

**BOLETIN DEL
MINISTERIO PUBLICO
N° 14
Marzo de 2003**

El Boletín del Ministerio Público es una publicación de la División de Estudios, cuyo primer número fue publicado en mayo de 2001. Durante su primer año de publicación, fue editado mensualmente. Durante el año 2002 lo fue cada dos meses y para el 2003 se espera introducir algunas variaciones a su estructura y contenido y variar su periodicidad editándolo trimestralmente. Contiene 1.- Jurisprudencia (fallos de Juzgados de Garantía, Tribunales del Juicio Oral en lo Penal, Cortes de Apelaciones y Corte Suprema correspondientes al nuevo proceso penal); 2.- Comentarios de Jurisprudencia (artículos en que autores pertenecientes al Ministerio Público o externos analizan aspectos doctrinarios interesantes de fallos correspondientes al nuevo procedimiento penal); y, 3.- Artículos e Informes de autores pertenecientes al Ministerio Público o externos que analizan diversos temas de derecho, principalmente derecho penal y procesal penal, o se informa sobre distintos aspectos relativos a la reforma procesal penal.

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

El envío de trabajos para su publicación y toda solicitud de canje o donación del Boletín debe dirigirse al abogado de la División de Estudios, Iván Fuenzalida Suárez (Encargado del Boletín de Jurisprudencia del Ministerio) al e-mail ifuenzalida@minpublico.cl o al teléfono 870 52 46.

INDICE

Pág.

PROLOGO

5

I. FALLOS

Juzgados de Garantía

Condena al acusado a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, suspensión de cargo u oficio público, suspensión de licencia de conducir por seis meses, multa de un sueldo vital y costas de la causa como autor del delito de conducir vehículo motorizado en estado de ebriedad. **Juzgado de Garantía de Los Vilos, veintisiete de diciembre de dos mil dos.** 8

Condena al acusado a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio y accesorias legales como autor del delito de robo por sorpresa, **Juzgado de Garantía de Iquique, siete de febrero de dos mil tres.** 10

Tribunal Oral en lo Penal

Condena al acusado a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales, costas de la causa como autor del delito de homicidio simple. Asimismo lo condena al pago de \$ 7.000.000 por concepto de daño moral a la parte demandante. **Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Ovalle, once de octubre del año dos mil dos** 13

Condena a los acusados a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, accesorias legales y costas de la causa como coautores del delito de secuestro en grado de frustrado. **Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Angol, doce de Noviembre de dos mil dos.** 21

Condena al acusado a la pena de siete años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de parricidio frustrado. **Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Villarrica, seis de diciembre del año dos mil dos** 30

Condena al acusado a la pena de cinco años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de parricidio. **Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Temuco, siete de diciembre de dos mil dos.** 38

Condena al acusado a la pena de diez años de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias legales como autor del delito de homicidio calificado; cuatro años de presidio menor en su grado máximo y accesorias legales como autor del delito de robo con intimidación en las personas en grado de tentativa, y costas de la causa. **Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Temuco, diecisiete de diciembre de dos mil dos.** 42

Condena al acusado a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de robo con fuerza en lugar habitado en grado de frustrado. **Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Temuco, diecisiete de diciembre de dos mil dos.** 47

Condena al acusado a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de robo con intimidación. **Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, veintiocho de diciembre del, año dos mil dos.** 51

Condena al acusado a la pena de quinientos cuarenta y un día de reclusión menor en su grado medio, accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de abusos sexuales. **Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Villarrica, tres de enero del año dos mil tres.** 57

Condena a el acusado a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de tráfico ilícito de estupeficientes; se condena a la acusada a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, accesorias legales y costas de la causa como encubridora del delito de tráfico ilícito de estupeficientes. **Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, ocho de enero del año dos mil tres** 64

Condena al acusado a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de robo con intimidación en grado de tentativa; se sobresee temporalmente la causa por rebeldía respecto del segundo acusado. **Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, dieciocho de enero de dos mil tres.** 71

Se absuelve a un imputado como autor del delito de robo con violencia; se condena a dos de los acusados a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias legales como autores del delito de robo con violencia; se condena a un acusado a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio y accesorias legales como autor del delito de secuestro; se condena a dos acusados a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y accesorias legales como autores del delito de secuestro; se condena a un acusado a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo y accesorias legales como autor del delito de porte ilegal de arma de fuego; se condena a los sentenciados al pago de las costas de la causa. **Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, veintidós de enero del dos mil tres.** 76

Corte de Apelaciones

Acoge recurso de nulidad interpuesto por la Fiscalía anulando la sentencia del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal, así como la audiencia que le sirve de antecedente, por haberse incurrido en un error de derecho en su pronunciamiento. **Corte de Apelaciones de Temuco, veintitrés de diciembre del año dos mil dos.** 90

Acoge recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía revocando la resolución del Juez de Garantía, declarando que se hace lugar a la prueba testimonial del testigo protegido; declara inadmisibles los recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía por la inclusión de prueba de la Defensa. **Corte de Apelaciones de Copiapó, veintiséis de diciembre del año dos mil dos.** 103

Acoge apelación interpuesta por la Fiscalía revocando sentencia de Juez de Garantía que dejó sin efecto audiencia de formalización de la investigación. **Corte de Apelaciones de Punta Arenas, once de enero de dos mil tres.** 105

Acoge apelación interpuesta por la Fiscalía revocando sentencia de Juez de Garantía que anuló de oficio audiencia de formalización de la investigación. **Corte de Apelaciones de Punta Arenas, once de enero de dos mil tres.** 109

Acoge recurso de nulidad interpuesto por la Fiscalía anulando la sentencia del Juzgado de Garantía, así como la audiencia que le sirve de antecedente por una errónea aplicación del derecho en la sentencia. **Corte de Apelaciones de Copiapó, veintidós de enero de dos mil tres.** 114

Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la Defensa del condenado por el Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta como autor del delito de contrabando. **Corte de Apelaciones de Antofagasta, once de febrero del año dos mil tres.** 118

II. SENTENCIAS COMENTADAS

Audiencia de Cautela de Garantías e Imputado Indeterminado
Luciano Hutinel Penjean 128

Infracción Sustancial y Procedimiento e Investigación Racionales y Justos
Luciano Hutinel Penjean 135

III. ARTICULOS

Informe en Derecho. del debate sobre licitud de la prueba y de su exclusión por parte del Tribunal de Juicio Oral, y de la procedencia legal de consignar en la sentencia de juicio oral las decisiones relevantes adoptadas en la audiencia.
Raúl Tavorari Oliveros 151

EUROJUST ¿El paso definitivo hacia un nuevo marco de cooperación judicial internacional en la Unión Europea?
Jesús J. Tirado Estrada 161

PROLOGO

Para el Ministerio Público es motivo de satisfacción entregar a los lectores y a la comunidad jurídica en general, una nueva edición de su Boletín de Jurisprudencia.

Esta edición conserva la estructura y contenido con que hasta hoy es conocido el Boletín y pretende, por ende, constituirse en el aporte que ya es costumbre se le reconozca en el ámbito de la difusión del debate jurídico expresado a través de las resoluciones de los tribunales del nuevo esquema procesal, comentarios acerca de las mismas y artículos aportados por profesionales tanto de esta Institución como externos a ella.

Sin embargo, la natural evolución que experimentan todos los procesos humanos –fenómeno del que no escapan, afortunadamente, el Ministerio Público y su quehacer- provoca cambios que también se proyectan en el material de difusión como este Boletín. El notable crecimiento del material de examen para ser publicado, el desarrollo de otras áreas importantes del proceso de reforma y la generación de otros productos de interés para la comunidad jurídica, entre otros factores, han provocado como primer cambio la variación en la periodicidad del Boletín que, a partir de ahora, será editado trimestralmente.

Junto con lo anterior, en las ediciones venideras se introducirán otras modificaciones que esperamos contribuyan a incrementar el valor de los aportes que hasta ahora deseamos haber estado haciendo y que serán oportunamente informadas.

Agradecemos los aportes y comentarios que han sido dirigidos a este Ministerio Público y renovamos nuestro compromiso con la difusión objetiva y oportuna de los avances que experimente la implementación del proceso de reforma, el desarrollo de sus instituciones jurídicas y manifestamos nuestro interés y voluntad de incorporar a este instrumento otros materiales que den cuenta del quehacer en todos los ámbitos del esquema de persecución penal.

Fiscalía Nacional del Ministerio Público

I. FALLOS



JUZGADOS DE GARANTIA

- **Condena al acusado a la pena de sesenta y un día de presidio menor en su grado mínimo, suspensión de cargo u oficio público, suspensión de licencia de conducir por seis meses, multa de un sueldo vital y costas de la causa como autor del delito de conducir vehículo motorizado en estado de ebriedad**

Tribunal: Juzgado de Garantía de Los Vilos.

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de manejar vehículo motorizado en estado de ebriedad. El imputado aceptó los hechos y los antecedentes de la investigación, por lo que se procedió a la aplicación del procedimiento abreviado. El Tribunal estimó que atendida la naturaleza del hecho punible, que pone en peligro no sólo la propia integridad física, sino también la de terceros, así como la alta graduación alcohólica que presentó el acusado, existían antecedentes justificados que hacían aconsejable la aplicación de una pena privativa de libertad.

Texto completo:

Los Vilos, veintisiete de diciembre de dos mil dos.

VISTO y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que se ha presentado requerimiento en procedimiento simplificado por parte del señor Fiscal adjunto del Ministerio Público, don José Andrés Morales Opazo, en contra del imputado ANTHONY PATRICK GONZALEZ JORQUERA, cédula de identidad número 13.092.362-3, natural de la Comuna de Santiago, nacido el 03 de junio de 1976, de 26 años edad, soltero, comerciante, domiciliado en Pedro Aguirre Cerda, Vecinal N° 2427, Villa Los Maitenes, sin antecedente anteriores, por el delito de manejo en estado de ebriedad cometido en esta ciudad el 05 de abril de 2002, asistido por el Defensor Penal Público, abogado Juan Pablo Moreno Fernández.

SEGUNDO: Que para fundar el requerimiento el Ministerio Público, ha invocado los siguientes antecedentes:

a) informe policial de Carabineros de fecha 05 de abril de 2002, en el cual se da cuenta que ese día a las 00:50 horas, personal de servicio de Carabineros de la Subcomisaría de Los Vilos, sorprendió a Anthony Patrick González Jorquera, en Avenida Salvador Allende, frente a la caleta San Pedro, de esta ciudad conduciendo el vehículo marca Fiat, color blanco, P.P.U., SB. 95-84, en manifiesto estado de ebriedad, lo que constó al personal de servicio por su fuerte hálito alcohólico, rostro congestionado, balbuceo al hablar e inestabilidad al caminar, infringiendo con ello el artículo 121 de la ley N° 17.105.

b) Informe de alcoholemia, mediante el cual se da cuenta que Anthony Patrick González Jorquera, a la fecha y hora de toma de la muestra presentaba una dosificación de 1.95 gramos por mil de alcohol en la sangre.

TERCERO: Que el imputado ha manifestado que las circunstancias y hechos del requerimiento son efectivos y, ha admitido su responsabilidad.

CUARTO: Que los antecedentes enunciados precedentemente son suficientes para tener por establecida la existencia del hecho punible y la participación que le ha correspondido a, Anthony Patrick González Jorquera, en calidad de autor.

QUINTO: Que atendida la naturaleza del hecho punible, la graduación alcohólica que presentaba el imputado al momento de ser controlado y, teniendo presente que el delito de manejo en estado de ebriedad, pone en riesgo no sólo la integridad física de quién lo comete, sino que de terceras personas, que se ven expuestas a un riesgo innecesario, este Tribunal estima que existen antecedentes justificados que hacen aconsejable la aplicación de la pena privativa de libertad con las accesorias que correspondientes.

SEXTO: Que para la aplicación de la pena, se considerará que el imputado, concurre con una circunstancia atenuante de responsabilidad criminal, esto es su irreprochable conducta anterior, acreditada con el mérito de su extracto de filiación y antecedentes, exento de anotaciones pretéritas, por lo que la pena se le aplicará en su mínimo.

Y teniendo, además, presente lo dispuesto en los artículos 1, 11 N° 6, 14 N° 1, 15 N° 1, 26, 30, 50, 67,

76 del Código Penal; 388 y siguientes del Código Procesal Penal, 121 y 122 de la Ley número 17.105, sobre Alcoholes, Bebidas Alcohólicas y Vinagres, se declara que:

A.- Se acoge el requerimiento presentado por el Ministerio Público y se condena a ANTHONY PATRICK GONZALEZ JORQUERA, cédula de identidad número 13.092.362-3, como autor del delito de Conducir Vehículo Motorizado en estado de ebriedad, cometido en esta ciudad el 05 de abril de 2002, a la pena de SESENTA Y UN DIAS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MINIMO.

B.- Se le impone, asimismo, la suspensión de cargo u oficio público por el tiempo de la condena, suspensión de licencia de conducir por SEIS MESES, y al pago de las costas de la causa.

C.- Se aplica, además, una multa equivalente a UN SUELDO VITAL.

Reuniéndose respecto del sentenciado González Jorquera, los requisitos del artículo 4° de la Ley 18.216, se le concede el beneficio de la remisión condicional de la pena y, en consecuencia se le suspende la aplicación de ésta, debiendo quedar sujeto al control y asistencia del Centro de Reinserción Social de Gendarmería de Chile por el término de UN AÑO, y cumplir además, con las obligaciones previstas en el artículo 5° de la precitada Ley.

En el evento que el imputado, debiese cumplir efectivamente la pena privativa de libertad impuesta en este fallo, lo hará desde que se presente o sea habido, sin abonos por no constar en los antecedentes.

Si el condenado no pagare la multa impuesta, sufrirá como pena sustitutiva, un día de prisión por cada centésimo de sueldo vital a que fue condenado, sin que la pena pueda exceder de sesenta días. Se deja Constancia que el imputado no tiene licencia de

conducir, por lo tanto la suspensión regirá desde el momento en que obtenga licencia.

Las partes de común acuerdo renuncian a los plazos legales, por lo que la sentencia se encuentra firme y ejecutoriada.

En este acto se fija fecha para su presentación en el C.R.S. de Santiago al imputado para el día 15 de enero de 2003, en horario de funcionamiento.

En este acto se apercibe al imputado respecto de cualquier cambio o inexactitud del domicilio señalado en esta audiencia, bajo apercibimiento de notificarle las resoluciones que en lo sucesivo se dicten por el estado diario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 del Código Procesal Penal.

Se procede a la lectura íntegra del presente fallo, quedando las partes notificadas entregándose copias a cada una de ellas.

REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE Y ARCHIVESE, EN SU OPORTUNIDAD.

Rol Único de Causas N° 0200041885- 7 , Rol Ingreso de Control Interno N° 446/2002-A.-

DICTADO POR DON ALEJANDRO PATRICIO PALMA CID, JUEZ DE GARANTÍA TITULAR.-

CERTIFICO: Que no se dedujo recurso alguno en contra de la sentencia de Requerimiento en Procedimiento Simplificado, de fs. 67 y fs. 67 vta., de fecha veintisiete de diciembre de 2002, en contra del sentenciado, ANTHONY PATRICK GONZÁLEZ JORQUERA, de los antecedentes, Rol Único de Causas N° 0200041885-7 .- Rol Ingreso de Control Interno N° 446/2002-A.-, sobre Manejo en Estado de Ebriedad, la que se encuentra firme y ejecutoriada con fecha veintisiete de diciembre de dos mil dos, por haber renunciado las partes, a los plazos legales.- Los Vilos, 02 de enero de 2003.

- **Condena al acusado a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio y accesorias legales como autor del delito de robo por sorpresa.**

Tribunal: Juzgado de Garantía de Iquique.

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de robo por sorpresa. El imputado aceptó los hechos y los antecedentes de la investigación, por lo que se procedió a la aplicación del procedimiento abreviado. La Defensa planteó la concurrencia de las atenuantes de los N° 6 y 7 del artículo 11 del Código Penal. La Fiscalía se opuso, primero debido a que el imputado tiene un procesamiento previo por el delito de robo, y segundo, por cuanto no se darían los requisitos de una verdadera reparación, como tampoco de un real arrepentimiento. El Tribunal rechazó la primera de las atenuantes en razón de que ella implica una conducta previa "destacada por su rectitud", rectitud que aparece dudosa frente a un procesamiento anterior por un delito de la misma especie. La segunda atenuante fue aceptada, en especial consideración de los antecedentes económicos del imputado.

Texto completo:

Iquique, siete de febrero de dos mil tres.

VISTOS:

Que ante este Tribunal de Garantía de Iquique se ha celebrado audiencia de procedimiento abreviado con la presencia del fiscal adjunto de Iquique, Manuel Guerra Fuenzalida, el defensor público local, Pedro Casanueva Werlinger, y del acusado, BRAYAN ANTONIO SEPULVEDA NUÑEZ, chileno, cédula de identidad N° 15.965.432-K, sin oficio, domiciliado en Dorsal N° 1258 Santiago y actualmente recluso en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Iquique. Que respecto de éste último se dedujo en acusación por el delito de robo por sorpresa contemplado en el inciso 2° del artículo 436 del Código Penal.

