos parece correcto advertir que la primera posibilidad que la norma contempla, es decir, la posibilidad de que el juez ordene al fiscal que informe acerca de los hechos que son materia de investigación constituye la regla general en lo que significa este control judicial previo a la formalización de la investigación. El agregado de "(...) También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación", pareciera constituir una solución subsidiaria a la anterior, según se desprende del propio tenor literal de la norma.

2. Historia fidedigna de su establecimiento en el Código Procesal Penal:

El anteproyecto de Código de Procedimiento Penal y el mensaje con que éste se remitió al Congreso Nacional no contemplaba esta norma. Ella fue introducida a proposición de la Comisión como artículo 266 del Proyecto correspondiente a la Cámara de Diputados que, en lo pertinente, señalaba que "(...) También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la acusación o cierre la investigación". Esta orientación fue modificada en el Senado donde se dejó constancia que la facultad del juez de garantía se refiere a fijar un plazo para que se formalice la investigación pero que una vez formalizada, se aplican las reglas generales concernientes a su duración que se prevén oportunamente en el mismo cuerpo legal.⁶⁰

Esta aclaración de que da cuenta la historia legislativa, si observamos bien, constituyó un cambio radical del sentido de la norma. En efecto, el Proyecto de la Cámara no se refería a la "formulación de cargos" (primaria denominación de la actual formalización de la investigación) sino directamente a la formulación de la acusación o al cierre de la investigación, situaciones que tenían lugar tratándose de investigaciones ya judicializadas. Si bien la inclusión de esta norma legal no generó debate en el seno de la Comisión, la aclaración del Senado es importante en el sentido de dejar claro que la facultad concedida al órgano jurisdiccional en esta materia se limita solamente, entendemos, a la fijación de un plazo para formalizar la investigación, pero que no puede referirse a situaciones propias que tendrían lugar una vez que la investigación haya sido formalizada y que competen únicamente al órgano persecutor, como el cierre de la investigación y que son materia de regulación específica en otros preceptos del mismo cuerpo legal.

No obstante, de la historia legislativa podemos concluir que los problemas derivados de la normativa, concretamente, los originados como consecuencia de la inobservancia por parte del Ministerio Público de dicho plazo judicial, no fueron advertidos en su oportunidad por el legislador procesal penal.

3. Titular de la solicitud a la que hace referencia la norma

La disposición se refiere a "*Cualquier persona que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente(...)*". En esta materia la duda que debe dilucidarse dice relación con la persona a quien cabe extender la titularidad en el ejercicio de esta petición.

Sin duda la norma legal citada contempla una situación excepcional que, por lo mismo, amerita una interpretación restrictiva. Si bien no emana de la historia fidedigna de su establecimiento ni de su ubicación dentro de las disposiciones del Código del ramo, podemos ciertamente advertir que esta norma se fundamenta en razones de orden garantista, básicamente, el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, sin dilaciones indebidas y a que pueda ejercerse cabalmente un adecuado derecho a defensa.

60 FACULTAD DE DERECHO – UNIVERSIDAD DE CHILE. Varios autores. Coordinación de Cristián Maturana Miquel. *Reforma Procesal Penal. Génesis, Historia Sistematizada, Concordancias*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003. Página 100-101.

Desde esta perspectiva, sin duda alguna, el único titular de la solicitud en cuestión, en concordancia con el artículo 7°, es aquella persona a quien se atribuye responsabilidad en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra.

No existe posibilidad de interpretar la norma con mayor laxitud en este sentido ya que la misma habla de la persona “*afectada por una investigación*” lo que no permite incluir a otros intervinientes del procedimiento como, por ejemplo, podría ser el querellante. En efecto, este último si bien puede estar involucrado en la etapa de investigación de un respectivo procedimiento penal y verse interesado en sus consecuencias, no está afectado por ella. Insistimos, cualquier otro interviniente, léase víctima o querellante, podrán estar interesados en los resultados que arroje una determinada investigación pero no se encuentran afectados por la misma. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, afectado significa “1. adj. Que adolece de afectación. 2. adj. Aquejado, molestado”, mientras que afectar significa, en su acepción más apropiada “5. tr. Menoscar, perjudicar, influir desfavorablemente” y en un contexto jurídico “8. tr. *Der. Imponer gravamen u obligación sobre algo, sujetándolo el dueño a la efectividad de ajeno derecho.*”

En conclusión y, sin lugar a dudas, estamos hablando única y exclusivamente del sujeto procesal “imputado” y su respectivo representante en esta materia, vale decir, su defensor. Cualquier manifestación que provenga de otro sujeto procesal debería ser rechazada de plano por el órgano jurisdiccional y a ello deberían instar los fiscales del Ministerio Público.

4. Carácter excepcional de la disposición

Como ya hemos adelantado, si bien la historia fidedigna del establecimiento de esta disposición legal no aporta elementos relativos a la intención del legislador procesal penal al incorporarla, resulta sencillo advertir que la introducción de la misma en el Código obedece a fines de carácter garantístico. Así, las garantías de ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas y la de posibilitar un adecuado derecho a defensa parecen, a primera vista, estar ínsitas dentro de la disposición legal en comento.

Sabemos que el gran problema del proceso penal, en general, pasa por lograr un equilibrio respecto de la conocida antinomia eficacia – garantías⁶¹, sin embargo, este equilibrio no se logra exacerbando al máximo las disposiciones legales que establecen garantías respecto de los justiciables. Se debe partir del supuesto que, en el fondo, todo proceso penal implica una afección a los derechos del sujeto pasivo del mismo pero no por ello el Estado debe renunciar a su poder – deber de ejercer la persecución penal y llevar a cabo, eventualmente, su pretensión punitiva. Entender lo contrario podría acarrear, en definitiva, que todos los hechos delictivos queden impunes a fin de evitar el riesgo de “afectar” los derechos de las personas eventualmente involucradas.

La necesidad de eficacia en el ejercicio de la persecución penal y de la pretensión punitiva estatal es una realidad dentro de todo Estado de Derecho, por ello, a lo que deben apuntar los sistemas procesales penales es a lograr establecer una razonable paridad entre tales contrapuestos intereses.

Resulta innegable la evolución experimentada en nuestro nuevo sistema procesal penal en el marco del reconocimiento y protección de los derechos y garantías propias de los intervinientes, particularmente del imputado y también respecto de la víctima, esto último como una novedad de la actual regulación.

61 En 1851, Karl Mittermaier planteaba la necesidad de fundar un sistema de enjuiciamiento criminal que garantizara los intereses de la sociedad en la misma medida que los intereses de la libertad individual, generando seguridad en todos los buenos ciudadanos, al mismo tiempo que “inspirando un terror saludable a todos los enemigos del orden público”. Citado por BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Editorial jurídica Ad Hoc, Buenos Aires, 2002.

La protección de los derechos y garantías que debe amparar al sujeto pasivo de la persecución penal debe ser capaz de responder equitativamente frente a la magnitud que representa todo el aparato estatal de persecución y sanción de los delitos. Vale decir, esta tendencia dentro del sistema se preocupa por establecer un régimen de garantías o resguardos frente al uso de la fuerza estatal, evitando que esa fuerza se convierta en un hecho arbitrario. Su objetivo es, esencialmente, proteger la libertad y la dignidad de la persona.⁶²

Es en este contexto que, entendemos, debe ser interpretada la norma contenida en el artículo 186 del Código Procesal Penal, es decir, respondiendo a las siguientes interrogantes ¿cuál o qué tan intensa es la afección de garantías de la persona que se encuentra en la situación descrita en la disposición legal citada? ¿No es acaso sólo la inherente a todo proceso penal?. La respuesta a esta última interrogante pareciera ser positiva. En este estado preliminar de cosas no nos encontramos ante un imputado que se encuentre vulnerado en su derecho a la libertad individual, que claramente pareciera el valor resguardado con un eficiente sistema de garantías. Tampoco, por regla general, se encontrará afectado su derecho a la honra, ya que lo normal será que todas estas indagaciones preliminares se lleven en el más absoluto secreto por parte del organismo persecutor.

En este estado de cosas, vale decir, en caso de que el imputado no tenga más afección a sus derechos que los propios de toda persecución penal, es preciso cuestionarse la necesidad de que se adopte alguna de las soluciones que señala el artículo 186, interfiriendo en las labores absolutamente exclusivas del órgano investigador mediante la fijación de un plazo para formalizar. No se logra apreciar dicha necesidad e interpretar la norma en un sentido contrario implica que se produzca un fuerte desequilibrio entre los intereses de eficiencia y garantía que debe tratar de lograr todo proceso penal, pudiendo generar efectos realmente negativos en la persecución penal sólo con la finalidad de evitar consecuencias perjudiciales que, en realidad, resultan difíciles de apreciar concretamente.

Concluyendo, creemos que sólo la persona que se encuentre verdaderamente afectada por una investigación que aún no ha sido formalizada, vale decir, que se encuentre menoscabada, perjudicada o gravada con la misma más allá de lo connatural a toda investigación penal, puede obtener del órgano jurisdiccional una pronunciamiento en conformidad a la norma legal citada. Para ello deberá argumentar y demostrar ante dicha magistratura en qué se traduce dicha afección o perjuicio. Si bien se podría argumentar que la carga probatoria recae sobre el ente estatal encargado de la persecución penal, ello se refiere al estado normal de las cosas, vale decir, a la acumulación de material probatorio que el Ministerio Público debe realizar, como objetivo de la investigación, a efectos de preparar su acusación y poder acreditar, en el juicio oral⁶³, el hecho punible y la participación del imputado. Esta situación es distinta ya que implica una intervención del órgano jurisdiccional en materias que no le son propias, por tanto, dicha intervención deberá ser justificada a la luz de lo expuesto y acreditado por el supuesto "afectado".