Que los hechos y circunstancias que han sido objeto de la acusación son los siguientes: Que alrededor de las 19:00 horas del 07 de enero de 2003, mientras el imputado transitaba por calle Thompson, se encontró frente con una mujer a quien le arrebató la gargantilla de oro que llevaba en el cuello, para posteriormente huir corriendo del lugar, al llegar a calle Arturo Prat fue detenido por funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile, encontrándose todavía en su poder la mencionada especie. Que los hechos descritos precedentemente han sido calificados en la acusación en la forma ya expresada, solicitando el fiscal la aplicación de una pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, más las accesorias legales y pago de costas. Que para su determinación no ha argumentado la concurrencia de agravantes de ninguna especie.

Que cumplidos los requisitos legales de la acusación, y luego de haber interrogado al acusado, en presencia de su defensor, verificando que en forma libre y voluntaria, conociendo su derecho a exigir un juicio oral, entendiéndolo el contenido del acuerdo y sus consecuencias para él y que, especialmente, no ha sido objeto de coacciones ni presiones indebidas por parte del fiscal o terceros, ha aceptado expresamente la acusación

y los antecedentes de la investigación en que se ha fundado, y ha manifestado su conformidad con la aplicación del procedimiento abreviado, dándose por tanto lugar a él.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en relación con el ilícito señalado, los siguientes antecedentes de la investigación han sido aceptados por el imputado: **Declaración de testigos ante la Fiscalía Local:** A) Fernando Jiménez Riveros, Héctor Aedo Pantoja, Gustavo Andrés Inostroza Ramos y Rodrigo Bahamondes Ahumada, todos funcionarios de Investigaciones de Chile contestes en que alrededor de las 19:20 horas, mientras se encontraban estacionados frente al Hotel Arturo Prat en cumplimiento de una diligencia, el acusado pasó corriendo seguido de una mujer que gritaba haber sido asaltada y seguido además por otra personas, mediante un operativo rápido se logró su captura en la intersección de calle Serrano con Prat y pudieron constatar que aún llevaba en su mano la gargantilla que luego fue reconocida por la víctima. El acusado fue detenido se le leyeron sus derechos y posteriormente fue puesto a disposición del tribunal. B) María Ruz Espinoza, señalando que alrededor de las 19:00 horas transitaba por calle Thompson cuando se cruzó con el imputado y sorprendentemente éste le arrebató la gargantilla de su cuello huyendo del lugar. Lo siguió y vio cuando unas personas en una camioneta blanca lo detuvieron, fue luego al cuartel policial donde reconoció la especie sustraída como suya, la que avaluó en la suma de \$50.000 y al autor del robo como la persona que estaba detenida. **Objetos:** una copia de fotografía de la especie sustraída. **Documentos:** Formulario de cadena de custodia de la prueba, concretamente de la especie objeto del delito.

SEGUNDO: Que los antecedentes expresados en los considerandos previos, valorados en la forma prevista por el artículo 297 del Código Procesal Penal,

permiten tener por acreditado los hechos por los cuales se ha acusado, esto es, que efectivamente alrededor de las 19:00 horas del 07 de enero del 2003, mientras el imputado transitaba por calle Thompson, se encontró de frente con una mujer a quien le arrebató la gargantilla de oro que llevaba en el cuello, para posteriormente huir corriendo del lugar, al llegar a calle Arturo Prat fue detenido por funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile, encontrándose todavía en su poder la mencionada especie. Que la determinación de hechos surge, junto al reconocimiento de los mismos por el acusado, por los múltiples elementos probatorios reseñados, particularmente, la declaración de testigos, todos coincidentes, además, en las circunstancias de este caso. Que así establecidos, corresponden éstos a un delito de robo por sorpresa, previsto y sancionado por el inciso 2° del artículo 436 del Código Penal.

TERCERO: Que en cuanto a la participación del acusado en el ilícito, se tendrá por acreditada su autoría en virtud del reconocimiento por él expresado respecto de los hechos y antecedentes de la acusación, que se señalan en esta sentencia y que, precisamente, son concordantes en ese mismo sentido.

CUARTO: Que en relación con el ilícito, el fiscal no ha invocado agravantes.

QUINTO: Que la defensa ha planteado la concurrencia de las siguientes circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal: las previstas en los números 6 y 7 del artículo 11 del Código Penal, esto es, irreprochable conducta anterior y reparar con celo el mal causado. La primera de ellas fundamentada en la ausencia de condenas anteriores en su extracto de filiación y la segunda en virtud de depósito debidamente acreditado de la suma de \$10.000 en la cuenta del tribunal. La fiscalía se opone debido a que entre los antecedentes del imputado se cuenta el procesamiento previo por delito de robo en el Juzgado de Yumbel, encontrándose actualmente dicha causa en estado de plenario. Respecto de la reparación celosa del mal causado, señala que la exigencia legal no se ha cumplido, ya que una verdadera reparación hubiera sido la devolución voluntaria de la especie sustraída y no un depósito bancario que de alguna manera constituye una construcción de una atenuante que ni siquiera equivale a un verdadero arrepentimiento de lo actuado.

SEXTO: Que en relación a las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal debe señalarse que la primera de ellas no puede estimarse configurada ya que la irreprochable conducta previa representa un tipo de conducta destacada por su rectitud lo que no puede acreditarse si consta en contra del imputado una causa criminal vigente por un delito de la misma naturaleza, lo anterior aún cuando la etapa

procesal de dicha causa no permita asegurar la existencia de una condena, pero ciertamente instala una legítima duda respecto del proceder previo del imputado. En cuanto a lo segundo, se acogerá la atenuante por haberse acreditado el depósito de dinero por la cantidad señalada, y tomando en cuenta los antecedentes económicos del imputado, el tribunal llega a la conclusión que ello ha implicado un real y serio esfuerzo del imputado para compensar en algo su conducta delictiva en este caso.

Y vistos además, lo dispuesto en los artículos 1, 15, 21, 30, 67 y 69 del Código Penal; 36, 297, 348, 406, 407, 409, 410, 411, 412, 413, y 415 del Código Procesal Penal, **SE DECLARA:**

I.- Que se condena, a BRAYAN ANTONIO SEPULVEDA NUÑEZ, ya individualizado, a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, más la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor de robo por sorpresa, previsto y sancionado en el inciso 2° del artículo 436 del Código Penal, hecho ocurrido en Iquique el 07 de enero de 2003.

II.- Según lo dispuesto por el artículo 600 del Código Orgánico de Tribunales, no se condena en costas al sentenciado.

III.- Concurriendo a favor del sentenciado las hipótesis del artículo 4° de la Ley N° 18.216, se le concede el beneficio de la remisión condicional de la pena, debiendo el condenado dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 5° de la citada ley, y quedando sujeto al control administrativo de Gendarmería de Chile por el lapso de un año. En el evento de no dar cumplimiento a estas exigencias se le revocará la medida y deberá cumplir en forma efectiva la pena impuesta y le servirá de abono el lapso que permaneció privado de libertad con ocasión de la substanciación de la presente causa desde el 07 de enero de 2003, hasta la fecha en que recupere su libertad.

IV.- En caso de solicitarlo gírese cheque a nombre de la víctima con cargo y por el monto depositado por el sentenciado.

V.- Devuélvase al Ministerio Público los antecedentes de la investigación acompañados al tribunal.

Dése cumplimiento a lo prescrito por el artículo 468 del Código Procesal Penal.

Regístrese, notifíquese, anótese y archívese en su oportunidad.

RUC: 0300003742-6

RIT: 39-2003.

Dictada por JOSE URRUTIA MOLINA
Juez de Garantía de Iquique.

Solicitudes:

Fiscalía:

- Renuncia a los plazos.

Defensoría:

- Renuncia a los plazos.

El Tribunal resuelve:

Habiendo renuncia expresa de los intervinientes a los plazos, se decreta la libertad del imputado.

Hora de Término : 17: 10 horas.

Regístrese, agréguese a la carpeta correspondiente y dése copia a quien lo solicitare.

Dirigió la audiencia y resolvió **José Urrutia Molina,**
Juez de Garantía de Iquique.

TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL

- **Condena al acusado a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales, costas de la causa como autor del delito de homicidio simple. Asimismo lo condena al pago de \$ 7.000.000, por concepto de daño moral, a la parte demandante.**

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

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de homicidio simple. Fundó su acusación en que el imputado se trabó en riña con la víctima, propinándole tres heridas cortantes en el tórax con un cuchillo. Lesionada, la víctima caminó hacia un paradero cercano intentando abordar un taxi colectivo, momento en el cual el acusado lo acuchilló una vez más en la zona lumbar izquierda, herida que le causó la muerte. La parte querellante alegó que se trataba de un homicidio calificado, toda vez que el acusado después de herir a la víctima tres veces, la siguió cien metros propinándole una cuarta estocada por la espalda, hechos que configurarían las calificantes de alevosía y premeditación. Premeditación por cuanto por haber seguido a la víctima luego de hierirla implicó que el acusado se representó y tomó la decisión de matar a la víctima. Alevosía porque al atacar a la víctima por la espalda ésta se encontraba imposibilitada de defenderse, obrando sobre seguro. La Defensa reconoció tanto la ocurrencia de los hechos relatados como la responsabilidad del imputado, pero sostuvo que se trataba de un homicidio simple y no calificado. Alegó las atenuantes del artículo 11 N° 1 en relación con el artículo 10 N° 6 del Código Penal, y las de los números 6, 7, 8 y 9 del artículo 11 del mismo cuerpo legal. El Tribunal estimó que se trataba de un homicidio simple, rechazando las calificantes alegadas por la parte querellante. Sostuvo que el seguimiento que hizo el acusado no era indicio de su premeditación, por cuanto la intención homicida estaba ya en las primeras estocadas (que el perito calificó de homicidas). El seguimiento fue para consumir la acción. Respecto de la alevosía, ésta no se configuró por cuanto no fue el hecho de estar la víctima herida y de espaldas lo que motivó al acusado a matarlo. La intención homicida nació en la riña y lo volvió a herir para consumir su objetivo. Acogió la atenuante de irreprochable conducta anterior, y rechazó las demás atenuantes alegadas por la Defensa. La del 11 N° 1 en relación con el artículo 10 N° 6 del Código Penal, en atención a que aunque hubiera habido una intervención en defensa de terceros como alegó la Defensa, al herirlo por la espalda después de seguir a la víctima, la supuesta agresión ilegítima ya no era actual y la estocada propinada no estaba destinada a repeler una agresión. La atenuante de reparación celosa del mal causado, porque el solo hecho de consignar dinero no demuestra que se intente impedir las consecuencias perniciosas derivadas del mal causado. Finalmente la atenuante del N° 8 del artículo 11 del Código Penal se rechazó, por cuanto se demostró que el acusado primero intentó negar su responsabilidad, la que sólo reconoció cuando le encontraron el arma ensangrentada.

Texto completo:

Ovalle, once de octubre del año dos mil dos.

ENRIQUE TAPIA VEGA, chileno, 21 años, soltero, sin oficio, cédula de identidad N° 14.594.409-0, domiciliado en Vinivnat N° 774, Población Fray Jorge, Ovalle.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que con fecha siete de octubre del año dos mil dos, ante este tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle, constituido por el Juez Presidente Carlos Isaac Acosta Villegas y las juezas Fresia Esther Ainol Moncada y Liliana Mera Muñoz, subrogando esta última legalmente, se llevó a cabo la audiencia relativa a los autos Rol N° 30-2002, seguidos contra HEIMAN

Fueron partes acusadoras en el presente juicio el Ministerio Público, representado por el fiscal adjunto Luis Elías Morales Palacios, y la querellante Juana Guillermina Arancibia Espina, representada por su abogado Rodrigo Rojas Olivares, quien interpuso además acción civil.

La defensa del acusado estuvo a cargo de la abogada María Cecilia Chinchón Canales, de la Defensoría Penal Pública de Ovalle, con domicilio en Edificio Nuevo Centro, Pasaje Manuel Peñafiel N° 293, oficina 204, Ovalle.

SEGUNDO: Que los hechos que han sido objeto de la acusación del Ministerio Público habrían ocurrido el día 9 de marzo del año 2001, aproximadamente a las 04:50 horas de la madrugada, en el sector de Ariztía con Maestranza, oportunidad en que el acusado se trabó en riña con Alejandro Leopoldo Ibacache Arancibia, el que lo tomó por el cuello. Ante esta situación Heiman Tapia Vega reaccionó y le propinó tres heridas cortantes en la zona del tórax con un cuchillo que portaba. Como consecuencia de lo anterior Alejandro Ibacache lo soltó y caminó por calle Ariztía hacia un paradero de taxis colectivos, haciendo lo propio el acusado, quien al llegar donde se encontraba Ibacache solicitando transporte, le propinó con la misma arma ya mencionada una herida cortante en la región lumbar izquierda, la que le ocasionó la muerte. El Ministerio Público, basándose en estos hechos acusó a Heiman Tapia Vega como autor del delito de homicidio simple.

Por su parte la querellante, Juana Guillermina Arancibia, madre de la víctima, en su acusación relató en forma similar los hechos en que la funda, señalando que el 9 de marzo del año 2001, alrededor de las 4,30 hrs. en el sector de la Alameda de esta ciudad Alejandro Ibacache se encontraba en compañía de otras personas, entre ellas Heiman Tapia Vega. Se produjo un altercado entre ellos en el sector de Calle Ariztía Oriente con Maestranza, golpeándose mutuamente, hiriendo luego Tapia Vega a Ibacache con un cuchillo en el estómago, al propinarle tres estocadas. La víctima se dirigió entonces hacia un taxi colectivo para solicitar ayuda, caminando como cien metros del lugar y casi al llegar a calle Benavente, cuando intentaba subir al vehículo de alquiler fue alcanzado por el acusado, el que le propinó una estocada en la espalda, en la región lumbar, falleciendo horas mas tarde como consecuencia de esta última herida. Alega la parte querellante que los hechos antes descritos configuran el delito de homicidio calificado, desde que concurren las circunstancias de alevosía y premeditación, delito por el que acusó a Heiman Tapia en calidad de autor.

TERCERO: Que la defensa de Heiman Enrique Tapia Vega solicitó se califiquen los hechos materia de este juicio como homicidio simple, desde que no concurren las circunstancias de alevosía y premeditación alegadas por la parte querellante. Alegó además que a su defendido le benefician las circunstancias atenuantes del artículo 11 N° 1 en relación

con el artículo 10 N° 6 del Código Penal, y 11 N° 6, 7, 8 y 9 del mismo texto legal.

CUARTO: Que con el certificado de defunción incorporado en la audiencia, se acreditó que Alejandro Leopoldo Ibacache Arancibia falleció el 9 de marzo de 2001 a las 7,20 hrs., ratificando las partes a través de una convención probatoria el hecho de su fallecimiento. Por su parte, el médico Fernando Arab Nessrallah, quien practicó la autopsia al cadáver de Alejandro Leopoldo Ibacache Arancibia, declaró en estrados que la causa de la muerte fueron heridas penetrantes abdominales múltiples complicadas con hemoperitoneo, anemia secundaria y un shock hipovolémico. Agregó que el cuerpo presentaba, entre otras, una herida penetrante en la región lumbar izquierda, la que en su trayectoria comprometió el riñón izquierdo, el bazo, la curvatura mayor del estómago, el epiplón y la cara anterior de la parte izquierda del hígado, herida que a su juicio fue la causante de la muerte; dichos complementados con el informe de la pericia practicada, informe de autopsia N° 10, en el que explica que esta herida en la región lumbar izquierda en su trayectoria produjo múltiples lesiones viscerales abdominales con hemoperitoneo, anemia y shock hipovolémico secundario, herida que por el daño causado era necesariamente mortal, estableciéndose así la causa de la muerte. En el informe se describen también, entre otras, heridas cortantes en la región torácica y abdominales, las que presentaban infiltración sanguínea. Según lo relató en la audiencia este profesional, las heridas que presentaba el cuerpo de Ibacache eran de tipo homicida, atendido a que eran múltiples, de tipo tóraco abdominal y por la profundidad y trayectoria que presentaban. Finalmente el médico declaró que las lesiones que presentaba el cuerpo de Ibacache fueron hechas con arma blanca, compatibles con un cuchillo; prueba que es concordante con los dichos de la perito químico farmacéutica del servicio médico legal, Francesca Jimeno Ruff, a quien le correspondió analizar un cuchillo que tenía una hoja de 19 cms. de largo por 4 cms. de ancho, elemento que tenía sangre humana según narró, reconociendo en la oportunidad el cuchillo que fuera introducido como prueba en el juicio. Relató en estrados la perito que analizó también unas prendas de vestir, entre ellas una casaca que sería del occiso, la que presentaba un corte de bordes netos de 4 cms., agregando en el informe C163 a C168, incorporado en la audiencia, que ésta presentaba alrededor del corte manchas rojizas, que resultaron corresponder a sangre humana. La perito reconoció en la audiencia la casaca que se incorporara como prueba. Declaró que analizó también una polera y un par de short que habrían pertenecido a la víctima, prendas que, según el informe ya señalado, que ella ratificó en estrados, también tenían manchas de sangre humana, agregándose que la polera estaba rota, reconociendo en la audiencia la polera que analizó, la

que fue incorporada como prueba. El tubo con manchas, recogidas en el sitio del suceso, correspondía también a sangre humana, evidencias respecto de las cuales se tomaron muestras y se enviaron al Servicio Médico Legal en Santiago; prueba que debe complementarse con los dichos de Roberto Celis Ulloa, Bioquímico del Servicio Médico Legal, quien declaró que recibió las muestras enviadas por el servicio médico legal de La Serena, que incluían además de las ya señaladas tres muestras de sangre, siendo una de ellas del occiso. El perito concluyó que la sangre del cuchillo analizado corresponde a la víctima, y que la sangre que había en su ropa también le pertenecía, ratificando así su informe D-1855 al 1861/01 incorporado en la audiencia. La causa de la muerte señalada por el médico legista, así como la existencia de un cuchillo que tenía sangre del occiso y las vestimentas de éste rotas y ensangrentadas concuerdan con lo señalado por el carabinero Angelo Ulloa Cofré, quien declaró que el día de los hechos recibió un llamado en el que se le comunicaba que en calle Ariztía Oriente con Benavente habían apuñalado a una persona, y con los dichos de Oscar René Araya Plaza y Sebastián Vega Guerrero. En efecto, Araya Plaza relató que mientras se encontraba un día viernes en el interior de un vehículo de alquiler en la Alameda, aproximadamente a las 4,30 de la mañana vio que en el sector de Maestranza había tres personas peleando. Uno de los sujetos en un momento caminó hacia donde él estaba y al encontrarse como a dos o tres metros de distancia logró percatarse que sangraba y que se tomaba la zona del estómago con sus manos. El sujeto le pidió ayuda solicitándole que lo trasladara al hospital. Detrás de éste venían otros dos sujetos, por lo que tuvo miedo de ayudarlo. Estas personas pasaron por detrás del hombre que le pidió ayuda, el que en ese momento intentaba abrir la puerta trasera del vehículo, lo que no logró porque estaba con seguro. De pronto sintió un quejido del sujeto que intentaba ingresar al auto y vio que los otros dos se fueron. Por su parte Sebastián Vega Araya relató que el día de los hechos estuvo junto a un tercero con Ibacache. Tocaron dos temas con una guitarra y luego se fueron, momento en que Ibacache los siguió. Comenzó una discusión entre su acompañante e Ibacache en calle Maestranza con Ariztía. Más tarde su acompañante le manifestó que mientras él vomitaba en una esquina, en el sector de Maestranza “se lo había pitado”, refiriéndose a la víctima. Agregó el testigo que siguieron caminando y vio a Ibacache en un colectivo. El siguió caminando más adelante por lo que no observó lo que pasó pero escuchó un gemido o algo similar, agregando que sabía que su acompañante portaba un cuchillo.

Por su parte, los funcionarios de carabineros Waldo Pérez Barrionuevo y Guillermo Carmona Segovia declararon en el juicio que el día de los hechos se

constituyeron en el sitio del suceso, a fin de recolectar evidencias. En el lugar encontraron un cortaplumas, que por averiguaciones posteriores, según relató Pérez Barrionuevo, se estableció que era de propiedad de la víctima, especie que al momento de su hallazgo se encontraba cerrada, la que fue incorporada en la audiencia y reconocida por ellos. Guillermo Carmona agregó que en el lugar había manchas de color rojizo. Es importante señalar en este punto que si bien los funcionarios fueron presentados por la fiscalía como peritos, según se señalaba en el auto de apertura, en realidad estos declararon como testigos, desde que lo hicieron únicamente sobre lo que presenciaron en el sitio del suceso y luego en una diligencia de reconstitución de escena. Por ello, el que estos funcionarios declararan sobre lo que presenciaron, importa que tienen la calidad de testigos y, por cierto, no la de peritos desde que no elaboraron una pericia, siendo el informe N° 98 incorporado en la audiencia un simple registro de actuaciones o diligencias realizadas por la policía. Las cosas en derecho son lo que son y no lo que las partes dicen que son, y en el caso sublite los funcionarios policiales Waldo Pérez Barrionuevo y Guillermo Carmona Segovia no efectuaron pericia alguna. Sin embargo, los dichos de estos funcionarios sobre lo que presenciaron en el sitio del suceso serán tomados en cuenta por el tribunal como prueba testimonial desde que declararon bajo juramento sobre hechos que percibieron por sus sentidos y fueron interrogados por todas las partes.

QUINTO: Que las pruebas antes analizadas resultan suficientes para formar el convencimiento de estos sentenciadores, que el día 9 de marzo de 2001, en horas de la madrugada, en el sector de calle Maestranza, en esta ciudad, mientras Alejandro Leopoldo Ibacache Arancibia se encontraba junto a dos sujetos fue agredido en la zona abdominal con un cuchillo, resultando lesionado, por lo que intentó escapar, recibiendo una nueva agresión en calle Ariztía Oriente con Benavente mientras se encontraba tratando de subir a un colectivo, la que le provocó una herida en la zona lumbar que en su trayectoria llegó hasta la cavidad abdominal, herida que le causó la muerte, hecho que es constitutivo del delito de homicidio simple, previsto y sancionado en el N° 2 del artículo 391 del Código Penal y no el de homicidio calificado como lo sostuviera la parte querellante en su

acusación. En efecto, a juicio de este tribunal, no se acreditó la concurrencia de premeditación o alevosía en los hechos materia de este juicio. Funda la parte querellante la existencia de estas circunstancias en el hecho de que la víctima, Alejandro Ibacache Arancibia, fue agredido primero con un cuchillo en la zona del estómago y luego fue seguido por su agresor, el que lo volvió a agredir mientras se encontraba de espaldas intentando subir a un taxi colectivo que había en el lugar.

Explicó que la premeditación existe puesto que el agresor luego del primer ataque, en calle Maestranza, se representó y tomó la decisión de matar a Ibacache, motivo por el cual lo siguió hasta el lugar donde finalmente lo ultimó. Por su parte, alegó que existió alevosía ya que el agresor obró sobre seguro, puesto que Ibacache no tenía ninguna posibilidad de defenderse, fue atacado por la espalda.

El hecho que el agente determinara matar a Ibacache en la calle Maestranza con Ariztía, lugar donde le produjo las primeras heridas en la zona abdominal, y por ello lo siguió hasta alcanzarlo en calle Ariztía Oriente con Benavente no implica la existencia de premeditación. Tal como lo sostiene el querellante, ya en calle Maestranza el actor determinó o decidió dar muerte a Ibacache y no lo logró con sus primeras agresiones, lo que se desprende de los dichos del médico que practicó la autopsia a la víctima, quien declaró en estrados que todas las heridas que éste presentaba eran del tipo homicida, especialmente por su profundidad, trayectoria, ubicación y por el hecho de ser múltiples. Por ello lo siguió hasta alcanzarlo momentos después, consiguiendo allí finalmente su objetivo. Es decir el seguimiento que hizo el autor del delito a la víctima obedecía a la determinación que éste tenía de lograr la consumación del delito que ya había comenzado previamente, sin éxito. No se acreditó la existencia de una planificación previa, un cálculo frío acerca de la conducta a seguir. Por el contrario, más parece a este tribunal que lo que hizo el hechor fue ejecutar todas las conductas necesarias para lograr su objetivo, cual era la muerte de Ibacache, conductas que había comenzado antes, en el sector de calle Maestranza al agredirlo con un cuchillo en la región abdominal. Tampoco existió alevosía pues, aunque si bien se acreditó que la víctima fue herida por la espalda con el hecho de que el cuerpo de Ibacache presentara una herida en la zona lumbar según lo declarara el médico que le practicó la autopsia, Fernando Arab Nessrallah, agregando que fue la que le causó la muerte, lo que concuerda con los dichos de Oscar Araya, desde que si bien éste dijo no haber visto el momento de la agresión sí vio a Ibacache ponerse frente a su vehículo, intentando abrir la puerta, y estaba en ese intento cuando lo escuchó gemir; también se acreditó, con los dichos de Sebastián Vega Guerrero y Oscar Araya, que los hechos comenzaron antes. El que Ibacache estuviera herido y de espaldas no fue lo que determinó en el hechor su propósito de matarlo, por lo que no existió un ánimo alevoso. Por el contrario, éste lo siguió para lograr su objetivo, darle muerte, sabiendo Ibacache perfectamente las intenciones de su agresor, tanto así que intentaba pedir ayuda a un tercero, sin que, por cierto, pudiera saber el hechor que la ayuda le sería negada. Es decir, aún cuando la víctima en ese

momento estaba indefenso, esa situación no fue creada por el hechor, ni fue lo que lo determinó a cometer el delito. No basta entonces el solo hecho objetivo de encontrarse la víctima en un estado de indefensión real, si ello no depende de la voluntad del autor ni fue determinante para la comisión del delito. Al respecto el autor Enrique Cury Urzúa en su obra Derecho Penal Parte General Tomo II señala para ejemplificar lo anterior, "que de lo contrario, cuando el atacado huye, tropieza y cae al suelo habrá también que afirmar la agravante, a menos que el autor "se detenga en su impulso agresivo, ya en desarrollo, hasta que la víctima pueda ponerse de pie", citando acá a don Sergio Politoff, concordando con éste en que la consecuencia de prescindir del ánimo alevoso para la configuración de esta circunstancia es absolutamente absurda.

SEXTO: Que en cuanto a la participación del acusado en el delito que nos ocupa existen los dichos de Alcibiades Ossandón Tello, quien señaló que el día de los hechos se encontraba en la 3° Comisaría de carabineros, en esta ciudad, cuando se enteró que se había producido un hecho con un arma blanca en el sector de Maestranza con Ariztía Oriente y que dos jóvenes huían del lugar por esta última calle. Fue así como salió de la comisaría y al mirar hacia el norte, vio a dos jóvenes que venían trotando por dicha arteria. Se escondió junto al policía Angelo Ulloa debajo de un pulto, y cuando los jóvenes pasaban por calle David Perry con Ariztía Oriente cruzaron y los sorprendieron. Al interrogarlos por estos hechos manifestaron que nada sabían. Sin embargo uno de ellos, al que reconoció en la audiencia como el acusado, empuñaba un cuchillo en su mano derecha, arma que estaba envuelta en un chaleco. El cuchillo tenía manchas de sangre, por lo que los volvió a interrogar, confesando el imputado que había agredido a la víctima. El testigo reconoció en la audiencia el cuchillo que le encontró al acusado al momento de su detención; prueba que es concordante con los dichos del carabiniero Angelo Ulloa Cofré, quien manifestó que luego de tomar conocimiento por un llamado telefónico de que un sujeto había sido apuñalado en la calle Ariztía Oriente con Benavente y que los autores huían por esta última arteria hacia el sur se lo comunicó al suboficial Alcibiades Ossandón. Juntos salieron de la comisaría y lograron ver que dos sujetos venían corriendo por lo que los esperaron escondidos debajo de un pulto, sorprendiéndolos. Los redujeron y al revisarlos el suboficial Ossandón le encontró a uno de ellos un cuchillo en sus manos, el que mantenía tapado con un chaleco. Debe sumarse a estos antecedentes el hecho que el cuchillo que, como ha quedado establecido, portaba el acusado al momento de su detención, tenía sangre de la víctima, según se estableció con los peritajes químicos practicados, a los que ya se ha hecho referencia en el considerando cuarto de este fallo. Por

su parte, si bien el testigo Sebastián Vega Guerrero dijo no haber visto en los momentos en que la víctima fue agredida, sí relató que en calle Maestranza con Ariztía el imputado le dijo que "se lo había pitado", refiriéndose a Ibacache, y agregó que luego de ver a este último frente a un colectivo mientras caminaba más adelante que Tapia Vega, escuchó un gemido; coincidiendo en esta parte su relato con el de Oscar Araya, agregando que sabía que el acusado portaba un cuchillo, reconociendo como de propiedad de éste el que fuera acompañado en el tribunal y se le exhibiera.

Por último, sobre este punto existen también los dichos de los testigos de oídas Ronny Mollo Benavides y Guillermo Carmona Segovia, quienes afirmaron haber oído al acusado señalar que haber agredido a la víctima en dos oportunidades. La primera fue en calle Maestranza con Ariztía y la segunda, en la espalda, luego que la víctima se dirigiera hacia la calle Benavente a pedir ayuda, debiendo tenerse presente respecto de Ronny Mollo, quien fuera presentado como perito, lo mismo señalado en el considerando cuarto respecto de Waldo Pérez Barrionuevo y Guillermo Carmona Segovia, argumentos a los que nos remitimos, desde que se limitó a declarar sobre lo que observó y escuchó mientras filmaba una reconstitución de escena, por lo que sus dichos, al igual que el de los otros dos funcionarios señalados, se tendrán como un testimonio.

SÉPTIMO: Que los antecedentes analizados en el considerando anterior han formado la convicción del tribunal acerca de la participación que en calidad de autor le correspondió a Heiman Enrique Tapia Vega en el delito de homicidio materia de este juicio.

OCTAVO: Que la defensa de Heiman Tapia Vega solicitó se califique el hecho como homicidio simple y no como homicidio calificado como acusó la parte querellante, alegando que no hubo en este caso premeditación ni alevosía. La verdad es que este tribunal, como ya se fundamentó en el considerando quinto de este fallo, estima que no se acreditó la existencia de dichas circunstancias por lo que estamos frente a un homicidio simple y no calificado, motivo por el que se acogerá esta petición.

Tal como lo sostuvo la defensa favorece al encartado la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior, según consta de su extracto de filiación exento de anotaciones anteriores acompañado en la audiencia, hecho que además consta en una convención probatoria; y, de los dichos de Vilma Verónica Véliz Pizarro, Carla Andrea Valdés Honores y Jaime Andrés Espinoza Pineda, quienes declararon conocer al acusado con anterioridad a estos hechos y

constarles que se trata de una persona con una conducta pasada irreprochable, tranquila, que gusta de la música.

No le favorece en cambio la circunstancia atenuante contemplada en el artículo 11 N° 1 del Código Penal en relación con el artículo 10 N°6 del mismo texto legal. La defensa funda la existencia de esta atenuante en el hecho de que el acusado habría salido en defensa de dos jóvenes que fueron agredidas por Alejandro Ibacache en esa oportunidad. Sin embargo, de los testimonios de Karen Andrea Sandoval Vega, Jessica Nataly Lanás Carvajal y Sebastián Vega Guerrero se desprende que la agresión de que habrían sido víctimas las dos primeras por parte de Alejandro Ibacache, que motivó la intervención de Tapia Vega, fue muy anterior a los hechos materia de las acusaciones, por lo que mal puede decirse que fuera la defensa de estas jóvenes lo que llevó al imputado a dar muerte a Ibacache. En efecto, Karen Sandoval dijo que el día de los hechos mientras estaba en la Alameda conoció al acusado, con el que junto a unos amigos y al primo de éste estuvieron tocando guitarra, el que intervino cuando se les acercó Ibacache y la trató mal, la agredió verbalmente, insultándola, y agregó que incluso la empujó y trató de golpearla. Por ello intervino Tapia Vega e intentó calmar al sujeto. Ella volvió a su grupo mientras Tapia continuaba conversando con Ibacache, incorporándose luego el primo del primero. Dijo que tanto el acusado como la víctima estaban ebrios a su parecer. Ella se fue por lo que no vio ni escuchó nada más. Por su parte Jessica Nataly Lanás Carvajal declaró en términos similares a Karen Sandoval aunque sin relatar ningún empujón ni intento de golpes y señalando además que Ibacache también la insultó a ella, por lo que Tapia Vega salió a defenderlas. Después del incidente el acusado se quedó con Ibacache, el que estaba bebido, lo que concuerda con la convención probatoria acordada por las partes en cuanto a que la víctima, Alejandro Leopoldo Ibacache Arancibia, registraba 1,07 grs. por mil de alcohol en su sangre. Por su parte Sebastián Vega Guerrero dijo que luego que Ibacache agrediera verbalmente a una de las jóvenes con las que se encontraban y su primo, Heiman Tapia Vega, lo tranquilizara, se quedaron con éste pues les pidió que tocaran guitarra. Tocarón dos temas y luego se fueron, momento en que Ibacache los habría seguido tratando de agredirlos, comenzando entonces una discusión entre Tapia Vega y la víctima. En todo caso, la muerte de Ibacache fue ocasionada por la herida que le propinara el acusado cuando éste se alejaba del lugar e intentaba pedir ayuda, por lo que si existió alguna agresión ilegítima incluso al momento en que lo agrediera por primera vez el acusado, como lo intenta plantear el primo de éste al decir que vio a Ibacache tomar del cuello a Heiman Tapia, por lo que podría haber existido una legítima defensa, o al menos la atenuante del 11 N° 1 en relación con el artículo 10 N° 4 del Código Penal, dicha

agresión al momento de herirlo en la espalda provocándole la lesión que le causó la muerte, desde luego ya no existía. En definitiva, aún cuando hubiese existido una agresión ilegítima de parte de Alejandro Ibacache, ésta no fue actual, no era dicha agresión la que repelía el acusado al momento de propinarle la herida que le causó la muerte. El solo hecho de haber recibido la lesión que le causara la muerte en la espalda, mientras intentaba subir a un colectivo para protegerse, hace incompatible la hipótesis esgrimida por la representante del imputado en cuanto plantea que la actuación del acusado obedeció a la defensa de dos jóvenes que eran agredidas por Ibacache. En efecto, este tribunal no comparte la tesis de la defensa en cuanto señala que no se acreditó que Ibacache fuera agredido por la espalda, atendido que la causa de muerte señalada en el certificado de defunción acompañado fue Shock Hipovolemico, herida penetrante abdominal complicada. La verdad es que sí se acreditó que la víctima fue agredido por la espalda, como ya se ha señalado en considerandos anteriores. La causa de muerte señalada en el certificado de defunción de la víctima es la misma señalada por el médico en su informe de autopsia y en la audiencia, describiéndose en el informe respecto del abdomen la lesión de la zona lumbar, desde que ésta fue tan profunda que llegó por esa zona hasta la región abdominal, comprometiendo en su recorrido diversos órganos, como el estómago, la cara izquierda de pared anterior del hígado, órganos que, como todos sabemos, se encuentran en la zona abdominal y no en la región lumbar. No existiendo entonces este elemento sustancial tanto de la eximente del artículo 10 N° 4 como la del artículo 10 N° 6 del Código Penal, cual es la agresión ilegítima por parte de Alejandro Ibacache, sea al acusado en el primer caso, o a extraños en el segundo, no puede entenderse que estemos frente a algún tipo de defensa y por ello este tribunal entiende que ni siquiera podemos estar frente a la atenuante del artículo 11 N° 1 del Código Penal en relación con el artículo 10 N° 4 o 6 del mismo texto legal.