Es claro que el juez de garantía tiene como principal función velar por las mismas respecto de todos los intervinientes pero ello no implica, a nuestro juicio, dar pie a cada solicitud infundada de alguno de éstos, máxime si tal asentimiento implica, insistimos, intromisión en labores propias de la investigación.

Como ejemplo concreto de aplicación correcta de esta norma podríamos citar el caso de una persona que está siendo investigada por el Ministerio Público por la comisión de un hecho que reviste caracteres de delito y tal hecho ha salido a la luz pública por razones absolutamente ajenas a la labor de la fiscalía (y, por supuesto, de la propia defensa ya que nadie puede alegar su propia torpeza). Creemos que en la medida en que esta situación implique efectivamente un menoscabo para el investigado el juez debería pensar en la aplicación de esta disposición.

62 BINDER, Alberto. O. Cit. Pág.56.

63 O simplificado o abreviado, según corresponda.

Por otro lado, resulta indispensable destacar que la fijación de un plazo para formalizar parece doblemente excepcional: en efecto, estimamos que cada vez que una persona concurre ante el órgano jurisdiccional porque se encuentra “afectada” por una investigación no formalizada por el Ministerio Público deberá argumentar y demostrar concretamente en qué se traduce dicha afección que, insistimos, no basta sólo con que sea la inherente a todo proceso penal. Si logra demostrar tal circunstancia, el juez podrá ordenar al fiscal que informe acerca de los hechos que son materia de investigación. Esta es la situación que debiera constituir la regla general en los casos en que efectivamente tenga aplicación la disposición legal en estudio.

La información que los fiscales debieran proporcionar en este punto debe revestir, a nuestro juicio, sólo carácter básico y necesario para cumplir con la finalidad propuesta, no es posible que esta situación se convierta en una formalización de la investigación encubierta por esta vía. Entendemos que dicha información debe estar acorde con el carácter absolutamente preliminar de la investigación y la escasa afección de garantías que en este estado podría darse.

La fijación de un plazo para formalizar, a la luz de lo anteriormente expuesto, debiera constituir la situación más excepcional dentro de esta hipótesis. No sólo por el propio tenor literal de la norma que pareciera atribuir un carácter subsidiario a esta posibilidad “(...)También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación” sino porque ello implica una intromisión mucho mayor en las facultades que son propias, exclusivas y excluyentes del ente encargado de la investigación de los delitos, según disposición de la propia Carta Fundamental, ratificado por normas legales de rango constitucional y también simplemente legales⁶⁴.

Respecto de la garantía que tiene todo justiciable de ser juzgado dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas, lo que constituye uno de los componentes del “debido proceso”, Carocca afirma que “(...) sobre la extensión de estas garantías, la del debido proceso también se extiende a los actos de persecución penal y de preparación del juicio oral, aunque no estén a cargo de un juez, sino de otras agencias públicas como son el Ministerio Público y las policías, en cuanto tales actuaciones importarán restricciones a los derechos fundamentales de las personas por parte de agentes estatales encargados de la persecución penal, tales como a la libertad personal, el secreto en las comunicaciones, etc.”⁶⁵

Por otra parte, López señala que esta garantía ha tenido un desarrollo considerable en los Estados Unidos bajo la fórmula del “derecho a un juicio rápido” reconocida en la Enmienda VI. La Jurisprudencia norteamericana ha afirmado que esta garantía está destinada a proteger tres valores inherentes al sistema angloamericano de justicia criminal: 1) evitar indebida y opresiva encarcelación antes del juicio; 2) minimizar la ansiedad y preocupación que genera una acusación pública y 3) limitar las posibilidades de que una dilación extensa menoscabe la capacidad del acusado para defenderse.⁶⁶

La Corte Interamericana, siguiendo a la europea ha empleado el “análisis global del procedimiento” para efectos de determinar la razonabilidad del plazo y, en tal sentido, ha computado el plazo desde la aprehensión del imputado hasta la dictación de sentencia definitiva y firme en el asunto.⁶⁷

64 Artículos 80 A CPR, 1° LOC N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, 77, 80, 180 del Código Procesal Penal, entre otras.

65 CAROCCA, Alex. *Las garantías constitucionales en el nuevo sistema procesal penal*, en la obra colectiva “Nuevo Proceso Penal”. Editorial Jurídica Conosur. Santiago, 2000. Pp. 56. El destacado es nuestro.

66 LÓPEZ, Julián – HORVITZ, Ma. Inés. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2002. Pp. 72-73. El destacado es nuestro a objeto de enfatizar que, de acuerdo al desarrollo de la jurisprudencia norteamericana a que hace referencia este autor, la garantía en cuestión guarda estricta relación con la vulneración de otros derechos o aspectos que, en el caso del artículo 186 no se verían, por regla general, afectados.

67 *Ibíd.* El destacado es nuestro.

Finalmente Chiesa, refiriéndose a la materia señala “El aspecto fundamental del derecho constitucional a juicio rápido es, justamente, la protección contra dilación irrazonable para la celebración del juicio. Una vez se activa el derecho – con la detención o el inicio de la formulación de cargos – el imputado debe ser sometido a juicio sin dilación innecesaria. Ésta es la esencia de la protección”.⁶⁸

En conclusión, podemos preliminarmente afirmar que la garantía de ser juzgado dentro de un plazo razonable adquiere plena vigencia desde la formalización de la investigación ya que está estrechamente ligada a la vulneración de los derechos fundamentales que puede darse en dicha etapa del procedimiento penal, básicamente, el derecho a la libertad individual.

En síntesis, por todo lo anteriormente expuesto, básicamente la escasa perturbación que, como regla general conlleva la situación expuesta y, por otra parte, la formalización de la investigación como una facultad exclusiva del organismo persecutor que sólo excepcionalmente podría verse de algún modo influida por otro órgano del Estado, se estima que los fiscales del Ministerio Público deberían oponerse a la aplicación de la norma legal en comento, sobre la base de las argumentaciones que puedan desprenderse de las líneas anteriores.

5. Hipótesis contempladas por el art. 186.

5.1 Posibilidad de que el juez ordene al fiscal que informe acerca de los hechos que son objeto de investigación:

Si bien se trata de la hipótesis menos intrusiva respecto de las atribuciones propias del Ministerio Público, consideramos que también constituye una situación excepcional que, para que proceda, deberá justificar su necesidad a la luz de la “afección” señalada por la propia norma.

En efecto, los perjuicios que esta resolución judicial puede acarrear para los efectos de la eficacia en la persecución penal pueden ser bastantes severos considerando, por ejemplo, delincuencia de alta complejidad como materias relacionadas con el crimen organizado, el lavado de dinero o el narcotráfico. Obviamente se trata de situaciones que ameritan estrategias de persecución penal diferentes al resto de los delitos, las que no debieran verse entorpecidas por una incorrecta interpretación del tantas veces citado art. 186.

En tal sentido, la orientación que podría darse a los fiscales es que, en primer lugar, argumenten a favor de la no aplicación de la norma fundados en las exigencias propias de su estrategia de persecución. En caso de que la resolución sea dictada, la información aportada deberá ser mínima puesto que, como se adelantó, ello no constituye una previa formalización de la investigación.

5.2 Posibilidad de que el juez fije al fiscal una plazo para que formalice la investigación:

En este evento los fiscales deberían oponerse a tal resolución sobre la base de cuanto se ha venido señalando y, además, por el hecho de considerarse que constituye una solución subsidiaria frente a la anterior. Es decir, ante la eventualidad de que el juez fije un plazo, los fiscales deberían abogar porque el tema se solucione con el informe al que alude la primera parte de la disposición, señalando que, para una adecuada preparación del derecho a defensa, dicha salida resulta suficiente.

68 Citado por López. O. Cit. Pp.75. El destacado es nuestro.

6. Problema de la fijación de un plazo para formalizar la investigación: consecuencia derivada de su inobservancia.

Claramente en este punto nos encontramos ante la centralidad del conflicto y se trata de una materia que se ha verificado en la práctica sin que exista claridad alguna a su respecto⁶⁹ puesto que la norma en cuestión no contiene una sanción que derive del incumplimiento de este plazo judicial por parte del organismo persecutor, encontrándonos, en consecuencia, ante una materia que deberá ser dilucidada conforme a criterios de interpretación.

Analizaremos a continuación las posibles sanciones que podrían derivarse de esta situación:

6.1 Posibilidad de que opere la preclusión respecto de la facultad de formalizar la investigación.

Evidentemente nos encontramos ante la fijación de un plazo por parte del órgano jurisdiccional, por lo tanto, resultan aplicables las disposiciones propias en materia de términos procesales. En primer lugar, el artículo 17 del Código del ramo establece como regla general la fatalidad e improrrogabilidad de los plazos que el mismo cuerpo legal contempla. Por ende, debemos entender referida dicha norma a los plazos específicamente señalados en el Código Procesal Penal y NO a los que éste faculte para que se sean fijados. Siendo así, nos encontramos ante un plazo judicial al que resultan aplicables las disposiciones comunes a todo procedimiento contenidas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil.

Una característica propia de este tipo de término (judicial) radica en la posibilidad de prórroga concedida por su misma fuente (órgano jurisdiccional) siempre que se cumpla con los requisitos establecidos en los artículos 67 y 68 del Código de Procedimiento Civil:

- 1º Que se trate de un plazo judicial
- 2º Que se pida la prórroga antes del vencimiento del plazo
- 3º Que se alegue justa causa, la que será apreciada prudencialmente por el tribunal.
- 4º Que no se exceda el marco legal fijado al efecto (que no existe en este caso)

Esta característica del plazo establecido en el artículo 186 parte final resulta sumamente relevante pues conduce al primer criterio que podría otorgarse a los fiscales a fin de orientarlos en esta materia, esto es, que soliciten a la judicatura una prórroga del plazo en forma previa a un debate de fondo respecto a la disposición y sus consecuencias.