No se acogerá tampoco la atenuante de reparación celosa del mal causado alegada por la defensa y aceptada por la fiscalía en su alegato de clausura. Es útil consignar en este aspecto que es el tribunal quien finalmente determina si concurre o no alguna de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal alegadas, aún cuando, como en este caso, el ministerio público esté de acuerdo en su concurrencia. El hecho de haber consignado el imputado la suma de \$600.000, según consta de la copia del escrito con timbre de recepción del Ministerio Público el 18 de julio del año en curso, incorporado en la audiencia, no implica que con ello exista un intento celoso de reparar el mal causado con este delito, como lo es la muerte de una persona, siendo por cierto la vida de un

ser humano imposible de avaluar en dinero. No tiene precio. Sin embargo, para que se configure esta atenuante no es requisito que se logre la reparación del mal causado, sino, al menos que se intente una reparación celosa de éste. En este caso no se desprende de este solo hecho, la consignación de una suma de dinero, que se intente impedir las consecuencias posteriores perniciosas, consecuencias que derivan del mal causado, consecuencias que derivan de la muerte de Alejandro Ibacache Arancibia.

Tampoco le favorece la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 8 del Código Penal, esto es, si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito desde que, según relata en estrados el funcionario aprehensor Alcibíades Ossandón Tello, al momento de interceptar al acusado y preguntarle por los hechos éste negó tener algún tipo de participación en ellos, confesando sólo después que le encontrara el cuchillo ensangrentado tapado con un chaleco. No se acreditó que el acusado iba en dirección a carabineros a denunciarse, pues al respecto sólo existe el dicho de Sebastián Vega Guerrero, quien es primo del acusado y respecto de quien se demostró una contradicción entre sus dichos en el juicio y lo declarado en la fiscalía ya que en la audiencia declaró que no vio al acusado enterrarle el cuchillo a la víctima y en la fiscalía declaró que sí lo vio, explicando que fue porque el fiscal lo habría presionado, obligado a declarar en tal sentido para así poder quedar libre de las imputaciones de que era objeto en esa oportunidad, situación que por cierto le resta credibilidad a sus dichos, siendo a lo menos pueril la explicación que intentó para justificar la contradicción evidenciada. Por el contrario, se acreditó que Tapia Vega en un principio intentó negar su responsabilidad en los hechos, actitud que sólo cambió luego que le descubrieran en su poder el arma utilizada en el delito.

Finalmente, no concurre tampoco la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal alegada por la defensa y aceptada por el fiscal en su alegato de clausura. Basa la existencia de esta atenuante la defensa en el hecho de que su representado admitió durante la etapa de investigación su responsabilidad en estos hechos, tanto luego de ser detenido, como en las reconstituciones de escena que se realizaron con posterioridad, agregando que no opuso resistencia a la detención y que, luego que se le revocara la prisión preventiva a la que se encontraba sujeto por esta causa, no huyera y se presentara al juicio. La verdad es que para que se configure esta atenuante debe existir una cooperación que sea sustancial para el esclarecimiento de los hechos. En el caso sublite los hechos se esclarecieron principalmente por la actuación del

funcionario aprehensor que le encontró en su poder el arma utilizada, con restos de sangre, y por las demás evidencias encontradas, evidencias todas que fueron objeto de peritajes, por lo que no fue sustancial su actuación para el esclarecimiento de ellos. Es más, luego de ocurridos éstos la policía ya sabía que el autor huía en esa dirección y por ello es que lo interceptaron. Finalmente, sólo resta señalar que el no oponer resistencia a la detención o el presentarse al juicio estando en libertad, desde luego nada tiene que ver con la existencia de colaboración sustancial para el esclarecimiento de los hechos.

Así, concurriendo una atenuante y no concurriendo agravantes no se impondrá la pena en el grado máximo que permite la ley, quedando en definitiva en presidio mayor en su grado mínimo.

NOVENO: Que en nada altera la convicción adquirida por este tribunal la declaración del médico siquiatra Carlos González Mella en cuanto relató haberle practicado un examen de imputabilidad al acusado concluyendo que éste no presenta algún trastorno mental, por lo que es imputable, lo que consignó en su informe N° P-161-01, incorporado también en la audiencia.

Que tampoco fue determinante como medio probatorio la exhibición del video que muestra la reconstitución de escena, por cuanto éste sólo permite al tribunal conocer el lugar donde ocurrieron los hechos, desestimándose las declaraciones efectuadas en él por cuanto el acusado ejerció su derecho de no declarar.

DÉCIMO: Existiendo una disposición expresa que impide incorporar como prueba o invocar en el juicio oral los registros y demás documentos que dieren cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía, como lo es el informe N° 98 elaborado por carabineros, que incluso tiene una declaración del acusado prestada ante la fiscalía y otra de un testigo que no declaró en la audiencia, no se le dará a éste valor probatorio alguno. Es importante destacar que, pese a la redacción del artículo 334 del Código Procesal Penal, habiendo sido mencionado este antecedente en el auto de apertura de juicio oral elaborado por la juez de garantía como prueba autorizada a rendirse en el juicio oral, no le era dable a este tribunal impedir en la audiencia su incorporación, pero sí le corresponde pronunciarse en la sentencia sobre el valor o mérito probatorio que le asignará, como se ha hecho en este caso.

Tampoco se le otorgará valor probatorio alguno a los documentos signados con los números 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 de la prueba documental de la defensa mencionada en el auto de apertura, atendido lo dispuesto en el

artículo 329 del Código Procesal Penal, desde que estos documentos dan cuenta de declaraciones hechas por terceros que no concurrieron al juicio.

EN CUANTO A LA ACCIÓN CIVIL

UNDÉCIMO: Que la parte querellante, doña Juana Guillermina Arancibia Espina, representada por su abogado Rodrigo Eduardo Rojas Olivares, dedujo acción civil en contra de Heiman Enrique Tapia Vega. Funda su libelo en el daño moral que ha sufrido como consecuencia de la muerte de su hijo, víctima del delito de homicidio cometido por el demandado. Solicitó que el tribunal lo condene al pago de una indemnización por daño moral, ascendente a la suma de veinte millones de pesos o en subsidio a la suma que el tribunal estime en justicia, más reajustes, intereses y costas.

DUODÉCIMO: Que la parte demandada nada dijo al respecto.

DÉCIMO TERCERO: Que se acreditó que doña Juana Guillermina Arancibia Espina era la madre de Alejandro Leopoldo Ibacache Arancibia con la convención probatoria acordada por las partes y con el certificado de nacimiento de éste, acompañado en la audiencia.

Que de acuerdo a las máximas de la experiencia es un hecho que la muerte de un hijo naturalmente implica un gran dolor para su madre, sobre todo si es consecuencia de un homicidio.

DÉCIMO CUARTO: Que habiendo sufrido la demandante civil a consecuencia de la muerte de Alejandro Ibacache Arancibia, provocada por el demandado, un dolor que en justicia debe ser resarcido, se regulará prudencialmente el monto de la indemnización en la suma de \$7.000.000 (siete millones de pesos), la que se reajustará en la forma en que se señalará en la parte resolutive, no dándose lugar al pago de intereses como lo solicita la demandante por no tratarse de una operación de crédito de dinero.

Y vistos además lo dispuesto en los artículos 1, 11 N° 6, 14, 15, 18, 24, 28, 50, 68 y 391 N° 2 del Código Penal; artículos 295, 296, 297, 325 y siguientes, 341, 342 y 348 del Código Procesal Penal, 2314 y 2316, del Código Civil, 144 y 170 del Código de Procedimiento Civil se declara:

I.- Que se condena al acusado, **HEIMAN ENRIQUE TAPIA VEGA**, ya individualizado, a la pena de **CINCO AÑOS Y UN DÍA** de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas

de la causa, como autor del delito de Homicidio Simple de Alejandro Leopoldo Ibacache Arancibia, perpetrado en esta ciudad el 9 de marzo de 2001.-

II.- No reuniéndose los requisitos legales no se concede al sentenciado ninguno de los beneficios contemplados en la ley 18.216, debiendo dar cumplimiento a la pena corporal impuesta, sirviéndole de abono el tiempo que permaneció privado de libertad por esta causa, desde el 9 de marzo del año 2001 hasta el 13 de agosto del mismo año, según se señala en el oficio 247 del Juzgado de Garantía de Ovalle, por el cual se remitió el auto de apertura que dio origen a este juicio. Por lo expuesto no será necesario pronunciarse sobre el informe presentencial del acusado acompañado en la audiencia.

III.- Que **SE HACE LUGAR** a la demanda civil interpuesta por doña Juana Guillermina Arancibia Espina, representada por su abogado Rodrigo Rojas Olivares, sólo en cuanto se condena al demandado civil Herman Enrique Tapia Vega, ya individualizado, al pago de la suma de siete millones de pesos (\$7.000.000) por concepto de daño moral, suma que deberá ser reajustada con la variación que experimente el índice de precios al consumidor desde la fecha de la dictación de esta sentencia y hasta su pago efectivo, y se rechaza respecto de la petición de condena al pago intereses. Por no haber resultado totalmente vencido el demandado no se lo condena al pago de las costas.

IV. Que se condena al comiso del cuchillo utilizado para la perpetración de este delito de homicidio, debiendo procederse a su destrucción según lo dispuesto en el artículo 469 inciso 2° del Código Procesal Penal.

Devuélvase, en su oportunidad, la demás evidencia acompañada a la Fiscalía.

Ejecutoriada que sea esta sentencia, dése cumplimiento al artículo 468 del Código Procesal Penal.

Se previene que la Juez Liliana Mera Muñoz estuvo por no otorgar valor probatorio al video de reconstitución de escena practicada por la policía y un fiscal, con la participación del acusado, exhibido en la audiencia, toda vez que éste corresponde a un registro que da cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía y el ministerio público en la etapa de la investigación, vulnerando así lo dispuesto en el artículo 334 del Código Procesal Penal.

Redactada por la Juez Liliana Mera Muñoz.

Rol 30-2002

Ruc: 0100011585-8

PRONUNCIADA POR LOS JUECES TITULARES DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE LA CIUDAD DE OVALLE, CARLOS ISAAC ACOSTA VILLEGAS, FRESIA ESTHER AINOL MONCADA Y POR LA JUEZ SUBROGANTE LILIANA MERA MUÑOZ.

- **Condena a los acusados a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, accesorias legales y costas de la causa como coautores del delito de secuestro en grado de frustrado.**

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

Resumen:

La Fiscalía acusó a los imputados como coautores del delito de secuestro, fundándose en que los acusados junto a otros trabajadores decidieron apoderarse del bus que los transportaba, motivados por un conflicto laboral con su empleador, obligando al chofer a desviarlo. Una vez desviado lo ocultaron y llevaron al chofer a una cima para llamar al empleador exigiendo el dinero que se les debía. La Defensa sostuvo que se trataba de un conflicto laboral, que no hubo acción concertada planificada para cometer un secuestro, que no hubo dolo y que las supuestas víctimas siempre estuvieron en contacto con el exterior. El Tribunal estimó acreditada la existencia del delito, así como la participación de los imputados, en virtud de los antecedentes aportados por la Fiscalía. En efecto, consideró que las víctimas fueron retenidas contra su voluntad como medo de presión para obtener el cumplimiento de determinadas demandas. Sin embargo, consideró que el delito quedó en grado de frustrado, toda vez que el secuestro tuvo como objetivo una exigencia de pago por parte de su empleador, exigencia que no se vio cumplida.

Texto completo:

Angol, doce de Noviembre de dos mil dos.

VISTOS, OÍDO y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, con fecha 6 y 7 de Noviembre en curso, ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, integrado por los jueces señores Luis Sarmiento Luarte, quien lo presidió, doña Georgina Solís Morgado y don Waldemar Koch Salazar, se llevó a efecto la audiencia de juicio oral relativa al Rol Interno N°16-2002, seguida en contra de Eric Octavio Nahuelpi Millanao, chileno, cédula de identidad N°14.033.384-0, obrero forestal, domiciliado en la Reducción Temu-cuicui, comuna de Ercilla y don Walter Javier Reyes Hueiquil, chileno, cédula de identidad N° 13.941.027-0, obrero forestal, domiciliado en General Velásquez 1394, Estación Central, Santiago, ambos sin antecedentes delictivos anteriores.

El Ministerio Público estuvo representado por el fiscal adjunto abogado don Luis Chamorro Díaz, domiciliado en calle Alcázar N° 799 de la ciudad de Collipulli, la parte querellante por el abogado don Rolando Franco Ledesma, domiciliado en calle Bulnes N° 155 de la ciudad de Collipulli, en representación de don Camilo Segura Morales domiciliado en calle Marco Latapia N° 1 02 de la ciudad de Los Angeles. La defensa de los acusados estuvo a cargo de las letradas, defensoras públicas doña Solange Sufan Arias y doña Sandra Jelves Mella, ambas domiciliadas en calle Bunster 173 de la ciudad de Angol.

SEGUNDO: Que los hechos materia de la acusación, según auto de apertura de juicio oral de fecha

diez de Septiembre de 2002, ocurrieron el día 29 de Diciembre de 2001, aproximadamente a las 17:00 horas cuando dentro del recinto del Fundo Alaska de la comuna de Ercilla los acusados junto a otras 17 personas, todas trabajadores del contratista Camilo Segura Morales, abordaron el taxi-bus patente NV -5388, conducido por don Luis Antonio Oróstica Leiva, acompañado de don Segundo Patricio Maldonado Inostroza.

Una vez a bordo y mientras el taxi-bus hacía su recorrido habitual hacia las diferentes comunidades mapuches del sector donde los acusados tienen su domicilios, estos decidieron apoderarse del taxi-bus y de sus ocupantes, no bajándose ningún trabajador en los paraderos habituales, argumentando que "tenían una fiesta", según manifestó expresamente el acusado Nahuelpi Millanao; motivados por un conflicto laboral que mantenían con su empleador relativo al pago de anticipos de remuneración pactados pagar antes de las fiestas de año nuevo.

En la intersección del camino rural que da ingreso a la comunidad mapuche de Chacaico de la comuna de Ercilla y siendo aproximadamente las 17:30 horas, los imputados Eric Octavio Nahuelpi Millanao, Walter Reyes Hueiquil, Jorge Millanao Liguén y José Queipul Caño, obligaron al chofer del bus a desviar la máquina unos 8 kilómetros hacia el interior de la referida comunidad, lugar donde ocultaron el bus, una vez ahí trasladaron al chofer hasta una cima distante unos 800 mts., desde dicho lugar procedieron a llamar a don Camilo Segura Morales por intermedio del supervisor de faenas don Miguel Alejandro Mieres Espinoza a quien le

señalaron "que si no llevaban el dinero correspondiente a los anticipos de remuneración de los acusados a la cancha de la comunidad Collico dentro de una hora y media, se olvidaran del chofer y del bus"

Cerca de las 18:30 horas llegó hasta el lugar donde se encontraba el bus y sus ocupantes un dirigente mapuche del sector, quien le manifestó al acusado Nahuelpi Millanao que en caso de problemas tenía aproximadamente 40 comuneros mapuches en el valle dispuesto a ayudarles. Don Segundo Patricio Maldonado Inostroza requirió a los acusados que le dejaran en libertad, toda vez que él nada tenía que ver en el asunto pues sólo acompañaba al conductor del bus, lo que fue denegado. Aproximadamente a las 21:00 horas personal de Carabineros finalmente encontró el bus y sus dos ocupantes, mientras los acusados se daban a la fuga, manteniendo el celular del chofer en su poder, las llaves de contacto del bus y algunas herramientas del mismo.

Los hechos descritos en concepto de la fiscalía constituyen el delito de secuestro de Luis Antonio Oróstica Leiva y de Segundo Patricio Maldonado Inostroza y solicita aplicar la pena para los acusados Eric Octavio Nahuelpi Millanao y Walter Javier Reyes Hueiquil, de tres años y un día de presidio o reclusión menor en su grado máximo, para cada uno de ellos, atendido que para ambos acusados concurre una atenuante y no les perjudica agravante alguna, y teniendo presente además la extensión del mal causado por el delito en los términos del artículo 69 del Código Penal,

TERCERO: Que la defensa de los acusados en su alegato de apertura efectuado por la letrada Solange Sufan Arias, planteó que los hechos del juicio afectan a un conflicto laboral motivado por la frustración ante el incumplimiento por parte del empleador del pago de prestaciones laborales - anticipos - los que no se pagaban hasta el 31 de Diciembre, que jamás se pretendió hacer daño, que no hubo acción concertada planificada para cometer un secuestro, no hubo dolo, las supuestas víctimas siempre estuvieron en contacto con el exterior y la petición de desvío de la ruta que fuera exigida constituiría en todo caso, el ilícito del artículo 494 N° 16, del Código Penal y el hecho que las supuestas víctimas sintieran miedo no configura el dolo de secuestro, por lo que solicita la absolución de sus representados.

En su alegato de clausura la defensa efectuada por la letrada Sandra Jelves Mella, expresa que se ha sobredimensionado una forma de presión laboral ejercida por alrededor de 20 o 25 personas las que cansadas por los incumplimientos laborales, deciden desviar y retener un bus de la empresa. El Sr. Segura ponía en peligro, todos los días, la vida de estos trabajadores, ya que en el mes de Diciembre con un calor de 30°, transportaba en el bus junto con los pasajeros, aparte de la comida, combustible, sin ninguna medida de seguridad, que el

propio empleador reconoció en la audiencia, que sus representados nunca amenazaron al Sr. Oróstica ni al Sr. Maldonado y esto era lógico ya que ellos tenían un conflicto de tipo laboral y las dos personas eran compañeros de trabajo que a lo mejor sufrían los mismos incumplimientos de parte del empleador. Que efectivamente Eric Nahuelpi se presentó a conversar con el chofer y le dijo que parara el bus, le informó que el bus lo iban a retener para conseguir el tan ansiado anticipo y también para que se presentara el Sr. Camilo Segura puesto que ellos necesitaban conversar con él; señala que el Bus no estuvo escondido como se vio en el peritaje, sino que siempre se mantuvo en el camino público, y que nunca las herramientas han sido utilizadas para amenazar o intimidar a los chóferes. Que sus representados tienen excelentes antecedentes personales y han tenido una irreprochable conducta, finalmente expresa que los hechos, tratan de una protesta de tipo laboral que a lo mejor excedió el derecho pero que en caso alguno estaríamos en presencia de la figura típica del secuestro en los términos que señala el Ministerio Público.

CUARTO: Que el Ministerio Público con la finalidad de acreditar los cargos hizo uso de evidencia material prueba testimonial, pericial y documental, deponiendo los testigos presenciales de los hechos; Claudio Hernán Muñoz Núñez, capitán de carabineros quien expresa que el día 29 de Diciembre de 2001, se encontraba como Jefe de Tenencia Temporal, emplazada al interior del fundo Alaska, comuna de Ercilla, para dar protección a las faenas que laboran en el interior de dicho fundo, que tiene alrededor de 2.800 hectáreas de superficie, coordinando dichas acciones con don Alejandro Lobos supervisor de Forestal Mininco, quien le comunicó alrededor de las 09:00 horas, del problema entre un contratista forestal y un grupo de sus trabajadores, alrededor de 20 personas, los que se manifestaron frente a la tenencia y donde permanecieron en forma tranquila hasta las 17:00 horas ya que se retiraron en un bus. A las 17:50 horas el supervisor Lobos le informó del secuestro del bus comunicando esto a su mando, se le ordenó buscarlo, para lo cual dispuso dos piquetes de Carabineros, se entrevistó con don Camilo Segura que se encontraba con su capataz el que recibió una llamada telefónica exigiéndole que concurriera a un sector llamado Collico con el dinero, si no que se olvidara del bus y del chofer. Por ahí supieron que el bus se encontraría en el sector de Chacaico, las llamadas fueron varias y el tenor era que se llevaran los dineros de los adelantos, esto lo repetía el ayudante de Segura que recibía las llamadas; estuvieron buscando desde las 18:20 horas hasta las 21:00 horas, sin resultados, finalmente decidieron volver a Chacaico pero con avances de infantería, un taxista les manifestó que había divisado un bus pero en la parte alta de Chacaico, con esa información llegaron a ubicar el bus y sus

ocupantes, los captores al divisar a carabineros se dieron a la fuga, manifestando el chofer que le habían sustraído un celular y las llaves de contacto del bus, las personas se encontraban alteradas, y le contaron detalladamente lo sucedido.

Posteriormente, agrega, que el día 4 de enero del año en curso dos jóvenes, de apellido Nahuelpi y Lican, se acercaron al guardia de seguridad a devolver un celular, al entrevistarlos, expresaron que se los había pasado un tercero, llevando a ambos a la fiscalía de Collipulli. Además expresa que revisando el día 16 de Enero del presente año, el inventario descubrió un juego de llaves que no correspondían a vehículos policiales, interrogado el guardia de seguridad que la hizo llegar a la tenencia se supo que habían sido entregadas por una señora, que había sido la última en pagarse de la empresa Segura cuyo cónyuge estaba detenido.

Reconoce en la audiencia el celular que se le exhibe como de iguales características a las que tenía el que portaban los jóvenes ese día.

Reconoce en la audiencia a Eric Nahuelpi Millanao como uno de los jóvenes que lo transportaba.

Reconoce en la audiencia las llaves que se le exhiben, como las correspondientes al Bus de Camilo Segura Morales, contrainterrogado agrega que no probó, esas llaves en el bus, incorporándose ambos elementos, el celular y las llaves, como evidencia material.

Se valió también de los dichos de Luis Antonio Oróstica Leiva, y de Segundo Patricio Maldonado Inostroza, quienes están contestes en que alrededor de las 17:00 horas salieron en el bus del fundo Alaska, que el recorrido no fue normal ya que ningún pasajero descendió en los paraderos que debían hacerlo, la razón era que "iban a una fiesta", que entre los pasajeros del bus se encontraban los acusados Eric Nahuelpi Millanao y Walter Javier Reyes Hueiquil y que al llegar al final del recorrido en el cruce a Chacaico, Eric Octavio Nahuelpi Millanao se paró de su asiento y se dirigió hacia ellos manifestándoles que no tenía nada en su contra pero que ahora eran ellos los que tomaban el control de la máquina y tenían que obedecerle, pues tenían un conflicto con el contratista Segura por el no pago de anticipos, que desviaron el bus unos 10 a 12 kilómetros al interior de la escuela hasta una garita, que los que se veían dirigiendo al grupo eran Eric Octavio Nahuelpi Millanao, Walter Javier Reyes Hueiquil, Jorge Millanao y dos más, al llegar a la garita se bajaron a buscar un teléfono y que al parecer no encontraron y que nunca opusieron resistencia ya que fueron claros en advertirles que si no obedecían órdenes se atuvieran a las consecuencias y sus captores eran más, que una vez llegado carabineros al sector y ante la proximidad de estos sus captores emprendieron la fuga quedándose ellos en el bus. Luis Oróstica Leiva agrega, que les había dicho que no tenía planes su celular cuando se lo pidieron, pero, como no consiguieron teléfono, para

agilizar el trámite ya que estaba bastante asustado por lo que estaba pasando y para que los dejaran venir luego, les dijo que llamaran del suyo, y lo hicieron bajar llevándolo Nahuelpi y dos personas más a un cerro en busca de cobertura, pero antes le ordenaron que ocultara el bus a unos 50 metros de la garita; el Sr. Reyes se quedó vigilando en el bus a su acompañante. Con el celular Nahuelpi llamó al Sr. Mieres, pero fue él quien tuvo que marcar y una vez que el Sr. Mieres contestó, le informó que alguien quería hablar con él pasándole el celular a Nahuelpi Millanao, quien le dijo que pasaba con la plata y que le daban una hora de plazo si no "el chofer y el acompañante iban a sufrir las consecuencias y se olvidaran de la máquina" todo esto con groserías y en tono de enojo. Que no fue una sola vez que se llamó ya que lo obligaron a dar pistas falsas, y otras veces llamó Jorge Millanao. Que solicitó retirarse ya que él nada tenía que ver con problemas de plata, pero no lo dejaron porque podía, avisar a carabineros; posteriormente manifestó querer ponerse algo más grueso y le autorizaron que bajara al bus acompañado, pero ya los carabineros estaban en el sector de la escuela, pues de la colina donde se encontraban los había visto, estuvo más o menos dos horas y media en la loma. Walter Reyes no habló con él, cuando llegó al bus, los trabajadores hablaban entre ellos, en ningún momento habló con Nahuelpi o con alguien sobre el asunto de los pagos. Cuando salieron del camino no fue amenazado pero los pasajeros iban con sus herramientas. Jorge Millanao le pidió las llaves del vehículo. Reconoce en la audiencia a los acusados Eric Nahuelpi Millanao y a Walter Reyes Hueiquil como pasajeros del bus, reconoce también el celular que se le exhibe como de su propiedad, y las llaves como pertenecientes al bus y a un botiquín y que quedaron en poder de Jorge Millanao. Segundo Patricio Maldonado Inostroza, añade que don Luis subió al cerro con don Eric y dos personas más y don Walter se quedó en el bus vigilando a las otras personas y a él para que no se fuera, calculó que don Luis estuvo unas dos horas y media en la loma, y como 20 minutos para las 09:00 horas bajó con dos personas y vino a ponerse una casaca, porque le dio frío, y en ese momento le informó que carabineros estaba cerca; donde estaba él hubo bastante tráfico incluso llegó una persona de estatura media manifestando que no nos dejaran salir a ninguna persona, menos el bus que era la pieza clave del objetivo que estaban solicitando; que hicieran desaparecer el bus prendiéndole fuego pues había que ponerle color a la cosa como iban bidones con bencina ya que se está trabajando por orden de Walter Reyes dos personas bajaron un bidón para ponerle bencina al petróleo del bus, fue ahí cuando les dijo que no lo hagan ya que el bus estaba asegurado y el delito iba a ser más grave, también llegó otra persona en un taxi informándoles que hacia el valle y en la escuela estaba lleno de carabineros que había que tomar las

precauciones, fue la oportunidad en que les manifestó que lo dejaran irse ya que él sólo venía de acompañante, pero le fue negado porque podía avisar a carabineros, siempre la actitud de Eric Nahuelpi fue de imponer algo, la expresión de él era que no se pusiera obstáculo a lo que ellos decían y en una forma autoritaria. No se improvisó ningún juego. Reconoce en la audiencia a don Eric Nahuelpi Millanao como una de las personas que subió al bus y a don Walter Reyes como la persona que conversaba con don Eric Nahuelpi en el lugar del suceso donde habían llevado el bus. Los dichos de Miguel Alejandro Mieres Espinoza, quien expresa que el día 29 de Diciembre de 2001 estaba prestando servicio a la empresa de Camilo Segura Morales, como a las 09:00 horas el jefe de faenas le advirtió que la gente no quería trabajar, porque querían un anticipo, habló con ellos para solucionar el conflicto, pero no hubo acuerdo, se informó a Segura quien le comunicó que el anticipo estaba para el día 31 de Diciembre a las 10:00 horas, dándole a conocer esto a los trabajadores, los que pidieron regresar en el bus y esto fue autorizado previa advertencia que nada debía pasarle al bus porque no habría pago de anticipo, los acusados abordaron el bus conducido por Luis Oróstica y el acompañante Patricio Maldonado. Posteriormente recibió una llamada del celular del chofer del bus quien le dijo que le iban a hablar, escuchando que le decían que pasaba con la plata si había plata, le dieron una hora para llevar el dinero a la cancha de Collico si no que se olvidaran del bus y de los chóferes, después de la primera llamada tomó contacto con Camilo Segura Morales y el supervisor de Mininco Alejandro Lobos, se habló con Carabineros y como a las 21:00 horas estaban en la tenencia de Ercilla cuando llegó la máquina. Cuando recibió la llamada del chofer lo escuchó nervioso y las otras personas hablaban en forma prepotente y con insolencias, la situación era complicada porque habían amenazas que le pasaría algo al chofer y a la máquina, le hicieron como cinco o seis llamadas. Que vio esa misma noche al chofer y al ayudante y se veían asustados. Contrainterrogado manifestó que sí hubo un accidente en el fundo Alaska el día anterior pero afectó a otra empresa, las amenazas él las entendió como que afectarían la integridad física del chofer y daños a la máquina, las herramientas que iban en el bus eran de los trabajadores y también se llevaba en el bus la bencina para las motosierras. Se valió también de las declaraciones de Camilo Segura Morales, quien expresó que es contratista forestal, presta servicios a Forestal Mininco y en Diciembre de 2001 realizaba faenas de cosecha final de bosques de manera tradicional, el día 29 de Diciembre de 2001 a eso de las 09:00 horas se le informó que la gente se negaba a trabajar si no se le pagaba un anticipo, información que le dio Alejandro Mieres, respondiendo que el anticipo sería pagado el 31 de Diciembre de 2001. Los trabajadores llegaban a sus

faenas trasladados por un bus que los acercaba desde sus comunidades hasta el fundo Alaska, superado el conflicto autorizó que los trabajadores regresaran a sus domicilios en el bus de la Empresa, conducido por don Luis Oróstica, acompañado ocasionalmente por Patricio Maldonado; cerca de las 18:00 horas recibió comunicación de Alejandro Mieres informándole, que si no se pagaba los anticipos quedaría la "cagá" en el sentido que el bus sufriría daños y los chóferes golpeados, la llamada que recibió Mieres se hizo a través del celular de Luis Oróstica, en todas las comunicaciones se advertía que si no se llevaba el dinero sufrirían las consecuencias los choferes y el bus, más o menos a las 21:00 horas una media hora después de ver sobrevolar un avión aparecieron los dos choferes y el bus en la tenencia de Ercilla, ambos choferes se veían choqueados. Que Oróstica y Maldonado le relataron los hechos y le señalaron que no estaban por su voluntad y se sentían amenazados por la cantidad de gente y elementos que ellos tenían, de todos los captores, los dos choferes le mencionaron los nombres de Nahuelpi y Millanao como líderes de la retención. Que él lleva como 20 años como contratista forestal y las empresas forestales son exigentes con ellos en el cumplimiento de leyes laborales, ambientales y tributarias, el 29 de Diciembre estuvo retenido en la mañana el capataz de las faenas para exigir el pago de los anticipos y se solucionó eso durante la tarde. Todos los anticipos se pagaron incluso el de Nahuelpi. El no fue a los requerimientos que se hacía, no tenía la intención, en primer lugar por la hora, por no tener la plata, ya que se encontraba ésta en los Ángeles y menos lo haría bajo presión.

Además la Fiscalía presentó al perito Francisco Javier Veloso García, teniente de Carabineros, quien el día 9 de mayo de 2002 como a las 16:00 horas con el equipo pericial de servicio de la Sección Criminalística de Temuco se constituyó en Chacaico, comuna de Collipulli, para realizar reconstitución de escena, la que se fijó fotográfica y planimetricamente según el relato de Luis Oróstica Leiva y la declaración prestada en el Ministerio Público por Segundo Patricio Maldonado Inostroza. En primer término expresa que se trata de un lugar abierto, con bastante vegetación donde existe una construcción ligera que sirve para resguardo a las personas que esperan locomoción colectiva, se fijaron un total de 28 fotografías, 22 de ellas corresponden al relato verbal de don Luis Antonio Oróstica Leiva y las 6 restantes a lo relatado en el Ministerio Público por Segundo Patricio Maldonado Inostroza y cuyo respectivo informe fue incorporado en la audiencia por la parte acusadora.

La Fiscalía presentó como evidencias materiales, un celular que fue reconocido en audiencia por el chofer Luis Oróstica Leiva como de su propiedad, y unas llaves con el logotipo de Mercedes Benz, que el

mismo chofer Oróstica Leiva reconoció que eran del Bus y de un botiquín.