Esto último, insistimos, cumpliéndose los requisitos generales y, entre ellos, de manera bastante importante, el de justificar tal petición, por ejemplo, haciendo alusión a diligencias que se encuentren pendientes, a la complejidad de los hechos investigados, a la cantidad de delitos que son objeto de instrucción, etc.

Siguiendo con el razonamiento fundado en la existencia de un plazo judicial, sabemos que la consecuencia derivada de la inobservancia de un término procesal, cualquiera sea su origen, consiste en la pérdida de la posibilidad de ejercer dicha facultad o llevar a cabo dicha actuación con posterioridad. La diferencia que en esta materia existe entre los plazos legales y los judiciales es que, siendo los primeros de carácter fatal, la pérdida referida se produce en forma automática, en cambio, tratándose de plazos judiciales es necesario que previamente se declare la rebeldía.

69 En efecto, esta Fiscalía Nacional ha tenido conocimiento al menos de dos casos en que, transcurrido el plazo fijado por el juez para formalizar investigación ello no ha ocurrido y la situación no ha acarreado ninguna consecuencia perjudicial para los intereses del Ministerio Público. Así, por ejemplo, la causa RUC 020014494-1 por delito de lesiones graves agrupada con la causa RUC 03100007192-2 por lesiones menos graves, de la Fiscalía Local de La Serena. Lo mismo respecto de una causa seguida por la Fiscalía Local de Antofagasta.

Considerando que en los procesos no hablamos de derechos y obligaciones sino en forma excepcional, y que, la regla general será que nos encontremos ante cargas, posibilidades y expectativas, debería estimarse que la fijación de un plazo para formalizar la investigación otorgado al fiscal por el juez de garantía, constituiría para el primero una carga procesal, es decir, un imperativo jurídico de actuación cuya inobservancia sólo ocasionaría perjuicios a la misma parte.

La única forma de estimar que el vencimiento de este plazo tendría una consecuencia negativa para los intereses del Ministerio Público – salvo, obviamente, que dicha consecuencia hubiese sido establecida expresamente en la misma ley – sería considerar que la atribución exclusiva del ente persecutor consistente en la formalización de la investigación constituye una “carga procesal”. Creemos que no puede ser tal el sentido que se atribuya a la formalización de la investigación dado que ello implicar trastocar la estructuración misma del sistema. En efecto, sabemos que la propia Constitución Política en su artículo 80 A y, en los mismos términos, el artículo 1° de la Ley N° 19.640, entregan la dirección de la investigación, en forma exclusiva, al Ministerio Público. Es evidente que esta facultad autónoma de formalizar investigaciones que posee el organismo persecutor se enmarca dentro del monopolio en la dirección estatal de la investigación de los hechos punibles que, por propio texto de la Carta Fundamental le corresponde. Sabemos que la formalización de la investigación se diferencia del antiguo auto de procesamiento en cuanto la primera se establece con fines de garantía, de modo que el imputado tenga la posibilidad de ejercer un adecuado derecho de defensa conociendo el contenido mismo de la imputación, además de la congruencia fáctica requerida entre imputación, acusación y fallo. Sin embargo, no por ello se puede desconocer que la formalización de la investigación constituye una institución trascendente dentro del marco de la dirección de la investigación que sólo a la fiscalía le corresponde, de cuya existencia depende la continuación misma del proceso penal y, por ende, la posibilidad de sanción a quienes resulten responsables de la comisión de un delito. Razones que nos conducen a pensar en la imposibilidad de catalogar esta institución como un imperativo de actuación cuya inobservancia sólo perjudique a la propia parte⁷⁰.

Resulta importante insistir en el punto de que la formalización de la investigación, constituye una institución de resorte exclusivamente fiscal, que corresponde a una atribución privativa del organismo persecutor acorde con un sistema de separación de funciones de investigación, acusación y juzgamiento por lo que la intervención del órgano jurisdiccional en la materia debe ser mínima y expresamente señalada en la ley. Si bien en este caso se señala una ingerencia por parte del mismo, no se señalan las consecuencias que la situación puede acarrear siendo imposible, por la naturaleza misma de la institución, interpretarla otorgando al órgano jurisdiccional facultades, en materia de investigación, que no le han sido específicamente concedidas.⁷¹

Si bien en materias propias de dirección de la investigación, el artículo 247 del Código Procesal Penal, a propósito de su cierre contempla la posibilidad de actuación del juez de garantía dictando sobreseimiento definitivo en la causa en caso de que el fiscal, transcurrido el plazo legal para el

70 Ello, sin siquiera entrar a analizar la situación del sujeto procesal “víctima” en esta materia. En efecto, el concepto de carga procesal elaborado por James Goldschmidt a propósito de su Teoría del Proceso como Situación Jurídica define éste como un imperativo jurídico de actuación cuya inobservancia sólo acarrea consecuencias perjudiciales para la propia parte. Si estimamos que la formalización de la investigación constituye una carga procesal y que, por lo tanto, de no verificarse en el plazo judicial fijado al efecto precluiría dicha facultad, ¿resulta solamente perjudicado el Ministerio Público?, claramente la respuesta es negativa. El concepto de carga parece fundarse en un proceso propiamente en marcha, con plena vigencia del principio de igualdad de las armas. En la etapa de investigación el Ministerio Público es **el director de la misma** y no sólo un interviniente más, por lo que no todas sus actuaciones pueden ser interpretadas conforme a la Teoría General del Proceso y, dentro de este contexto, a todas luces la formalización de la investigación no corresponde a una carga procesal.

71 La oportunidad en que se formaliza una investigación es una decisión autónoma del Ministerio Público, sin perjuicio sin perjuicio de que existan diligencias, actuaciones o resoluciones que exigen una formalización previa de la instrucción –art. 230 inciso segundo; art. 245, etc.-). En tales expresos términos se manifiesta en el inciso primero del artículo 230 CPP: “El fiscal podrá formalizar la investigación *cuando considere oportuno* formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial” (el destacado es nuestro).

mismo no compareciere a la audiencia respectiva o compareciendo, se negare a declararla cerrada. En este caso la consecuencia derivada de la inobservancia de otro plazo referido a una actuación propia del Ministerio Público como lo es el cierre de la investigación fue contemplada en forma expresa por el legislador a diferencia de lo ocurrido con el artículo 186.

En conclusión, aplicando las reglas generales de derecho procesal funcional en materia de términos procesales, la inobservancia por parte del Ministerio Público del plazo fijado por el juez de garantía para formalizar la investigación carece de sanción o consecuencia.

Si llegara a considerarse que la consecuencia derivada de la inobservancia de este plazo judicial por parte del fiscales implica la preclusión de la facultad exclusiva de formalizar las investigaciones que tiene el Ministerio Público, dicha decisión jurisdiccional sería apelable en virtud de lo dispuesto en el artículo 370 letra a) del Código Procesal Penal al tratarse de una resolución del juez de garantía que pone fin a un procedimiento (pese a que éste no esté formalizado).

Por lo demás, la norma legal se refiere a la posibilidad del tribunal de garantía de fijar un plazo para que el Ministerio Público formalice una investigación circunscribiéndose a una delimitación temporal, sin que su resolución pueda involucrar ningún pronunciamiento de fondo en cuanto forzar la actividad misma de la formalización. Vale decir, en términos prácticos, se le dice al fiscal *“Si va a formalizar debe hacerlo en el plazo determinado”* pero en ningún caso *“Debe formalizar dentro de dicho plazo”*, dado que dicha posibilidad resulta absolutamente imposible en nuestro actual sistema procesal penal.⁷²

Reconocemos que, careciendo de sanción o de una consecuencia específica derivada del incumplimiento del plazo fijado en conformidad al artículo 186, dicha norma legal deja de tener sentido lo que, probablemente, no corresponde al espíritu del legislador. En efecto, si se introdujo esta norma en el Código Procesal Penal fue con la intención de que la misma produjera algún efecto legal y, considerando el contexto de la misma, éste debía estar referido a una protección de las garantías de la persona que se viera afectada por una investigación no formalizada del Ministerio Público. Sin embargo, el legislador procesal penal no contempló una consecuencia específica para la inobservancia de dicho plazo establecido en garantía del afectado, siendo imposible atribuir una consecuencia en forma analógica tratándose de una institución trascendental y, por lo demás, exclusiva y facultativa para el órgano investigador como lo es la formalización de la investigación.

Al parecer, fundados en que la incorporación de la disposición obedece a una determinada intención, algunos autores se pronuncian porque la inobservancia del citado plazo produciría determinadas consecuencias, sin embargo, ellas no son especificadas. Así, según Horvitz y López, la fijación de dicho plazo constituye para el fiscal una “obligación” de formalizar y consecuentemente, la fijación de un plazo máximo para decretar el cierre⁷³, no obstante, no se vislumbra ningún pronunciamiento en cuanto a qué específicamente transforma dicho plazo en una “obligación” para el fiscal, ni qué es lo que ocurre si éste incumple la supuesta obligación.

Por otro lado, Riego y Duce⁷⁴ sostienen, a propósito de la oportunidad para formalizar la investigación que el fiscal se verá “obligado” a ello en cuatro casos, correspondiendo uno de éstos a la situación del artículo

72 En este sentido disentimos absolutamente de lo afirmado por HORVITZ, Ma. Inés, quien refiriéndose al artículo 186 parte final sostiene que “(...) De este modo se **obliga** al Ministerio Público a realizar una actuación que, a su turno, conlleva el efecto de ponerle un plazo máximo para finalizar su investigación” en *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pág. 465. El destacado es nuestro.

73 *Ibíd.*

74 DUCE, Mauricio - RIEGO, Cristián. *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*. Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago, 2002.