QUINTO: Que la defensa de los acusados a su vez hizo uso de la prueba pericial, deponiendo en estrados el psicólogo Francisco García Quezada y la asistente social doña Paulina Krause Pincheira, el primero de los cuales hizo una evaluación de personalidad y pronóstico de resocialización del acusado Eric Octavio Nahuelpi Millanao, expresando que las operaciones practicadas fueron de conformidad al test de Wais (abreviado) de test psicodiagnóstico de Rorschach, y entrevista psicológica; presentando el evaluado un adecuado ajuste perceptivo de la realidad, no observándose índice de trastorno de personalidad o incapacidad intelectual que le reste habilidad para enfrentar su entorno inmediato; agrega que intelectualmente presenta un nivel de inteligencia normal con un mayor desarrollo de sus capacidades manuales. Concluye que no tiene alteración de juicio - realidad o un perfil que lo asocie a conductas reñidas con la norma, al contrario su ajuste a la realidad es adecuado, con capacidad y alta disposición a responder y dirigir su conducta conforme a exigencias sociales normativas vigentes, teniendo un pronóstico de rehabilitación. Añade en la audiencia que la pericia no le permite determinar si el evaluado puede distinguir lo legítimo de lo ilegítimo aunque sí puede informar que distingue lo correcto de lo incorrecto. La segunda, realizó un informe socio económico familiar del acusado Eric Octavio Nahuelpi Millanao, expresando que el evaluado tiene buena inserción en la dinámica comunitaria, vive con sus padres su conviviente y su hijo de un año y diez meses, satisface parcialmente las necesidades de los tres miembros, siendo óptimas las condiciones de higiene, su vivienda se ubica en el predio Alaska terreno adquirido por la Conadi para un grupo de ocho familias, cuya extensión es de 98 hás. Donde el informado tiene derechos como comunero, su ingreso es a través de su desempeño como obrero forestal, obteniendo actualmente un ingreso de \$100.000. Concluye que el informado posee arraigo social, laboral y familiar en términos que no es una amenaza para la convivencia de la comunidad, contrariamente es visualizado como una persona significativa en la toma de decisiones, organización y ejecución de actividades, y se define como un miembro activo en la participación de la comunidad en que se inserta, valora su trabajo en términos de ser necesario para la mantención de su familia con la cual se encuentra en una etapa de acoplamiento con alta motivación en lograr mejores condiciones de vida. Presenta un adecuado desempeño social. Contrainterrogada agrega que el peritaje lo realizó en las oficinas de la Defensoría Penal Pública y la conclusión de que el origen de todo es un problema laboral, es por los dichos del propio informado. Además la defensa mediante prueba testimonial buscó probar las

atenuantes de irreprochable conducta anterior, de sus representados, a través de las declaraciones de Víctor Enrique Queipul Huaquil y Juan Segundo Catrillanca Millanao, quienes están contestes en que conocen desde niño a Eric Octavio Nahuelpi Millanao, quien siempre ha tenido buena conducta personal, respetuoso y sin problemas con la justicia, se relaciona bien con sus vecinos y participa de actividades con la comunidad. Los dichos de Evaristo Leonardo Cruces Huaiquil, quien expresa que conoce a Walter Javier Reyes Huequil, el que vive con su polola y con su hijo de más de un año de edad, no sabe si ha tenido problemas con la justicia anteriormente, pero desde que ha vivido en la zona no ha tenido problemas con nadie, ni con los vecinos es una persona que se porta bien con los mayores. Se valió también de prueba documental incorporando en la audiencia informe psicológico del psicólogo Francisco García Quezada y el informe socio económico familiar de la asistente social doña Paulina Krause Pincheira; Informe de antecedentes y de personalidad elaborado por el Consejo Técnico del Centro de Reinserción Social de Gendarmería de Chile, Angol firmado por su presidenta doña Berta Jara Jara, Contrato de Trabajo de Eric Octavio Nahuelpi Millanao de fecha 6 de Diciembre de 2001; certificado de filiación y antecedentes de Eric Octavio Nahuelpi Millanao y de Walter Javier Reyes Huequil ambos sin anotaciones pretéritas.

SEXTO: Los acusados renunciando a su derecho a guardar silencio decidieron declarar manifestando Walter Javier Reyes Huequil, que vive en Ercilla, que en Marzo un amigo le dijo si quería trabajar en el fundo Alaska, para Camilo Segura aceptando, una vez ahí se dio cuenta que las condiciones del contrato de trabajo no se cumplían, en el tema de la alimentación, en la entrega de elementos de seguridad, los trabajadores eran transportados en taxi-bus a sus faenas donde a su vez llevaban la comida, las herramientas, los cascos los guantes y el combustible, que comían en el suelo y no había campamento. Se les había prometido un lugar para comer tranquilos, un lugar para que los bueyeros guardaran sus animales y que el anticipo se pagaría antes de las fiestas de fin de año, el problema fue que no hubo un papel por escrito, fueron puras promesas. Agrega que el día 28 de Diciembre de 2001 decidieron no trabajar porque querían una reunión con el capataz Alejandro Mieres y don Camilo Segura, la que no se hizo, el día 29 de Diciembre al llegar en la mañana un motosierrista le dice que paraban porque habían cosas pendientes- se hablaba de un muerto en un accidente- no comieron en todo el día y se mantuvieron frente al portón desde la mañana hasta las 17:00 horas hasta cuando el bus llegó, de ahí que quedaron de tomarse el bus, subieron y lo desviaron a donde tenían que ir, llegando al cruce de Chacaico, se conversó con el chofer de toda la situación, que lo que se alegaba era justo, que nos dieran las remuneraciones y la seguridad

que necesitaban en el trabajo. Al llegar a destino quisieron hacer una llamada pero no tenían cobertura, así que unos se quedaron cerca del bus incluso jugando rayuela con el acompañante del chofer. Lo único que no se quería era que llegaran los carabineros porque sabían que iban a tener problemas y cuando eso ocurrió se dieron a la fuga dejando todo botado. Interrogado por la fiscalía y el querellante manifestó que el chofer se fue con Eric "al alto" y no lo vio hasta la noche, que los choferes fueron casi voluntariamente porque se les explicó todo de buena forma, los trabajadores no tenían retenido a los choferes sino al taxi bus, que en el portón estuvieron voluntariamente, que el dirigente de Mininco apaciguó los ánimos y la decisión de desviar el bus y retener a los choferes fue espontánea y de todos. Interrogado por la defensa señala que la intención de desviar el bus era que apareciera el contratista Camilo Segura y solucionara los problemas, se bajó un bidón de bencina del taxi-bus porque estaban al sol, pero estaba vacío, aclarando, señaló que nunca se trató de mezclar la bencina con el combustible del bus. Eric Octavio Nahuelpi Millanao, expresa por medio de facilitador cultural, que un mes antes del 29 de Diciembre se le comunicó que podría trabajar para el contratista Camilo Segura pero las faenas empezaban el 6 de Diciembre cerca de su comunidad, que su sueldo iba a ser diferente a los de otros trabajadores de otras faenas todo esto por el problema que ellos han tenido con las forestales, que han estado en conflicto con la comunidad, sin embargo nunca conoció al contratista el que tenía un representante el Sr. Alejandro Mieres que fue quien les comunicó el inicio de las faenas, les ofreció el pago de anticipo e implementos de seguridad que se necesitan para faenas forestales, nunca se les entregaron los implementos sintiéndose engañados por el contratista, el día 27 se acordó una reunión pero con el supervisor de la Forestal Mininco Alejandro Lobos, el que no concurrió a la reunión sintiéndose nuevamente pasados a llevar, por otra parte hubo un accidente con una persona muerta por falta de elementos de seguridad, por lo que ellos estaban intranquilos, en cuanto a la alimentación la comida muchas veces estaba vinagre ya que con los calores del mes de Diciembre las mantenían dentro de unos termos, el pan no alcanzaba para todos, había conflictos internos, había disconformismo y eso hizo que se reclamara pero en ningún caso pensaron que iba a llegar a una situación como está ahora, ya que en ningún momento trataron mal a las personas. Interrogado por la fiscalía y la querellante manifestó que desde los 14 años que trabaja en labores agrícolas que nunca tuvo problemas de incumplimiento como ahora y que nunca fue a la Inspección del Trabajo porque los problemas se solucionaban antes y en este caso porque Camilo Segura se encontraba cerca de donde él trabajaba, que tomaba el bus cuando se iba a alojar donde su hermana, ese día 29 abordó el bus a instancia de los trabajadores

ya que como conocía más a Alejandro Mieres le podía pedir el teléfono de Camilo Segura. Al llegar a Chacaico acordaron no hacerle nada a los choferes, cuando llegaron a Chacaico él conversó con el chofer, ya que lo conocía de 3 a 4 años donde le comunicó que se iban a tomar el bus, pero que a ellos nada le harían así que no tuvieran miedo y que no devolverían el bus hasta que Segura no les pagara, que cuando habló con Alejandro le dijo que viniera rápido a pagar la plata y que si no la traía, la micro la tendrían ellos, de los choferes nada dijo, Oróstica estuvo más o menos dos horas y media en el cerro y nunca pidió permiso para irse, que la decisión de retener el bus fue durante el trayecto. Interrogado por la defensa manifestó que nunca las herramientas las utilizaron para amenazar a nadie, que con quien tuvo una conversación un poco fuerte fue con Alejandro Mieres, nunca amenazó con daños a los choferes ni al bus.

SÉPTIMO: Que las declaraciones de testigos presentados por el Ministerio Público provienen de personas que presenciaron los hechos a que se refieren, que impresionaron a los jueces como capaces de percibirlos y apreciarlos por sus sentidos, y que el peritaje presentado por la Fiscalía consta de 28 fijaciones fotográficas de reconstitución de escena, siendo las enumeradas del 1 al 22 de conformidad al relato verbal de don Luis Antonio Oróstica Leiva y de la 23 a la 28, de conformidad a las declaraciones que había prestado ante el Ministerio Público Segundo Patricio Maldonado Inostroza, desestimándose desde ya estas últimas, por no ser coherentes, toda vez que el propio Maldonado Inostroza al ser confrontadas, sus declaraciones, manifestó que se quedaba con las declaraciones dadas en la audiencia; apareciendo las fijaciones fotográficas enumeradas del 1 al 22 como veraces y creíbles, razón por la cual este tribunal acogerá la prueba rendida por la parte acusadora en la forma que se ha expresado, prueba que se encuentra acorde con otras y con la evidencia material presentada por la Fiscalía.

Por lo que apreciando la prueba rendida con libertad según lo permite el artículo 297 del Código Procesal Penal, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, se tiene por acreditados, más allá de toda duda razonable, que el día 29 de Diciembre de 2001, siendo aproximadamente las 17:00 horas, Luis Antonio Oróstica Leiva acompañado de Segundo Patricio Maldonado Inostroza, salió conduciendo un bus desde las faenas del fundo Alaska comuna de Ercilla para trasladar a sus comunidades a un grupo de trabajadores dependientes del contratista Camilo Segura Morales, entre los pasajeros se encontraban los acusados Eric Octavio Nahuelpi Millanao y Walter Javier Reyes Huepil, una vez iniciado el recorrido y al detenerse en un paradero se le indicó al chofer Oróstica que no volviera a detenerse ya que nadie descendería del bus pues iban a una fiesta; al llegar al cruce Chacaico el bus se detuvo y

en ese momento se paró de su asiento Eric Nahuelpi, se acercó al chofer y le señaló que nada tenían en contra de ellos, pero que ahora -los trabajadores- tomaban el control de la máquina y por lo tanto obedecerían sus órdenes, que esto lo hacían por tener un conflicto con Camilo Segura por diversos incumplimientos laborales, ordenándole al chofer que avanzara hacia el interior de la escuela unos 10 a 12 kilómetros para detenerse finalmente frente a una garita, en el sector conocido como "Tres Esquinas" de Chacaico Alto, que el acusado Eric Nahuelpi solicitó el celular de Oróstica Leiva y que al no poderse comunicar con Camilo Segura, ellos dos más otras dos personas subieron a la cima de un cerro buscando cobertura, estableciéndose comunicación con Miguel Alejandro Mieres Espinosa, supervisor de faenas forestales de Camilo Segura a quien el acusado Nahuelpi le expresó - que en una hora necesitaban la plata y si no el chofer y acompañante iban a sufrir las consecuencias y que se olvidaran del bus, que hubo varias llamadas del mismo tenor en un lapso de tiempo de dos horas y media; bajo las circunstancias señaladas Luis Oróstica Leiva solicitó en varias oportunidades que le permitieran abandonar el lugar, lo que se le negó por que podría denunciarlos a carabineros del sector. Mientras tanto Segundo Patricio Maldonado Inostroza permanecía retenido y bajo la vigilancia de Walter Reyes Hueiquil en el sector donde se encontraba el bus y pese haber solicitado que lo dejaran ir en un taxi que llegó al lugar, con otro pasajero, se lo negaron porque podía dar aviso a carabineros, mientras estuvieron retenidos Oróstica Leiva y Maldonado Inostroza observaron que tanto Eric Nahuelpi como Walter Reyes un tal Millanao y otros dos sujetos no identificados actuaban como líderes del grupo de trabajadores y dirigían sus actos, una vez que Luis Oróstica bajó del cerro junto a otras personas, un tercero le pidió las llaves de contacto del bus, quedando él y su acompañante en el sector mientras los acusados y el resto de trabajadores huían del lugar ante la proximidad de carabineros; tanto Oróstica Leiva como Maldonado Inostroza quedaron sometidos a la autoridad de los dos acusados y del resto de los trabajadores una vez que éstos tomaron el control de la máquina, lo que habría ocurrido más o menos a las 18:00 horas del día 29 de diciembre de 2001, durante todo el tiempo que duró la retención del chofer y su acompañante, Camilo Segura Morales nunca se presentó en el sector de Chacaico Alto con el fin de cumplir con las condiciones exigidas por Eric Nahuelpi, Walter Reyes y los demás trabajadores.

Por el contrario, la prueba de la defensa en nada modifica lo anterior toda vez que las declaraciones de los acusados reafirman las convicciones antes señaladas, la prueba pericial como la testimonial y documental por lo demás, refieren a circunstancias personales de los acusados, y se les dará valor en el considerando correspondiente de este fallo.

OCTAVO: Que los hechos anteriormente referidos son constitutivos del delito de secuestro previsto en el artículo 141 N° 1, en grado de frustrado, perpetrado por Eric Octavio Nahuelpi Millanao y Walter Javier Reyes Hueiquil, en calidad de autores ya que intervinieron en una forma inmediata y directa en su perpetración de conformidad a lo señalado en los artículos 7 y 15 N° 1 ambos del Código Penal.

NOVENO: Que en efecto el delito y la participación de los acusados se acreditan con el atestado de Claudio Hernán Muñoz Núñez, capitán de carabineros y Jefe de la Tenencia temporal en el fundo Alaska, quien organiza la búsqueda, encontrando finalmente al bus y los dos choferes, entregando posteriormente las evidencias materiales, las declaraciones de las víctimas Luis Antonio Oróstica Leiva y Segundo Patricio Maldonado Inostroza, los dichos del supervisor de faenas forestales del contratista Segura Morales don Miguel Alejandro Mieres Espinoza y las del propio contratista Camilo Segura Morales quienes recibieron las llamadas telefónicas exigiendo el pago de los anticipos. La exposición realizada en estrados de Francisco Javier Velos Guerra, teniente de carabineros, a cargo del planimetría y fotógrafo del laboratorio de Criminalística de Temuco, según la versión verbal de la víctima Luis Oróstica Leiva, y por los propios dichos de los acusados Eric Octavio Nahuelpi y Walter Javier Huelquil .

DECIMO: La defensa en su alegato de apertura ha manifestado que sus defendidos jamás pretendieron hacer daño, que no hubo acción concertada para cometer un secuestro, que no hubo dolo, que, si bien es cierto, el dolo del tipo de secuestro no puede discutirse, ya que admite tanto el dolo directo como el eventual, en la especie, la conducta de los acusados es dolosa, pues tenían perfecta conciencia que con su voluntad y accionar estaban privando de libertad a sus víctimas, al desviar el bus a un sector alejado del recorrido habitual, desconocido para ellos, negándoles la salida del lugar con el sólo objeto de lograr el fin perseguido, el pago de los anticipos, que dicha acción afecta constitucionalmente el derecho de libertad de las víctimas que se sintieron a lo menos compelidas a sujetarse por un breve tiempo a sus instrucciones. Además, el haber privado de libertad mediante retención, situación que se encuentra expresamente prevista en el tipo penal de secuestro, excluye toda posibilidad de aplicación de la figura del delito falta de coacción ilegítima prevista en el artículo 494 N° 16 del Código Penal, que no puede ser la sanción penal para la violación de un derecho o garantía constitucional.

DECIMO PRIMERO: Por otra parte la situación personal de los acusados, que sintiéndose afectados en sus básicos derechos de orden laboral -al no recibir los anticipos acordados- concientemente optaron por una vía de fuerza y presión para obtener lo que estimaban justo.

Que ciertamente la conducta como acción de los acusados no puede desvincularse del hecho de pretender obtener lo que legítimamente estimaban como propio -sus anticipos antes de fiesta de Año Nuevo- es decir la acción aparece íntimamente relacionada con un mal entendido sentido de justicia, autotutela que en el orden objetivo como expresión del querer de los acusados debe ser interpretado por los sentidos.