186. Los tres primeros son por todos conocidos: si el fiscal requiere la práctica de una diligencia de investigación que requiera de una autorización judicial previa, si no formaliza, no podrá obtener que dicha diligencia investigativa se lleve a cabo; en segundo lugar, en caso de que deba recibirse prueba anticipada, si no formaliza, el fiscal no podrá obtener la rendición de dicha prueba que puede resultar fundamental para los resultados del juicio; en tercer lugar, en caso de que se requiera la concesión de una medida cautelar, si el fiscal no formaliza no logrará que se decrete ninguna de estas medidas. Pero, ¿qué pasa si no se formaliza dentro del plazo fijado judicialmente?. Las tres primeras hipótesis son perfectamente lógicas y se refieren al efecto que produce la falta de formalización en determinadas actuaciones. En este sentido, la formalización de la investigación podría responder al concepto de carga: si no se formaliza no se puede recibir la prueba anticipada – a modo de ejemplo - ocasionando dicha conducta un perjuicio a los propios intereses del Ministerio Público.

En definitiva, tratándose de las tres primeras hipótesis pareciera mucho más correcto hablar de que la formalización constituye un “requisito” para la obtención de una determinado pronunciamiento judicial en vez de referirse a una “obligación”. Ahora, ellas tienen establecido un efecto para el evento de que no se formalice, no obstante, no ocurre lo mismo respecto del citado artículo 186 y los mencionados autores no se pronuncian por una consecuencia.

A nuestro juicio, en el mismo error incurre Núñez Vásquez quien establece, a propósito de la norma legal en comento, que “(...) En esta eventualidad, la ley lo faculta – al afectado por una investigación no formalizada - para recurrir al juez de garantía para que ordene al fiscal informarle acerca de los hechos de que se trate, o que disponga que el ministerio público formalice la investigación”⁷⁵

Si se concluyera que la correcta interpretación de la norma legal implica una “obligación” para el fiscal, es decir, que éste pueda verse constreñido por el órgano jurisdiccional a ejercer una facultad que le es propia de manera exclusiva y excluyente como lo es la formalización de la investigación, podría dar cabida a estudiar la posibilidad de intentar un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de dicha disposición ya que, como sabemos y hemos venido reiterando, la dirección de la investigación corresponde, en forma exclusiva, al Ministerio Público y la formalización de la investigación es, claramente, una actividad enmarcada dentro de dicho ámbito.

Insistimos que, también a nuestro entender el artículo 186 en lo relativo al establecimiento de un plazo para formalizar debió ser introducido al Código con una intención específica, sin embargo, dicho reconocimiento no es suficiente para crear sanciones no establecidas en la ley o aplicarlas por analogía. Nos encontramos ante una materia respecto de la cual existe un vacío legal y mientras éste no sea solucionado por el propio legislador no es dable al intérprete atribuir sanciones que exceden el marco legal al no estar contempladas específicamente y ni siquiera derivar de las normas generales del Derecho Procesal.

6.2 Posibilidad de contemplar la conducta del fiscal como constitutiva del delito de desacato

Si bien se concluye que no existe sanción para la inobservancia de este plazo judicial para formalizar y, sin que en caso alguno implique una adherencia a dicha posición, podría algún juez de garantía estimar que el fiscal, con su conducta, ha incurrido en el delito de desacato. Como adelantábamos, dicha solución nos parece errada dado que no todo incumplimiento de una resolución judicial implica la comisión del tipo penal citado. Por lo demás, estimamos que el fiscal que no formalice no ha “incumplido” la resolución judicial sino que ha “inobservado” un plazo establecido por el órgano jurisdiccional para la verificación de una actuación.

75 NÚÑEZ VÁSQUEZ, J. Cristóbal. *Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral*. Editorial Jurídica de Chile. Tomo II. Santiago, 2002. Pág. 41. El destacado es nuestro.

En efecto, la figura delictiva sanciona al que “quebrante” lo ordenado a cumplir, por lo que se referirá a resoluciones judiciales que establezcan obligaciones o condenas específicas. En este caso, no existe una obligación de formalizar sino sólo la fijación de un marco temporal para que esta actuación se realice si, en opinión del fiscal respectivo y en uso de las atribuciones exclusivas que a este respecto le corresponden, existen antecedentes suficientes que justifiquen su verificación.

Estimar que una resolución judicial que, incluso podría estimarse se refiere a la marcha misma del procedimiento y que no contiene obligación alguna sino sólo, insistimos, la determinación temporal para el cumplimiento de una actuación podría dar lugar a la figura penal del desacato, no reviste fundamento alguno.

Por otro lado y como ya se refirió, concluir que el juez de garantía tiene la facultad de obligar al fiscal a que formalice atenta contra principios fundamentales de nuestro actual sistema de carácter acusatorio.

En caso de que dicha situación tuviera lugar, es decir, que el juez de garantía pusiera en conocimiento del Ministerio Público la comisión de un supuesto delito de desacato cometido por uno de sus fiscales al incurrir en la ya mencionada hipótesis, se estima que es procedente la acción constitucional de amparo establecida en el artículo 21 de la Carta Fundamental si el fiscal se ha visto vulnerado en su derecho a la libertad individual (como en el caso el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil). Ahora, si no se produce una afeción a este derecho fundamental, será el propio organismo encargado de la investigación quien desestime la posibilidad de comisión de este ilícito.

A la misma conclusión puede arribarse si se consideran los artículos 80 H y 78 de la Constitución Política de la República y el Informe en Derecho del Profesor José Luis Cea contenido en Instructivo General N° 58 de 20 de Abril de 2001, en el que se manifiesta el carácter excepcional de una privación de libertad que pueda afectar a un fiscal adjunto.

6.3 Posibilidad del juez de garantía de decretar el sobreseimiento definitivo de la causa.

De acuerdo a la información obtenida, al parecer en los casos en que se ha producido la situación descrita, ha sido una práctica relativamente frecuente por parte de la defensa solicitar, luego del apercibimiento respectivo, el sobreseimiento definitivo de la causa.

Descartamos absolutamente dicha posibilidad. Esta Fiscalía Nacional efectivamente ha sostenido que la formalización de la investigación no resulta indispensable para que se decrete el sobreseimiento definitivo de la causa, puesto que pueden proceder todos los requisitos de éste y la causa haber sido judicializada por una vía distinta de la formalización de la investigación, quedando vedada de esta forma la aplicación de otros mecanismos que puede adoptar autónomamente el fiscal.⁷⁶

No obstante, ello no excluye que el sobreseimiento definitivo sí deba cumplir con ciertos requisitos indispensables para su dictación que son:

- 1° Que se encuentre agotada la investigación
- 2° Que concurra una causal legal

Respecto al primer requisito y si bien el nuevo código no contiene una norma similar al artículo 413 del antiguo Código de Procedimiento Penal (“El sobreseimiento definitivo no podrá decretarse sino cuando esté *agotada la investigación...*”), tal requisito se puede desprender de la denominación del párrafo en que están ubicadas las causales del sobreseimiento definitivo (párrafo 7 del T. I del L. II del Código Procesal Penal: “*Conclusión de la investigación*”).

76 Nos referimos a la facultad de no iniciar la investigación.

Considerando que estamos hablando de una investigación absolutamente preliminar, en que aún no se ha imputado formalmente ningún hecho a persona alguna, resulta del todo incongruente que el juez de garantía pueda dictar una resolución de esta magnitud. Por una parte y, en forma categórica, no podemos hablar de una investigación que se encuentre agotada, sin que parezca necesario entrar en explicaciones al respecto. Por otro lado, en cuanto a la causal invocada, deberá verse en el caso concreto pero, desde ya parece sumamente difícil que podamos encontrarnos en alguna de las hipótesis legales para la adopción de esta decisión jurisdiccional.

Si bien es cierto, en el caso del artículo 247 del código del ramo, la investigación puede no encontrarse agotada a juicio del fiscal, existe una presunción legal en este sentido y, además, una consecuencia establecida de forma expresa en la ley, a modo de sanción para el organismo persecutor. De esta forma, se trata de una situación excepcional que no obsta a que el agotamiento de la investigación constituya un requisito para el sobreseimiento de la causa.⁷⁷

Ahora, en lo relativo a la causal de sobreseimiento, estimamos que la facultad del juez de decretar el sobreseimiento se ve limitada por el grado de conocimiento que el tribunal debe haber adquirido para dictarlo, pues resulta necesario que éste tenga "(...) plena convicción acerca de la concurrencia de la causal que hace procedente el sobreseimiento, en especial, si tenemos en consideración que el sobreseimiento definitivo equivale a una sentencia absolutoria y produce los efectos de cosa juzgada".⁷⁸ Resulta extremadamente difícil concebir que el juez tenga este grado de convicción tratándose de una investigación en que, incluso es posible, ni siquiera tiene conocimiento de los hechos imputados. Si el Tribunal dictara esa resolución sin contar ni basarse en tales elementos de convicción, entonces tal providencia no cumpliría con la fundamentación exigida por el artículo 36, además, por supuesto, de ser impugnabile vía apelación.⁷⁹

Lo mismo podemos afirmar en cuanto a que la defensa pueda acreditar la concurrencia de alguna de las causales legales en tal estado de la investigación. En efecto, como hasta el momento de la audiencia el Ministerio Público no cuenta con antecedentes para formalizar, es probable que la defensa del imputado invocara las causales previstas en las letras a) y b) del artículo 250, aunque perfectamente podría esgrimir otra de las causales previstas en dicho artículo, o bien, señalar que el sobreseimiento es simplemente una sanción que debe aplicarse al Ministerio Público, al no haber podido éste formalizar en el plazo que le fijó el juez de garantía, sanción que, a juicio de la defensa, debería disponerse sin necesidad de vincularla con alguna de las causales del artículo 250.