DECIMO SEGUNDO: Los tipos penales deben ser interpretados a través del artículo 1° del Código Penal, en cuanto señala que el delito es acción u omisión y el artículo 7 del mismo Código, que señala las etapas de ejecución. Así queda claro en qué momento una conducta determinada comienza y termina. La ley no castiga el secuestro sino la acción de secuestrar y esto implica un proceso de desarrollo desde que comienza hasta su agotamiento, es un proceso de desarrollo en el tiempo con un comienzo y un término precisable. En dicho contexto y en la cadena de las fases progresivas del iter criminis, cuando la actividad humana se pone en movimiento y esto objetivamente no logra su cometido, así, nos encontramos con el delito frustrado.

Es un hecho inobjetable, entonces, que los acusados Nahuelpi y Reyes retuvieron sin derecho a dos personas; sin embargo, no puede soslayarse que el motivo de tal retención era el cumplimiento de la exigencia formulada al empresario forestal Camilo Segura Morales, para que procediera al pago de anticipos de sus trabajadores, es decir, la simple retención ilegítima adquirió una mayor complejidad por causa de aquella imposición.

Habiéndose trabado la litis en base a la figura penal contemplada en el artículo 141 inciso primero del Código Penal, el Tribunal no puede exceder dichos límites, pero ello no impide que pondere los hechos según su real magnitud. En síntesis, los dos acusados pusieron todo de su parte para que la finalidad perseguida con la retención ilegítima de Oróstica y Maldonado se verificara, sin embargo, esto nunca ocurrió por una causa independiente a sus voluntades; mirando estos hechos desde la perspectiva del grado de desarrollo que alcanzó el ilícito en ejecución, sólo es posible arribar al grado de frustración, dado que el objetivo perseguido por los agentes- el pago de los anticipos - nunca fue logrado.

DECIMO TERCERO: La defensa penal pública alegó la configuración de la situación especial contemplada en el artículo 142 bis del Código Penal, que permite rebajar la pena por el delito de secuestro en uno o dos grados, atendido si la víctima es devuelta sin daños por sus captores, antes o después de cumplidas sus exigencias. Se rechazará tal evento, porque en ninguna parte de la audiencia se acreditó la condición que exige la ley; los retenidos no fueron devueltos por los acusados, sino que quedaron en libertad cuando estos se dieron a la fuga ante la proximidad de carabineros.

DECIMO CUARTO: Favorece a cada uno de los acusados, la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, la irreprochable conducta anterior, suficientemente acreditada con los informes periciales y presentencial acompañados; sus respectivos extractos de filiación y antecedentes y con los dichos de los testigos Víctor Queipul Huaiquil, Juan Segundo Catrillanca Millanao y Evaristo Leonardo Cruces Hueiquil.

DECIMO QUINTO: Que la pena aplicable al delito por el cual se formuló acusación, corresponde al de presidio o reclusión menor en su grado máximo, atendido el grado de desarrollo que alcanzó el delito, dicha sanción deberá rebajarse en un grado y favoreciéndoles una atenuante a Nahuelpi Millanao y Reyes Hueiquil y no concurriendo agravantes se le aplicará en su mínimum.

Por estas consideraciones y teniendo además presente lo dispuesto en los artículos 1, 7 inciso 2°, 11 N°6, 14 N°1, 15 N°1, 18, 21, 24, 30, 50, 51, 67, 69 y 141 inciso 1° del Código Penal; artículos 1, 45, 46, 47, 59, 60, 109, 259, 281, 282, 284, 285, 286, 295, 296, 297, 306, 309, 314, 323, 325 a 346, 348 y 484 del Código Procesal Penal; y lo prescrito en la Ley 18.216 y su reglamento, **SE DECLARA:**

1.- Que se condena a los acusados ERIC OCTAVIO NAHUELPI MILLANA O, y WALTER JAVIER REYES HUEQUIL, ya individualizados, a cumplir cada uno la pena de QUINIENTOS CUARENTA y UN DIAS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MEDIO y a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, junto con el pago de las costas de la causa, como coautores del delito de secuestro en grado de frustrado, perpetrado en perjuicio de Luis Antonio Oróstica Leiva y Segundo Patricio Maldonado Inostroza, hecho cometido en la comuna de Ercilla el 29 de Diciembre de 2001.

2.- Reuniéndose los requisitos de la ley 18.216, se le concede a los sentenciados el beneficio de la remisión condicional de la pena impuesta con un lapso de observación de quinientos cuarenta y un días, en la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile, o en el Patronato de Reos más cercano a la residencia que hayan fijado, debiendo cumplir con cada una de las normas que allí le impongan. Si el citado beneficio le fuere revocado o dejado sin efecto, a cualquiera de ellos, cumplirá la pena en forma íntegra y efectiva y se le contará desde que se presente o sea habido, debiendo computárseles los siguientes abonos: a) Eric Octavio Nahuelpi Millanao, 13 días, contados desde el 4 al 16 de Enero de 2002, ambas fechas inclusive; b) Walter Javier Reyes Hueiquil, 13 días contados desde el 12 al 24 de Enero de 2002 ambas fechas inclusive.

3.- Devuélvase a las partes intervinientes la totalidad de la prueba documental y evidencia material que aportaron durante la audiencia.

4.- Ejecutoriada que sea la presente sentencia, cúmplase con el artículo 468 del Código Procesal Penal, oficiándose a la Contraloría General de la República, Servicio de Registro Civil e Identificación y al Centro de Detención Preventiva de Gendarmería de Chile de Angol, a quienes se le adjuntará copia certificada de este fallo con el atestado de ejecutoria.

5.- Regístrese y comuníquese en su oportunidad al Juzgado de Garantía de Collipulli, para los efectos de su cumplimiento. Hecho archívese en su oportunidad.

Redacción de la magistrado doña Georgina Solis Morgado.

R.U.C. 0100090527-1

R.I.T. 16-2002.

Código 00202 = Secuestro

Pronunciada por los magistrados don Luis Sarmiento Luarte, Presidente de la Sala, doña Georgina Solis Morgado y don Waldemar Koch Salazar, todos jueces titulares del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol.

- **Condena al acusado a la pena de siete años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de parricidio frustrado.**

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

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de parricidio en grado de frustrado. Fundó su acusación en que el acusado acuchilló a su cónyuge, lesionándola especialmente en la zona del abdomen, lesiones graves que no le causaron la muerte gracias a que la víctima pudo huir y ser socorrida oportunamente. Alegó en su favor la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal. La Defensa discrepó de la calificación jurídica de los hechos de la Fiscalía afirmando que no se trató de un parricidio frustrado, sino de lesiones graves. Sostuvo, además, que al acusado le favorecían las atenuantes contempladas en los N° 5 y 8 del artículo 11 del Código Penal. El Tribunal condenó por el delito de parricidio frustrado, por cuanto consideró acreditado más allá de toda duda razonable que el acusado actuó con un ánimo frío y resuelto, premunido de un medio idóneo, como es un cortaplumas, con la intención de matar a su cónyuge, dado el lugar, trayectoria y lesividad de las heridas inferidas (y que el perito calificó de homicidas). Fundamentales resultaron como probanzas las declaraciones de testigos presenciales, testimonios que no pudieron ser desvirtuados por la Defensa. Respecto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, acogió la atenuante solicitada por la Fiscalía de irreprochable conducta anterior, la que consideró como muy calificada recalcando que se demostró el cumplimiento riguroso y oportuno de proveedor familiar pese a las condiciones económicas y de salud adversas que afectan al acusado, así como que en el entorno social es percibido como una persona responsable, trabajadora y no violenta. En cambio, rechazó las atenuantes alegadas por la Defensa. La del artículo 11 N° 8, por cuanto no se acreditó objetivamente cómo hubiera podido eludir la acción de la justicia cuando se trató de un hecho objetivamente evidente con abundante prueba para acreditar tanto el ilícito como la participación. Finalmente la del artículo 11 N° 5 fue desestimada por el Tribunal, por cuanto no se cumplieron los requisitos de naturalidad y de haber sido un estímulo poderoso que provocara una conducta impulsiva no querida ni prevista por el autor.

Texto completo:

Villarrica, seis de diciembre del año dos mil dos.

VISTOS, OÍDO Y TENIENDO PRESENTE:

Que, con fecha dos de diciembre del año dos mil dos, ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de Villarrica, constituido por la Juez Presidente de la Sala, señora, Jacqueline Karen Atala Riffo, las juezes señoras, Isabel Fernanda Mallada Costa y Viviana Loreto Ibarra Mendoza, se llevó a efecto la Audiencia de Juicio Oral relativo a los Autos Rol Interno Número 017/2002, seguidos contra **HECTOR MARIO BRAVO NAVARRO**, natural de Los Lagos, chileno, casado, 37 años de edad, nacido el 05 de octubre de 1965, apodado "El Tito", Cédula Nacional de Identidad N° 10.479.300-2, pensionado, con residencia en San Martín N° 20, Población El Bosque, comuna de Loncoche.

Fue parte acusadora en el presente juicio el Ministerio Público, con domicilio en calle Pedro Montt N° 675 de Loncoche, representado por la Fiscal Adjunto, doña María Soledad Santana Cardemil, acompañada por el Fiscal Jefe don Patricio Cooper Monti.

La Defensa del acusado **BRAVO NAVARRO** estuvo a cargo del abogado Defensor Público, don

Patricio Salinas Gaete, acompañado por su asistente don Martín Bernales, ambos con domicilio en Aníbal Pinto N° 50 de la ciudad de Loncoche.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, los hechos y circunstancias que han sido objeto de la acusación del Ministerio Público, según en síntesis se expresa en ella, se refieren a que en la tarde del día 26 de enero de 2002, a las 14:30 horas aproximadamente, en la plaza Blas Reyes de Loncoche, el imputado extrajo de entre sus ropas un cortaplumas, agarrando del pelo a su cónyuge diciéndole: "Si no eres mía no serás de nadie", luego procedió a acuchillarla con arma blanca en el cuerpo, especialmente en la región del abdomen, causándole diversas lesiones, que fueron calificadas de graves por el Servicio de Urgencia del Hospital de esa ciudad. A su juicio, el hecho antes descrito tipifica el delito de parricidio en grado de frustrado previsto y sancionado en el Art. 390 del Código Penal, ya que el acusado, conociendo la relación que lo liga a la víctima, vínculo matrimonial no disuelto, intentó matarla utilizando un medio idóneo para ello, no logrando su objetivo por

causas ajenas a su voluntad; ya que puso todo de su parte para causarle la muerte y ésta no se verificó por causas independientes a su voluntad, ya que la misma alcanzó a huir y ha ser socorrida oportunamente por terceros.

Concluye señalando que obra en favor del encartado la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal puesto que no registra anotaciones prontuariales pretéritas, debiéndosele aplicar en atención a todo ello, más el grado de desarrollo del delito, la pena en calidad de autor de doce años de presidio mayor en su grado medio.

SEGUNDO: Que, la **Defensa de Héctor Mario Bravo Navarro** controvierte el tipo penal por el cual se le acusa, mas no su participación en los hechos, aduciendo que su representado sólo es responsable de inferir lesiones graves a su cónyuge, por lo que únicamente le son aplicables las normas del artículo 397 del Código Penal, agravadas conforme a lo dispuesto en el artículo 13 del mismo, debido a las circunstancias de parentesco. Manifiesta que el Derecho Penal es la última ratio y por lo mismo, las penas deben ser justas y proporcionadas al daño o peligro ocasionado al orden social. Invoca para terminar, además de la atenuante reconocida por el Ministerio Público, la comprendida en el artículo 11 N° 8 del citado Estatuto Penal, puesto que su defendido, pudiendo eludir su responsabilidad, confiesa, entregándose a Carabineros, prestando colaboración para el esclarecimiento del caso, asimismo, se configuraría también, la circunstancia modificatoria del artículo 11 N° 5, esto es, arrebató u obcecación, en razón de la personalidad que éste presenta y, en caso de admitirlas, se le otorgue alguno de los beneficios de la Ley 18.216.

TERCERO: Que, son hechos de la causa, por haber sido objeto de convenciones probatorias: Que el acusado Héctor Mario Bravo Navarro, no registra anotaciones prontuariales pretéritas en su extracto de filiación y antecedentes, que tiene la calidad de cónyuge de la víctima Eliana del Carmen Otárola Quijada, con la cual posee tres hijos en común: Héctor Honorindo, Roxana Elizabeth y Polidor Abraham de 8, 11 y 3 años de edad respectivamente. Que la sangre encontrada en el cortaplumas marca Tramontina presentado como prueba material N° 1 por la Fiscalía pertenece al acusado Héctor Mario Bravo Navarro y no a la ofendida. Que las manchas presentes en el cortaplumas dieron la misma reacción que la sangre humana.

CUARTO: Que, lo que resulta controvertido es: Si la acción típica que dio origen al caso en estudio corresponde al delito de Parricidio, en grado de frustrado, previsto y sancionado en el artículo 390 del Código Penal, o bien ello se encuadra en la figura de lesiones graves inferidas al cónyuge, contenidas en el artículo 397 del citado Estatuto legal.

QUINTO: Que, para los efectos de dilucidar el tipo penal a aplicar, fueron agregados, durante la Audiencia de Juicio Oral, los siguientes elementos de convicción:

Los dichos de la víctima Eliana del Carmen Otárola Quijada, cónyuge del acusado, la que expone que el día 26 de enero de 2002, en virtud de una orden emanada del Juzgado de Letras de Loncoche, se dirigió con sus hijos, su madre y dos hermanos a esa ciudad, para cumplir con el régimen de visitas decretado por el aludido Tribunal. Al llegar su marido los invitó a almorzar, retirándose en ese instante su hermano mayor. El almuerzo transcurrió de manera normal, aunque a Héctor lo notaba extraño, como raro, posteriormente decidieron concurrir a una plaza, que tiene juegos para los niños y, porque personalmente se sentía más segura, puesto que ésta se encuentra al frente de una Comisaría de Carabineros. Estando en ese lugar, mientras los niños jugaban, se sentaron a conversar, pidiéndole en ese acto, su cónyuge, que volviera con él, a lo que ella se negó, solicitándole que le diera más tiempo, parándose en ese momento y alcanzando a caminar unos pasos más adelante que el imputado, circunstancia que éste aprovechó para tomarla del pelo, haciéndola tropezar y caer al suelo, escuchándole decir: "bueno, si no querís ser mía, no vas a ser de nadie". Explica que lo vio encima con algo en las manos que le clavó en el abdomen, luego su hermano menor la ayudó sacándose y, al separarlos, pudo pararse y arrancar, iba con heridas. Su madre la auxilió acompañándola hasta Carabineros, donde, antes de llegar, se desmayó. Sostiene que en su casa sufría de maltrato psicológico por parte de su esposo, lo que la hacía caer en depresiones y por tal situación fue a dar al hospital a mediados de diciembre, ocasión en que el acusado le prometió que si se apartaban, él iba a matarse junto con sus hijos. Concluye que durante los once años que duró el matrimonio, sufrió mucho, impidiéndole mantener amistades y trabajar. Esto se concatena a lo declarado por su madre, **María Irenía Quijada Quijada**, quien confirma los aspectos iniciales del encuentro de su hija y nietos con su yerno, a quien reconoce dentro de la audiencia, agregando que antes de partir la notaba nerviosa por lo que le dijo: "tate tranquila, si nada te va a hacer", ya que deseaba que ambos pudiesen llegar a un acuerdo. Estando en la plaza, aproximadamente a las 15:00 horas, se alejó con su nieta, para llevarla a orinar, sintiendo luego un grito: "Ay mamá", viendo a Héctor golpear a su hija en el abdomen, jamás pensó que la estaba apuñalando, hasta que advirtió que éste tenía las manos con sangre; su hijo menor se le arrojó por atrás, a fin de auxiliar a Eliana, permitiéndole liberarse y salir corriendo. Le dolió el corazón cuando su yerno le gritó: "vaya a enterrarla porque yo estaba aburrido con ella", lo cual no se explica, pues él siempre la quería tanto. Refiriéndose a la relación matrimonial, describe, que