Si la defensa solicitara al Tribunal de Garantía el sobreseimiento del caso, basada en que concurre alguna causal específica del artículo 250, forzoso es concluir que, en la audiencia respectiva, el o los abogados del imputado deberán aportar los antecedentes necesarios para acreditar que uno o más de los seis supuestos de dicho precepto concurren efectivamente. En otras palabras, la defensa no podría afirmar, por ejemplo, que el hecho investigado no es constitutivo de delito o que claramente está establecida la inocencia del

77 Efectivamente, al margen de los casos en que deben seguirse las reglas generales del sobreseimiento establecidas en los artículos 250 y siguientes del Código Procesal Penal, cada situación en que esta resolución jurisdiccional puede tener lugar está expresamente establecida en el mismo código, así, los artículos 10 y 171 a propósito del sobreseimiento temporal y artículos 270 y 271, además del ya mencionado artículo 247 en lo relativo al sobreseimiento definitivo. La aplicación a casos no regulados en forma expresa sólo puede responder a los requisitos generales de la institución.

78 MATURANA MIQUEL, Cristián. Apuntes correspondientes a exposición sobre "El sobreseimiento en el proceso penal" en Diplomado sobre "Análisis del Nuevo Proceso Penal" U. de Chile, año 2002.

79 Al respecto, conviene tener presente también el principio de legalidad, que orienta la actuación del Ministerio Público y que le obliga a promover la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos especialmente previstos en la ley. Tal principio, que haya su fundamento en la igualdad ante la ley, se vería totalmente burlado si los órganos jurisdiccionales interpretaran las normas procesales penales, de oficio o a petición de la defensa, de modo de "crear" casos de suspensión o término del procedimiento, fuera de las hipótesis expresamente previstas en la ley, de un modo objetivo y general.

imputado, simplemente porque, en el plazo que ha fijado el Tribunal, el Ministerio Público no ha podido formalizar la investigación.

La defensa también podría plantear al Tribunal de Garantía que éste pronunciara el sobreseimiento definitivo, no ya basado en alguna de las causales específicas del artículo 250, como adelantamos, sino como simple sanción al Ministerio Público por el hecho de que éste no haya formalizado en el plazo judicial fijado en virtud del art. 186 CPP, invocando el derecho a ser juzgado en un plazo sin dilaciones indebidas. Pero este planteamiento pareciera ser insostenible, pues el único caso que contempla el cuerpo procesal en que el sobreseimiento es una sanción en perjuicio del Ministerio Público por el incumplimiento de apercibimientos judiciales o por la omisión de actuaciones frente a determinados plazos, está previsto en el ya citado artículo 247.

En suma, el único sobreseimiento definitivo que podría decretar el juez de garantía, vencido que sea el plazo que ha fijado en virtud del artículo 186, sería uno fundado en alguna de las seis causales del artículo 250 y basado en antecedentes concretos y serios, proporcionados por el Ministerio Público o la defensa.

Respecto a la posibilidad de decretar el sobreseimiento nos parece absolutamente acertada la resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco que, con fecha 28 de noviembre de 2003 y conociendo de un recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra de la resolución del juez de garantía que acogió la petición de la defensa en orden a decretar el sobreseimiento definitivo de la causa, negando lugar al ejercicio, por parte del fiscal, de su facultad de no perseverar en el procedimiento una vez que se había cumplido el plazo fijado por el juez para formalizar la investigación en conformidad al citado artículo 186, revocó tal resolución dejando sin efecto el sobreseimiento definitivo, teniendo por formulada la decisión del Ministerio Público en cuanto a no perseverar en la investigación.

En lo pertinente la resolución del tribunal ad quem señala:

3° Que para una adecuada decisión del asunto materia del recurso, cabe considerar que la norma prevista en el Art. 186 del código antes referido, y que permite el control judicial de la investigación aún antes de la formalización pidiendo el imputado al juez de garantía que se ordene al fiscal informarle de los hechos objeto de la investigación, o que le fije un plazo para formalizarla, situación esta última que ocurrió en autos- tiene por fin que la persona investigada pueda ejercer los derechos que la ley consagra al imputado; principalmente, para que prepare sus medios de defensa y, en su caso, para ser juzgado en un plazo razonable. Sin embargo, tampoco puede perderse de vista que la decisión de formalizar o no la investigación es atribución exclusiva del Ministerio Público, por cuanto solo a él pertenece la dirección de aquella, de tal modo que si arriba a la conclusión que no hay antecedentes suficientes para ello, habiendo vencido el plazo que tenía al efecto, debe proceder a su cierre; 4° Que puestas las cosas en el escenario anterior, y sin que a juicio del Fiscal tampoco concurren los presupuestos para solicitar el sobreseimiento de la causa, ni para acusar más aún cuando, como en la especie, no hubo formalización de la investigación-, necesario es concluir que éste conserva la facultad de comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento que prevé la letra c) del Art. 248 del Código Procesal Penal. Pero el uso de dicha facultad, como también la de cerrar la investigación sin haber formalizado, no puede significar que como erradamente concluye la juez a-quo- deba procederse al sobreseimiento definitivo por la causal que se ha esgrimido, ni por cualquier otra. En efecto, al no haber existido formalización de la investigación dentro del plazo fijado por el tribunal, no puede estimarse que hubiese precluido el derecho del Ministerio Público para ejercer la facultad que prevé el Art. 248 letra c) del código citado; y su ejercicio no vulnera derecho alguno del imputado. Más bien, y por el contrario, la comunicación de no perseverar favorece a éste, del momento que cesa la incertidumbre de una investigación aún no formalizada, y, en todo caso al no haberse formalizado- no se produjo interrupción alguna de la prescripción de la acción penal por el delito que se le imputa, de modo tal que una vez transcurrido el

plazo respectivo, podrá ordenarse el sobreseimiento definitivo, pero ahora por este último motivo; 5º Que por las razones antes señaladas, y teniendo además presente que no existe disposición legal alguna que prevenga, como efecto de la no formalización de la investigación dentro del plazo judicial que establece el Art. 186 del estatuto de enjuiciamiento penal, la extinción de la responsabilidad penal, es procedente la revocación de la resolución en alzada (...)⁸⁰

En este caso, la causal de sobreseimiento esgrimida y acogida por el tribunal a quo, consistía en que, habiéndose fijado un plazo para formalizar sin que se hubiera verificado dicha actuación, había precluido la facultad del Ministerio Público para hacerlo y debía aplicarse el artículo 247 del Código Procesal Penal norma, según sabemos, relativa al cierre de la investigación y, por ende, no aplicable al caso en cuestión.

La resolución en comento nos parece muy ilustrativa en esta materia desde los siguientes puntos de vista:

1. Señala que la facultad del Ministerio Público no precluye por la inobservancia del plazo fijado en conformidad al artículo 186 del CPP.
2. Se refiere a la naturaleza de la formalización de la investigación como una atribución exclusiva del Ministerio Público, por cuanto sólo a él pertenece la dirección de la misma.
3. Señala que no existe disposición alguna que prevenga, como efecto de la inobservancia del plazo fijado, la extinción de la responsabilidad penal, por lo que no puede tener lugar dicha consecuencia. De este último razonamiento podemos colegir que, dado que la ley no ha señalado este efecto ni ningún otro a la situación en comento, ella carece de sanción en el estado actual de cosas, máxime considerando que no resultarían aplicables reglas generales en cuanto a los plazos si la propia resolución descarta la posibilidad de la preclusión.

En caso que, erradamente, el juez de garantía estime que el efecto de la inobservancia del plazo del artículo 186 consiste en la dictación del sobreseimiento definitivo de la causa, ello debiera ser impugnado vía recurso de apelación según lo prescribe expresamente el artículo 253 del Código Procesal Penal.

Por último, lo afirmado respecto al sobreseimiento definitivo resulta también aplicable al sobreseimiento temporal.

7. Actuación del Ministerio Público ante la fijación de un plazo para formalizar la investigación por parte del juez de garantía.

Si, pese a la oposición manifestada por el Ministerio Público el órgano jurisdiccional, en conformidad al precepto legal en comento, fijara un plazo para formalizar la investigación, no obstante todo lo anteriormente expuesto y la convicción de que la inobservancia, por parte del Ministerio Público, del plazo fijado por el órgano jurisdiccional para formalizar la investigación no acarrea sanción alguna, no resultaría recomendable que los fiscales adoptaran una actitud de absoluta pasividad en la audiencia respectiva. Por ello, se estima que debería analizarse muy bien la hipótesis en que cada uno se encuentre, en directa relación con el avance de su investigación.

Así, podemos distinguir preliminarmente las siguientes situaciones:

- a) La primera situación que puede acontecer es que, vencido el plazo que el juez fijó para formalizar, el Ministerio Público continúe en la misma posición inicial, vale decir, no cuenta con antecedentes

80 El destacado es nuestro.

suficientes para formalizar una investigación pero tampoco se encuentra en condiciones de adoptar una temprana decisión de término respecto de dicho caso. En tal eventualidad, los fiscales deberían solicitar una prórroga del plazo fijado judicialmente para los efectos de formalizar la investigación, alegando una justa causa a este respecto y haciendo presente, en todo momento, el carácter excepcional que implica dicha situación al envolver una contradicción de las funciones propias de cada órgano dentro del sistema de enjuiciamiento criminal (persecutorio y jurisdiccional). La prórroga debería pedirse y podría decretarse cuantas veces fuera necesario manteniéndose esta situación por causas ajenas a la propia labor del Ministerio Público.

- b) Si vencido el plazo fijado para formalizar la investigación (sea el primero o los prorrogados que correspondan) el Ministerio Público ha recabado indicios de la existencia de un hecho punible y de la participación del imputado, debería proceder a efectuar la comunicación a que se refiere el artículo 229 del código, es decir, formalizar la investigación, hipótesis que no presenta problema alguno, pues el procedimiento penal seguiría su curso normal y las facultades de la Institución en orden a dirigir en forma exclusiva la investigación no sufrirían ninguna alteración.
- c) Una situación que puede presentarse consiste en que, en el plazo que el juez dio para formalizar, el Ministerio Público compruebe que concurren los presupuestos para que se dicte el sobreseimiento definitivo, por cualquiera de las causales del artículo 250 del Código Procesal Penal. En tal caso, el fiscal debería cerrar la investigación en la audiencia respectiva y solicitar al juez de garantía que decreta dicho sobreseimiento, basado en los antecedentes concretos y serios que ha logrado recabar.
- d) En la hipótesis de que sea la defensa quien presente los antecedentes a los que se alude en la letra anterior, debería distinguirse: por una parte, si ellos por sí solos son suficientes para tener por totalmente acreditada alguna de las causales de sobreseimiento que la ley contempla, caso en el cual será el propio fiscal quien actúe en conformidad a lo dispuesto precedentemente (cerrar y solicitar sobreseimiento). Si, por el contrario, los antecedentes son significativos pero no decisivos, el fiscal debería solicitar una prórroga del plazo, en este caso específico, con el objeto de verificar los antecedentes allegados.
- e) La situación evidentemente conflictiva está constituida por aquella en la cual el fiscal no ha alcanzado a obtener antecedentes que constituyen indicios de la existencia del hecho punible y de la participación, sin embargo, existe alguna posibilidad de recabar tales indicios si la investigación se prolonga por más tiempo, no obstante el tribunal de garantía ha negado lugar a la prórroga del plazo. Este caso, a su vez, puede presentar dos vertientes:
- Si la probabilidad de que el fiscal pueda recopilar antecedentes a fin de establecer el hecho punible y atribuir responsabilidad preliminar a una persona es muy baja, debería optar por hacer uso de su facultad para no perseverar en el procedimiento.⁸¹

81 Respecto del ejercicio de esta facultad autónoma del Ministerio Público es preciso concordar la materia con lo dispuesto en el Oficio N° 556 de 18 de noviembre de 2003. De acuerdo al mismo, el mecanismo de la facultad de no perseverar en el procedimiento debe ser utilizado en forma adecuada y plenamente ajustada a derecho de modo de evitar críticas relativas a que su aplicación obedecería a la necesidad de ampliar los plazos de investigación mediante su ejercicio y posterior reapertura. Por lo demás, debe ejercerse una vez que haya solicitado las prórrogas que correspondan y dejando de manifiesto que tal proceder por parte del organismo persecutor no involucra un reconocimiento tácito a la imposición de una sanción que, a nuestro juicio, no corresponde. Por lo demás, no debemos olvidar que la postura relativa a que el ejercicio de la mencionada facultad no implica que la investigación no pueda volver a iniciarse no es unánime en la doctrina nacional – en este sentido, HORVITZ, Ma. Inés. O. Cit. Pp. 586 y ss. - por lo tanto existe el riesgo de que algún juez pudiera adherir a dicha postura impidiendo que, eventualmente, dicha investigación pudiera ser reabierta. En conclusión, el ejercicio de la facultad de no perseverar, en estos casos, deberá proceder cuando realmente se estime que tal salida es la adecuada para el caso en cuestión y no con la sola finalidad de ampliar un plazo judicial.

- Si la investigación preliminar ha experimentado algún grado de avance, que permite avizorar un posible éxito futuro, el fiscal debería optar por formalizar la investigación aun cuando no cuente con todos los antecedentes que idealmente le permitirían hacerlo.
- f) Finalmente es preciso señalar que los criterios previamente señalados pueden no resultar aplicables a cierta categoría de delitos respecto de los cuales la característica de desformalización de la investigación constituya la estrategia propia de dicha persecución penal⁸². Se trata de hipótesis que deberán revisarse caso a caso y, tal vez en esa eventualidad, la defensa de la formalización de la investigación y la oportunidad en que ésta se lleve a cabo, como una atribución exclusiva del organismo encargado de la persecución penal deba ser más férrea y arriesgada logrando un pronunciamiento del tribunal superior sobre la base de la respectiva apelación (sea por preclusión o sobreseimiento).

Conclusiones:

1. El único titular de la solicitud a que se refiere el artículo 186 del Código Procesal Penal es aquella persona en contra de quien se dirige la investigación penal, lo que podemos desprender de la misma norma que se refiere a la persona "*afectada por una investigación*" sin que sea posible hacer extensible dicha facultad a personas que poseen un legítimo interés en el resultado de la investigación pero que no se ven afectadas, en estricto término, por la misma.
2. La disposición contenida en el artículo 186 tiene carácter excepcional puesto que implica una intromisión del órgano jurisdiccional en una actividad que se enmarca dentro de la dirección exclusiva de la investigación que corresponde al Ministerio Público, atentando contra el diseño del nuevo sistema procesal penal y su correcta separación de funciones. Por tal motivo, para que resulte aplicable algunas de las hipótesis que establece la disposición legal en comento, la situación concreta que afecta al titular debe revestir un fundamento plausible que justifique tal aplicación.
3. De acuerdo con lo anterior y con el tenor mismo de la norma, para que el órgano jurisdiccional adopte una decisión en conformidad a la misma es preciso que se encuentre ante una persona efectivamente afectada por una investigación desformalizada del Ministerio Público y, dicha afección no puede ser sólo la inherente a todo proceso penal porque ello implicaría, desde ya, desconocer absolutamente la existencia de investigaciones desformalizadas.
4. Si el fundamento que pretende esgrimirse para fijar un plazo para formalizar la investigación radica en la garantía de ser juzgado dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas, es preciso tener en consideración que dicha garantía se predica tras la formalización de la investigación ya que se encuentra en estrecha relación con la vulneración de derechos y el gravamen que puede conllevar un proceso penal (básicamente medidas cautelares personales que restrinjan la libertad de las personas).
5. Por los motivos expuestos anteriormente, los fiscales del Ministerio Público deberían oponerse a cualquiera de las dos vías que pretenda adoptar el órgano jurisdiccional en conformidad a dicha disposición. No obstante lo anterior, los fiscales, ante la insistencia del tribunal de

82 Pensando, por ejemplo, en la criminalidad más compleja a la que se hacía alusión con anterioridad, como narcotráfico, lavado de dinero o crimen organizado.

garantía, deberían allanarse a informar acerca de los hechos que son materia de investigación ya que dicha solución parece ser la principal y no subsidiaria, como lo sería la fijación de un plazo y, además, porque implica una menor intromisión del órgano jurisdiccional en las labores propiamente persecutorias.

6. Si se ordena al fiscal que informe acerca de los hechos que son materia de investigación, se estima que tal comunicación debe ser básica de modo de no encontrarnos ante una formalización de la investigación previa y encubierta y, además, proteger los intereses propios de la persecución penal en ciertos complejos casos.
7. La fijación de un plazo por parte del juez de garantía para que el fiscal formalice una investigación, en conformidad al artículo 186 parte final del Código Procesal Penal, no implica una carga procesal para el organismo encargado de la persecución penal pues no responde a la definición de esta institución procesal sino que se trata de una facultad propia del Ministerio en su carácter de Director exclusivo de la investigación y no de interviniente propiamente tal.
8. Atendido lo anterior, la inobservancia de dicho plazo por parte del Ministerio Público no implica ningún efecto preclusivo respecto de su facultad de formalizar una investigación.
9. Al descartarse el efecto preclusivo, cualquier resolución jurisdiccional que estime lo contrario, vale decir, que implique que la facultad exclusiva de formalizar que tiene el Ministerio Público ha precluido, sería recurrible de apelación según lo dispuesto en el artículo 370 letra a).
10. Si la resolución del órgano jurisdiccional que señala un plazo para formalizar no implica para el fiscal una "carga procesal", menos aún podemos hablar de una "obligación" respecto de una facultad que compete exclusivamente al órgano encargado de la persecución penal por lo que, no existiendo una norma expresa que establezca una consecuencia o una situación diferente, no es facultad del órgano jurisdiccional inmiscuirse en tales aspectos.
11. Si la resolución que el órgano jurisdiccional dicte en conformidad a la citada disposición legal no contiene obligación alguna que deba cumplir el Ministerio Público sino sólo la determinación de un marco temporal en que la actividad debiera verificarse, no podemos hablar de desacato en caso de que el fiscal respectivo no observe el plazo fijado.
12. La posibilidad de estimar como consecuencia de dicha inobservancia la dictación de un sobreseimiento definitivo nos parece del todo errada desde que no se cumplen los requisitos legales para que ello proceda: no se encuentra agotada la investigación ni concurre causal legal que justifique la adopción de esta decisión jurisdiccional. Menos aún resulta concebible la posibilidad de aplicación del sobreseimiento como sanción si ello no está expresamente contemplado en la ley. En caso de que dicha situación se presentare, los fiscales deberían recurrir de apelación.
13. No resulta conveniente, sin embargo, que vencido el plazo para formalizar la investigación los fiscales mantengan una actitud completamente inactiva, lo que podría ser interpretado como una falta de eficiencia por parte del organismo persecutor. En tal sentido, la primera orientación que podría darse a los fiscales es que, en tanto se mantenga la situación de no contar con antecedentes suficientes para formalizar pero tampoco con aquellos que le permitan adoptar una decisión temprana de término del caso (por razones ajenas a su propia actividad, la que deberá ser exhaustiva en estos eventos), deberían solicitar la prórroga del plazo judicial tantas veces como sea necesario, cumpliendo con los requisitos legales para ello.

14. En el evento de que dicha prórroga no sea concedida, debería procederse al análisis de los antecedentes de investigación que han logrado recabarse y realizar una evaluación de las posibilidades de éxito en la obtención de futuros antecedentes. En la medida de que dicha evaluación sea principalmente negativa, debería optarse por comunicar la facultad de no perseverar en el procedimiento. Por el contrario, si tal evaluación es mayormente positiva, debería procederse a formalizar la investigación.

15. Por supuesto en el evento de que existan antecedentes, ya sea recabados por el propio Ministerio Público, ya sea allegados por la defensa, que permitan configurar algunas de la causales de sobreseimiento que establece el legislador, los fiscales deberían proceder a cerrar la investigación y solicitar al tribunal que decrete el sobreseimiento definitivo de la causa.



IV Oficios e Instrucciones

OFICIO FN N° 083 /

ANT.: Of. 244 del 20.05.03 sobre conductas terroristas.

MAT. : Análisis de la Ley N° 19.906, que modifica la ley N° 18.314, sobre conductas terroristas, en orden a sancionar más eficazmente la financiación del terrorismo.

ADJ. : Texto de la Ley 19.906, publicado en el Diario Oficial del día 13 de noviembre de 2003.

SANTIAGO, febrero 25 de 2004

DE : SR. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

A : FISCALES REGIONALES Y FISCALES ADJUNTOS

Con motivo de la publicación en el Diario Oficial el día 13 de noviembre de 2003, de la Ley N° 19.906, que modifica la Ley N° 18.314 sobre Conductas Terroristas, introduciendo un nuevo artículo 8°, que tipifica y sanciona la Financiación del Terrorismo, en conformidad a lo dispuesto por el Convenio Internacional para la Represión del Terrorismo, se ha estimado conveniente elaborar el presente oficio, a fin de difundir y explicar sus principales contenidos y alcances.

I.- Antecedentes de la Ley N° 19.906.

El Mensaje N° 69-348, de S. E. el Presidente de la República, enviado al Congreso el 14 de octubre de 2002, persigue dar cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas por nuestro Estado en materia de financiamiento de conductas terroristas, citando los siguientes instrumentos⁸³:

-
- 83 Si bien en el Mensaje no se menciona, creemos importante citar también “**las Ocho Recomendaciones Especiales contra el Financiamiento de Terrorismo**”, del GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales) aprobadas por el **Plan de Acción de GAFISUD contra el Financiamiento del Terrorismo**, en el seno del 1er. Consejo de Ministros Altas Autoridades de GAFISUD (Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales de Sudamérica), en el año 2001, entre las que se destacan las siguientes:
- i. Tipificación y ejecución de los instrumentos de las Naciones Unidas, en especial, el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo y la Resolución N° 1.373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.
 - ii. Tipificación de la financiación del terrorismo y el blanqueo asociado.
 - iii. Congelamiento y decomiso de activos terroristas.
 - iv. Informe de transacciones sospechosas relativas al terrorismo.
 - v. Cooperación internacional.

a. El Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999, y suscrito por Chile el 2 de mayo de 2001⁸⁴.

El artículo 2° establece dos tipos penales, señalando que comete delito el que, por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, **provea o recolecte fondos** con la intención que se utilicen, o a sabiendas que serán utilizados, en todo o parte, para cometer alguno de los delitos calificados como terroristas.

Además, el artículo 4° establece el deber de cada Estado parte de tipificar y sancionar el delito de financiamiento terrorista en él descrito, todo ello de acuerdo con la legislación nacional respectiva⁸⁵.

b. La Resolución N° 1.373, de 20 de septiembre de 2001, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, la cual fue emitida fundamentalmente con motivo de los atentados terroristas ocurridos en Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001, por todos conocidos. Este instrumento, en su parte pertinente, dispone que todos los Estados deberán:

- i. Prevenir y reprimir la financiación de los actos de terrorismo.
- ii. Tipificar como delito la provisión o recaudación internacionales, por cualesquiera medios, directa o indirectamente, de fondos por sus nacionales o en sus territorios con intención de que dichos fondos se utilicen, o con conocimiento de que dichos fondos se utilizarán, para perpetrar actos de terrorismo.
- iii. Congelar sin dilación los fondos y demás activos financieros o recursos económicos de las personas que cometan, o intenten cometer, actos de terrorismo, o participen en ellos o faciliten su comisión.

A continuación, y recogiendo los fundamentos y consideraciones del Convenio y Resolución citados, se constata en el Mensaje que el número y gravedad de los actos terroristas dependen en gran medida de la financiación de los mismos, siendo su preparación el elemento central para determinar la envergadura del acto definitivo: mayor financiación, más facilidad e impunidad en su logro. Además, probablemente el atentado y sus consecuencias sean mayores.

Se comprende, entonces, la importancia de reforzar nuestra actual legislación penal mediante la incorporación de un tipo penal que cubra aquellas hipótesis de financiación que de otra forma podrían quedar impunes⁸⁶.

A este respecto, es importante señalar que antes de la publicación de la ley N° 19.906, el financiamiento del terrorismo resultaba punible bajo dos hipótesis:

a. El financiamiento de la ejecución de un delito terrorista determinado, de aquellos previstos en el artículo 2° de la ley N° 18.314: En este caso, atendiendo las circunstancias del hecho y las reglas generales de participación contenidas en el Código Penal, tal conducta podría haberse sancionado de dos formas:

84 Este acuerdo fue promulgado el 3 de julio de 2002 y publicado en el Diario Oficial el 13 de septiembre del mismo año.

85 Artículo 4°: Cada Estado parte adoptará las medidas que sean necesarias para:

- a) Tipificar como infracción penal, con arreglo a su legislación interna, los delitos enunciados en el artículo 2°;
- b) Sancionar esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su carácter grave.

86 En este sentido, el Diputado Señor Burgos, durante la Sesión N° 54 de la Cámara de Diputados, al presentar este proyecto de ley en su calidad de Diputado informante de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, afirmó lo siguiente: "...Por ello, todo parece indicar que las legislaciones internacional e interna deben ser capaces de tipificar ciertos hechos antijurídicos para adelantarse a la comisión de estos ilícitos, más allá de que en un país, el terrorismo -como ocurre en Chile-, se bata en retirada, aunque nunca es bueno declararlo fenecido".

- i. A título de **autor**, de conformidad a lo dispuesto por el número 3 del artículo 15 del Código Penal, el que sanciona a los que concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a cabo el hecho. En este caso, se daría lo que en doctrina se ha denominado **autor cooperador**, categoría que requiere de un concierto previo y de una cooperación efectiva. Respecto de la expresión “medios”, el profesor Etcheberry ha señalado que esta “...debe ser entendida en un sentido amplio, tanto con relación a los instrumentos materiales que se faciliten (armas, etc.), como al modo o manera de comisión (abrir una puerta, indicar el sitio en que está oculto el dinero)”⁸⁷.
- ii. Como **cómplice**, aplicando lo establecido en el artículo 16 del Código Penal, el cual sanciona a los que, sin estar comprendidos en el artículo 15 (que establece las hipótesis de autoría), cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos.

b. La provisión de fondos para una asociación ilícita terrorista: El artículo 294, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 292 y siguientes del Código Penal y el artículo 2° N° 5 de la ley N° 18.314, sanciona a los otros individuos que hubieren tomado parte en la asociación y los que a sabiendas y voluntariamente hubieren **suministrado medios o instrumentos para cometer los crímenes o simples delitos**, alojamiento, escondite o lugar de reunión.

En este caso, sin perjuicio de la responsabilidad que le pueda corresponder al financista por algún delito terrorista en específico, este sólo podrá ser sancionado cuando participe en el delito de asociación ilícita terrorista, ya sea perteneciendo a ésta o bien ayudando, a sabiendas y voluntariamente, con medios o recursos para la comisión del delito.

Del estudio de los dos casos mencionados, podemos constatar que la ley chilena cubría parcialmente el delito de financiamiento terrorista establecido por el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo. Esto, en razón de que este ilícito resultaba sancionable sólo cuando la provisión de fondos pudiera vincularse a un delito terrorista en específico o bien cuando estuviéramos en presencia de una asociación ilícita terrorista, requiriendo en ambos casos de un “**financiamiento efectivo**”, no estando consideradas en nuestro ordenamiento jurídico penal las siguientes situaciones:

a. La provisión de fondos no vinculable a una asociación ilícita terrorista o a un delito terrorista determinado.

b. La mera recolección o recaudación de fondos.

En razón de lo anterior, se hacía indispensable no sólo la suscripción del citado Convenio, sino que la adopción de medidas legislativas a nivel interno para regular dicha situación, lo que dio lugar a este nuevo artículo 8°, que modificó la ley N° 18.314, sobre conductas terroristas.

Cabe tener presente que en el proyecto originario se planteaba la inclusión de un inciso final dentro del artículo 7°, cuestión que fue modificada durante el primer trámite constitucional, sugiriendo la diputada Sra. María Pía Guzmán la creación de un nuevo artículo 7 bis, por la importancia del ilícito en estudio. Finalmente, el tema fue resuelto por el Senado, creándose un nuevo artículo 8°, zanjando definitivamente la discusión de este punto.

Por último, es importante señalar que, de conformidad a lo previsto por el artículo 9° de la Constitución Política de la República de Chile, la regulación de las conductas terroristas y su penalidad debe estar fijada por una **ley de quórum calificado**, lo que de acuerdo al artículo 63 del mismo cuerpo constitucional, requiere de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio para su aprobación.

87 ETCHEBERRY ALFREDO, Derecho Penal, Parte General, tomo II, tercera edición, Editorial Jurídica, 1999, págs. 94 a 96.

II.- El Delito de Financiamiento Terrorista

1.- Texto legal

El día 13 de noviembre de 2003, se publicó la citada ley N° 19.906, que modifica la ley N° 18.314, sobre conductas terroristas, agregando un nuevo tipo penal en el artículo 8°, cuyo texto dispone lo siguiente:

“Artículo 8°.- El que por cualquier medio, directa o indirectamente, solicite, recaude o provea fondos con la finalidad de que se utilicen en la comisión de cualquiera de los delitos terroristas señalados en el artículo 2°, será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio, a menos que en virtud de la provisión de fondos le quepa responsabilidad en un delito determinado, caso en el cual se le sancionará por este último título, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 294 bis del Código Penal.”

2.- Análisis

2.1.- **Aspectos Generales**

De la sola lectura de la norma, aparece de manifiesto que el tipo penal propuesto persigue solucionar las imperfecciones y vacíos legales que existían en nuestra legislación penal en esta materia, procurando cubrir un más amplio espectro de situaciones que pueden ser incardinadas en él, para lo cual introduce dos ideas básicas:

- a. Desvincular el financiamiento de la efectiva realización de un delito terrorista específico;
- b. Sancionar la mera recaudación de fondos destinados a la realización de dichos actos.

El artículo 8° de la ley 19.906 consagra un delito de mera actividad, por cuanto se consuma con la sola realización de la conducta descrita por la ley, independientemente que los fondos efectivamente se utilicen.

Es un delito de peligro, ya que con el financiamiento o la recolección se está creando un riesgo de lesión al bien jurídico protegido, seguridad y orden público.

2.2.- **Conductas Típicas**

Con la incorporación del artículo 8° se crean dos tipos penales:

a. Financiamiento: este ilícito abarca la provisión de fondos con la finalidad de que se utilicen en la comisión de cualquiera de los delitos terroristas señalados en el artículo 2° de la ley N° 18.314.

b. Recaudación: este delito abarca tanto la solicitud como la recaudación de fondos con la finalidad de que se utilicen en la comisión de cualquiera de los delitos terroristas señalados en el artículo 2° de la ley N° 18.314.

Respecto de la figura de financiamiento, tiene plena aplicación la cláusula de subsidiariedad establecida en la segunda parte de esta norma, no así en el caso de la mera recaudación, en el cual dicha condición no es aplicable. Este tema, en todo caso, se tratará con detalle al explicar el contenido y alcance de esta cláusula.

2.3.- Verbos rectores

Se distinguen tres verbos rectores:

a. Solicitud: El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la voz solicitar como “*pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado*”. De la definición anterior se desprende que, basta que se soliciten fondos para que se configure el ilícito.

Cabe señalar que el proyecto de ley originariamente no consideraba la solicitud de fondos, situación que fue incorporada a petición de los diputados Sres. Marcelo Forni Lobos y Juan Bustos Ramírez. En la discusión ante el Senado, no se consideró dicha moción, resolviéndose el tema finalmente al interior de la Comisión Mixta, optando por su inclusión.

Los argumentos que se dieron a favor y en contra de dicha inclusión fueron los siguientes :

- i. *En contra:* Se sostuvo que la inclusión de estas formas verbales impiden la ocurrencia de actos preparatorios y adelantan peligrosamente la consumación, extendiendo la sanción penal a límites intolerables.
- ii. *A favor:* Se argumentó que dicha expresión describe una conducta independiente. El diputado Sr. Juan Bustos Ramírez señaló que “*constituye un error sostener que solicitar fondos será la tentativa de un acto preparatorio. No es una conducta que quede dentro del concepto de tentativa del artículo 7° del Código Penal, dado que es un delito de mera actividad, en que no hay tentativa: es una sola acción delictiva, sin que sea relevante si se da o no el dinero solicitado*”.

b. Recaudación: El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española entiende por recaudar la acción de “*asegurar, poner o tener en custodia, guardar*”. En este caso, tampoco se requiere la entrega efectiva de los bienes, bastando la mera recolección de fondos.

c. Provisión: El término proveer es definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como “*suministrar o preparar lo necesario o conveniente para un fin*”. En este caso, a diferencia de los anteriores, existe una entrega real de los fondos con la intención de que dichos bienes se utilicen para cometer un acto terrorista, independiente del hecho de que posteriormente este se materialice.

2.4. Concepto de Fondos

Para individualizar el objeto de la solicitud, recaudación o provisión, la ley empleó el término “**fondos**”, el cual está tomado en un sentido amplio, aludiendo a todo tipo de bienes, sean muebles o inmuebles, corporales o incorporeales, etc.

La afirmación anterior se confirma por el hecho que, durante la tramitación parlamentaria, se señaló en un principio que este concepto podría dar a entender que solamente se refiere a dinero, siendo ese caso claramente insuficiente para cubrir todas las posibles formas de financiamiento, como por ejemplo, prestar una casa o un auto.

A fin de solucionar el problema anterior se propuso por el senador Sr. Hernán Larrain su reemplazo por el de “*recursos*”, expresión que comprendería no sólo dinero, sino también cualquier otro tipo de bienes que puedan entregarse con esa finalidad

Finalmente, se optó por no modificar la norma en esta parte, en base a dos argumentos:

- a. Dejar expresa constancia en la historia fidedigna de la ley que la expresión “fondos”, implica también “recursos”.
- b. Igual constancia se produce al citar la definición de “fondos” establecida en el artículo 1° del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, la cual está formulada en términos bastante amplios, señalando que: “Por fondos se entenderá los bienes de cualquier tipo, tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, con independencia de cómo se hubieran obtenido, y los documentos o instrumentos legales, sea cual fuere su forma, incluida la forma electrónica o digital, que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos bienes, incluidos, sin que la enumeración sea exhaustiva, créditos bancarios, cheques de viajeros, cheques bancarios, giros, acciones, títulos, obligaciones, letras de cambio y cartas de crédito”⁸⁸.

De esta manera, se dejó claramente establecido que esta expresión se utiliza de manera genérica, refiriéndose tanto a dinero como a otro tipo de bienes, no siendo necesaria su alteración.

2.5.- Finalidad

En cuanto al elemento subjetivo, la solicitud, recaudación o provisión de fondos debe realizarse con la **finalidad que estos se utilicen para la realización de actos terroristas**, entendiendo por tales los comprendidos en el artículo 2° de la ley N° 18.314, sobre Conductas Terroristas.

El dolo en este caso se traduce en el conocimiento que los fondos van a ser utilizados para cometer un acto terrorista, siendo innecesario que se sepa el delito terrorista en particular que se pretende cometer.

Sobre el contenido del artículo 2° de la ley N° 18.314, que define lo que se entiende por conductas terroristas, nos remitimos a la completa exposición de la materia que realiza el Oficio N° 244, del 20 de mayo de 2003, del Ministerio Público.

2.6.- Penalidad del delito de Financiación Terrorista

a. Regla General: El nuevo artículo 8° de la ley N° 18.314, sobre conductas terroristas, sanciona a los sujetos que incurran en este ilícito con la pena de **presidio menor en sus grados mínimo a medio**.

Al respecto, cabe señalar que para fijar esta pena se tuvo como marco de referencia la base de la conducta menos significativa de participación concebida en la ley. En este sentido, cualquier vinculación con el delito concreto, y aún cuando éste no haya comenzado a ejecutarse (hay que recordar que el artículo 7° de la ley N° 18.314 sanciona la conspiración para cometer un delito terrorista), va a alterar radicalmente el marco penal aplicable, sancionándose por éste último.

Las razones que se esgrimieron durante la discusión parlamentaria para fijar esta penalidad, fueron que la sanción fijada aparece justificada en cuanto ella no debe superar las penas que puedan imponerse por el financiamiento de un delito terrorista concreto. En este sentido, no parece lógico que aquel que ignora que el delito terrorista financiado reciba una pena superior a la de presidio menor en su grado medio, pena que podría corresponder, por ejemplo, al que financia unas lesiones menos graves terroristas o una destrucción terrorista de vías férreas, conforme lo disponen los artículos 3° y 3° bis de la ley N° 18.314, en relación con los artículos 399 y 323 del Código Penal, el que será castigado por el tipo penal respectivo y no por el artículo 8° como se verá a continuación.

88 Esta definición fue citada expresamente por el diputado Sr. Marcelo Forni durante la Sesión N° 54 de la Cámara de Diputados, realizada el 11 de marzo de 2003.

b. Cláusula de subsidiariedad: La segunda parte del artículo dispone que, si en virtud de la provisión de fondos le cabe al financista responsabilidad en un delito determinado, se le sancionará por este último título, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 294 bis del Código Penal ⁸⁹.

Con esta cláusula, se cumplen dos objetivos:

- i. Rechazar la posibilidad de una doble incriminación (non bis in idem). Esto, en razón de que se podría sancionar por el delito de provisión de fondos para la realización de un delito terrorista y posteriormente sancionar al mismo sujeto por el delito de asociación ilícita terrorista o por el delito terrorista cometido.
- ii. En la misma situación anterior, deja claramente establecido que en el caso de existir un concurso material de delitos, se sancionará al sujeto por su participación en el delito terrorista o en la asociación ilícita terrorista y no por la mera provisión de fondos para la comisión de dichos ilícitos. Con ello, queda claro que no se trata de un figura privilegiada, ya que en el caso expuesto se va sancionar al sujeto por el delito más grave.

Es importante precisar que esta cláusula solamente opera cuando estemos en presencia del delito de **provisión de fondos** con la finalidad de financiar actos terroristas, y no en el caso de la mera recaudación de fondos.

Esto, debido a que de la aplicación de las normas generales, se desprende que al que sólo recauda pero no provee de fondos, no le puede caber responsabilidad en ningún delito terrorista determinado, y por lo tanto, no es procedente que se le aplique esta regla especial.

El presente oficio deberá ser distribuido a los fiscales adjuntos, asesores jurídicos de las Fiscalías Regionales y ayudantes de fiscales, para su conocimiento y orientación en las materias que aquí se tratan.

Las dudas y observaciones que surjan del estudio del presente oficio deberán ser canalizadas por intermedio de los Fiscales Regionales.

Saluda atentamente a UDS.

**GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO**

GPR/mfm/xma/agc

⁸⁹ Cabe señalar que en la discusión del proyecto de ley, esta cláusula fue rechazada durante el primer trámite constitucional. Se argumentó por el diputado Sr. Jorge Burgos que resultaba innecesaria su inclusión en virtud de la existencia de las reglas generales, que llevarían a la jurisprudencia a aplicar las normas sobre concurso aparente de leyes penales y condenar únicamente por el delito lesivo. No obstante lo anterior, fue repuesta por el Senado y aprobada finalmente.

EDITORIAL FALLOS DEL MES