nunca les faltó nada, que aunque su yerno no golpeaba a su hija, sí tenían problemas, los que mantenían en reserva, a veces era duro con sus hijos, lo cual como abuela, le molestaba. Termina señalando que sólo cuando Eliana estuvo en el hospital por tomar unos medicamentos y ante el temor de morir, le manifestó la situación por la que atravesaba, pidiéndole que si moría, se hiciera cargo de sus niños. Lo descrito concuerda además, con lo expresado por el menor de diez años, **Roberto Exequiel Otárola Quijada**, quien indica que ese día concurrió con su mamá, su hermana Eliana, "Tito" (acusado) y sus sobrinos a comer y luego a una plaza donde existían juegos para niños. Relata que a su sobrina Roxana, de once años, "le dieron ganas de hacer pipi", por lo que se fue en compañía de su abuelita y madre del testigo. Mientras él se columpiaba, escuchó que Eliana y "Tito" conversaban, respondiéndole ésta un "no", luego "el Tito le tiró las mechas a la Eliana", torciéndosele un zapato, cayéndose, sacando el "Tito" una cuchilla, no la vio bien, comenzando a apuñalarla. Añade que corrió a ayudarla con el "Willy", su sobrino de ocho años, como el "Tito" estaba agachado, procedió a tomarlo de los hombros, tirándolo para atrás, mientras "Willy" le pegaba e éste con las manos, permitiéndole a la víctima, arrancar y gritar "ayúdeme mamita". Entre tanto, su madre corría hacia ellos diciéndole a "Tito": "Qué hiciste cristiano", a lo que éste le respondió: "tome señora Nena, ahí está su hija, vaiga a enterrarla ahora", propinándose a su vez puñaladas en el abdomen, desabrochándose la camisa. Finaliza, indicando que, mientras estaban en la casa, antes de almorzar, el "Tito" le habría pasado otra cuchilla a su hermano mayor, Juan Daniel, a fin de tranquilizarlo diciéndole: "Toma guacho, ahí está la cortaplumas para que creas que no le voy a hacer nada a tu hermana". Aclara que esa arma blanca no corresponde a la que usó para agredir a la ofendida, puesto que ésta, a su juicio, la habría comprado cuando salió en un momento, mientras ellos almorzaban. Igualmente, **Mario Eduardo Lavaderos Curaqueo** y **Luis Fernando Ortega Gacitúa** fueron contestes al exponer que después de trabajar durante la mañana, se encontraban ingiriendo una colación, en una plaza amplia y tranquila, situada en la ciudad de Loncoche, frente a una Comisaría de Carabineros. Se divisaba en ella, una pareja junto a tres o cuatro niños en el sector de juegos de la misma, cuando escucharon unos gritos desgarradores y al mirar, ya que la visión era despejada, observaron a un hombre que le propinaba a una joven dos o tres puñaladas a la altura de la boca del estómago y que los niños, le pegaban a éste, lo que le permitió a la mujer levantarse, presentando sangre en el abdomen, por lo que ellos fueron a avisar inmediatamente a Carabineros, mientras informaban, llegó la joven y antes de cruzar la calle se desmayó, por lo que fueron a brindarle ayuda. Ambos, coinciden en que la mujer se veía mal, detallando **Mario Lavaderos**, que por ser

estudiante de Educación Física, posee conocimientos de primeros auxilios, razón por la cual, solicitó a uno de los niños un chaleco a fin de aplicar un torniquete para contener la hemorragia, percatándose que la joven víctima se encontraba muy pálida, tenía sueño y pedía agua, él le conversaba, puesto que sabe que las heridas cortopunzantes producen como síntoma, sueño, lo cual significa que se ha perdido mucha sangre y por lo tanto se está en peligro de muerte. Asimismo, el Cabo Primero de Carabineros de dotación de la Sexta Comisaría de Loncoche, **Miguel Robinson Barría Mansilla** relata que el día 26 de enero de 2002, alrededor de las 14:45 horas, cuando ingresaba a su servicio, fue alcanzado por dos jóvenes que llegaron corriendo, para informarle que había una persona herida con arma blanca, a la que visualizó en forma inmediata, aproximadamente a 20 metros, en el borde de la plaza, llamando a la ambulancia y dirigiéndose hacia ella. Ésta le apuntó hacia el centro de la plaza, donde había unos niños y familiares, indicándole que había sido apuñalada por su esposo, se veía muy mal, como que se iba a desmayar y con abundante sangre en su vestimenta, no alcanzado a verificar fehacientemente el lugar de las heridas. Posteriormente se entrevistó con el encausado, pudiendo advertir que se había auto inferido dos puñaladas y que portaba un cortaplumas en la mano, (que se le exhibe y reconoce en la audiencia), instándolo a que se lo entregara, a lo que él mismo accedió. Añade que éste le señaló, "me tenía aburrido, además me engañaba".

Debe agregarse también, lo expuesto por el hermano de la ofendida, **Juan Daniel Quijada Quijada**, quien manifiesta que residió en la casa del matrimonio, conformado por la víctima y su cuñado Héctor, con una antelación de dos meses a la ocurrencia de los hechos, materia de esta causa; período en el cual pudo percatarse del comportamiento prepotente y grosero que éste demostraba, para con Eliana y sus hijos, ya que a la primera la humillaba y trataba como a "una niña chica", lo que motivó la separación entre ambos. Manifiesta que intentando una reconciliación, horas antes de acaecer la agresión a ésta, le habría hecho entrega de un cortaplumas, diciéndole que nunca le iba a hacer nada a su hermana, arma blanca que él guardó y por lo tanto, jamás imaginó lo que iba a hacer. A lo que se une lo narrado por **Doralicia del Carmen Fuentealba Peña**, la que cuenta conocer al acusado y a su esposa, debido a que éste le trabajó a su marido, durante ocho años más o menos en su parcela, "El Porvenir". Recuerda una conversación que sostuvo con Héctor Bravo, dos días antes del suceso, notándolo nervioso, desesperado, porque su señora no volvía, expresándole que no aguantaba más, que tenía que juntarse con ella un día sábado, para traerle a los niños y, "sí no volvía, voy a matar a esta concha de su madre", por lo que la testigo se molestó diciéndole que pensara en sus hijos.

Las declaraciones vertidas precedentemente se ven refrendadas además, tanto por las convenciones probatorias acordadas por las partes bajo los numerales segundo a quinto inclusive del Auto de Apertura, como por las fotografías del sitio del suceso y oficio N° 272 de 06 de febrero de 2002, emitido por el Juzgado de Letras de Loncoche, relativo a una denuncia de violencia Intrafamiliar impetrada por la víctima, introducidas legalmente en la Audiencia de Juicio Oral.

Con todo, se suman las declaraciones prestadas por los peritos **Christián Eduardo Arteaga San Martín** y **René Wilfredo Gutiérrez Luengo**, ambos médicos cirujanos, al exponer el primero ante estrados, que el día 26 de enero del presente año, mientras estaba a cargo de Urgencias del Hospital de Loncoche, recibió a una paciente agredida por su cónyuge, en la vía pública, alrededor de las 14:30 a 14:45 horas de la tarde. Ésta se presentaba muy comprometida, pálida, con shock hipovolémico, lo cual significa aquella condición clínica que implica una disminución del volumen sanguíneo, en que la cantidad de sangre bombeada por el corazón no es capaz de nutrir los tejidos nobles del cuerpo, lo que se traduce en hipotensión que deriva en taquicardia, y se está en shock, cuando se ha perdido el 15% del volumen sanguíneo total. Mostraba también múltiples heridas, siendo la más complicada una penetrante abdominal, procediendo a realizarle maniobras de reanimación, asegurándole la vía aérea y otorgándole soporte circulatorio, aportándole oxígeno y volumen, del orden de 1,5 litros de suero Fisiológico, y 1 litro de Hemacel, esto es, gelatina para expandir el volumen, de manera que el contenido de la sangre quede entre los vasos. Explica que la paciente habría perdido aproximadamente el 50% de su volumen sanguíneo, por lo que se encontraba inestable y con riesgo vital, favoreciéndola la circunstancia de haberse producido la agresión dentro de la ciudad, pues de haberse encontrado a 5 kilómetros de ella, lo más probable es que se hubiese recibido a un paciente fallecido. Concluye que la herida es compatible con arma blanca y que también presentaba lesiones hepáticas, especialmente en la zona del hilio esplénico, que por su característica constituye una lesión exanguinizante, por encontrarse irrigada por arterias y venas que allí confluyen, y por último, se observaban también heridas en sus extremidades, diagnosticándole lesiones de carácter grave. Añade por último, que más tarde llegó su cónyuge, Héctor Bravo, quien presentaba dos heridas abdominales, sin compromiso. Lo anterior se ve corroborado por los dichos de su colega doctor perito legista, **René Gutiérrez**, quien ilustra su testimonio con fotografías incorporadas válidamente en la audiencia y en cuanto indica, que la ofendida concurrió al Servicio Médico Legal, donde refirió haber sido agredida por su marido con arma blanca, siendo derivada del Hospital de Loncoche, donde se le aplicó reanimación, al Hospital de Temuco, donde fue operada inmediatamente. Agrega

que al estudiar su ficha clínica advirtió que en este último centro asistencial, la estabilizaron aplicándole seis litros de volúmenes y 2.360 centímetros cúbicos de glóbulos rojos, esto es, se le reemplazó el volumen completo de su lecho intravascular, la total capacidad de su sangre, significándole cuatro días de hospitalización en Temuco, siendo reenviada a Loncoche, donde permaneció un par de días más. De regreso en su hogar presentó una amigdalitis pultácea y como no respondió a la terapia antibiótica, fue trasladada al Hospital de Valdivia, para ser tratada en forma médica, y se demostró su complicación hepática, en base a un hematoma intrahepático. Culmina señalando que en total tenía siete heridas en el cuerpo, algunas de ellas, estima que se verificaron en razón a que cuando una persona es agredida, tiende a poner en defensa el borde cubital de sus brazos, en el caso de la ofendida, presentaba éstas, tanto en el antebrazo derecho como izquierdo. Subraya que la potencialmente mortal es aquella que transfixió el lóbulo hepático en su segmento cuatro y se dirigió hacia abajo y a la izquierda, lesionando los vasos de ingreso al bazo denominados hilio esplénico que son los elementos vasculares de entrada y salida, es decir, arteria o vena. Por el comportamiento severo hemorrágico, lo más probable es que haya sido la arteria esplénica, razón por la cual, tales lesiones eran graves, del tipo exanguinizantes, de carácter o con intención homicida, que sin atención o socorros oportunos y adecuados, habrían ocasionado la muerte de la paciente, favoreciéndole para su sobrevivencia, la juventud de la misma. Lo descrito implicó para ella la pérdida del bazo, lo que de alguna manera influye sobre la inmunología, es decir, las defensas que la paciente tiene frente a la invasión de microorganismos y por lo mismo, de acuerdo a su experticia, habría presentado la amigdalitis pultácea aludida anteriormente.

A mayor abundamiento, todos estos testimonios, brindados por los citados especialistas, se ven complementados con la introducción legal de los informes médicos de lesiones de la víctima, emanados de los hospitales de Loncoche, Regional Temuco, Base de Valdivia y Servicio Médico Legal, adjuntados legalmente a estrados, al igual que el certificado de lesiones del imputado.

SEXTO: Que, la participación de **Héctor Mario Bravo Navarro**, no fue un elemento de discusión entre los intervinientes, puesto que, aunque si bien no reconoce, cuando otorga libre y espontáneamente su testimonio en la Audiencia de Juicio Oral, el ánimo de dar muerte a su mujer, al negar categóricamente haberle dicho: "si no eres mía, no eres de nadie", ni haber querido hacerle daño a sus hijos, y que jamás la ha golpeado, ya que su esposa es lo que más quiere en la vida; acepta que se cegó y la acuchilló propinándole tres o cuatro puñaladas, no recuerda bien, a la altura del abdomen, porque antes ella lo habría insultado mucho,

señalándole que lo engañaba de toda la vida. Refiere que respecto de su esposa sentía celos, ya que ella, ocho años antes, se habría ido del hogar con otro hombre para Santiago, perdonándola y dándole otra oportunidad. Tanto es así, que recuerda que a mediados de diciembre, Eliana Otárola Quijada, se quiso suicidar tomando un veneno y que salvó su vida, ordenándole a su hija llamar a la ambulancia, la que llegó inmediatamente y luego, ante la consulta de los doctores respecto de la sustancia ingerida por ésta, les llevó presuroso tal veneno, impidiendo con esto su muerte. Sin embargo, admite que el cortaplumas lo llevaba consigo. Por último manifiesta que su suegra nunca lo ha dejado vivir tranquilo, que siempre ha estado enamorada de él y para poder vivir en paz con su cónyuge, consintió mantener una relación amorosa, de la cual incluso nació un niño. Estos dichos guardan relación con aquellos prestados voluntariamente ante el Juzgado de Garantía, cuya copia autorizada se agregó legalmente al Juicio Oral.

Sin perjuicio de lo anterior, y atendiendo a que no basta su sola confesión para dar por acreditada su intervención en estos hechos, dicha participación emana claramente y se encontraría suficientemente acreditada con los testimonios brindados por la propia víctima, **Eliana Otárola Quijada**, y testigos **María Irenia Quijada Quijada**, **Roberto Exequiel Otárola Quijada**, **Mario Eduardo Lavaderos Curaqueo**, **Luis Fernando Ortega Gacitúa** y **Miguel Robinson Barría Mansilla**, en el sentido que fueron contestes en señalar que el cónyuge de la ofendida, en una plaza de la ciudad de Loncoche, situada frente a una Comisaría de Carabineros y ante la negativa de ésta de reanudar su vida matrimonial, procedió a apuñalarla con un cortaplumas que él mismo portaba, especialmente en la región del abdomen y, ante sus gritos, corrieron a auxiliarla su hijo y hermano menor, quienes lograron separarla de su agresor, permitiéndole arrancar, mientras su madre observaba lo sucedido y corría en su ayuda, situación que también fue apreciada por Lavaderos y Ortega, quienes fueron a dar aviso de lo acaecido al Cabo Barría que ingresaba al turno correspondiente, en los instantes que la ofendida se acercaba y caía desmayada, por lo que poseyendo el primero de ellos conocimientos de primeros auxilios, acudió con el objeto de brindarle atención, aplicándole un torniquete para contener la hemorragia que fluía de la zona lesionada, mientras el acusado se auto infería a su vez heridas igualmente en el abdomen, sumado a las fotografías que ilustran al Tribunal sobre el sitio del suceso y que fueron exhibidas en la audiencia.

SÉPTIMO: Que la pericia efectuada por la doctora psiquiátrica legista, **Sonia Ivonne Méndez Caro**, en la persona de Héctor Mario Bravo Navarro, basada en un examen mental de base fenomenológica, arroja que el acusado presenta un descompromiso emocional frente a

la víctima y que el móvil de su actuar habría sido la humillación que sufrió frente a la negativa de su pareja de regresar al hogar común. A su juicio estima que el centro de preocupación de Bravo Navarro radica, después de ocurrido el suceso, más bien en la circunstancia de encontrarse detenido, toda vez que el mismo presentaría una personalidad egocéntrica. Concluye que se trata de una persona lúcida, sin alteración del juicio de realidad, con un coeficiente intelectual normal lento, con poco sentido de auto crítica e imputable ante la ley según la medicina forense.

OCTAVO: Que, todos los antecedentes reseñados y analizados latamente en los considerandos precedentes, permiten a este Tribunal dar por asentados los siguientes hechos:

1 . Que, el día 26 de enero de 2002, a las 14:30 horas aproximadamente, en la plaza Blas Reyes de Loncoche, Eliana del Carmen Otárola Quijada, fue agredida con arma blanca por su cónyuge, causándole lesiones en la zona abdominal, dañando superficialmente su hígado y especialmente la zona del hilio esplénico, que por su característica constituye una lesión exanguinizante, por encontrarse irrigada por arterias y venas que allí confluyen.

2. Que, la agresión sufrida por Eliana Otárola Quijada, constituye una lesión grave, de carácter homicida y potencialmente mortal.

3. Que, producto de esta agresión, la ofendida sufrió un shock hipovolémico, del cual fue resucitada y reanimada por el Servicio de Urgencia del hospital local en forma eficiente y oportuna, impidiéndose de esa manera la muerte.

NOVENO: Que, de los testimonios ofrecidos y especificados latamente en los motivos quinto y sexto que anteceden, se aprecia que fueron prestados de manera coherente y circunstanciada por los propios actores que se vieron relacionados, de una u otra forma, en el hecho que nos ocupa, revistiendo éstos, el carácter de testigos presenciales del mismo, impresionando al Tribunal, la claridad y precisión con que cada uno de ellos vierte los detalles del infortunado suceso; y no le restan credibilidad las descalificaciones y ataques personales que el encausado pronuncia en estrados respecto de su cónyuge, suegra y testigo Doralicia Fuentealba, imputaciones que por lo demás, no fueron acreditadas de modo alguno, por lo que, con lo expuesto y relacionado, siguiendo el modo de como naturalmente ocurren las cosas, permiten a estas sentenciadoras, arribar a la conclusión unívoca y más allá de toda duda razonable que, a Héctor Mario Bravo Navarro, le ha cabido una participación culpable, en calidad de autor, cumpliéndose los presupuestos que dan por establecido el delito de parricidio frustrado, previsto y sancionado en el artículo 390 en relación al artículo 51 del Código Pena], toda vez que él mismo, siendo una persona imputable ante la ley y, conociendo la relación que lo liga

a la afectada –vínculo matrimonial no disuelto- actuó con ánimo frío y directo, premunido de un medio idóneo (cortaplumas) con la intención de matarla, dado el lugar, trayectoria y lesividad de sus heridas, las que conforme a lo expuesto por el perito Gutiérrez, eran de tipo homicida unido a la actitud de engaño que Bravo Navarro demostró para con su cuñado Juan Daniel Quijada, al entregarle momentos antes de su ataque, un cortaplumas distinto del utilizado en la agresión, más las expresiones vertidas por él mismo ante los testigos María Quijada, Roberto Otárola y Miguel Barría, que hacen evidente su dolo parricida, mas no el de sólo lesionar, puesto que no logró su objetivo por causas totalmente ajenas a su voluntad, ya que la víctima alcanzó a huir y a ser socorrida oportunamente por terceros, quedándole como secuela de tal acción punitiva la extirpación del bazo, ocasionándole a ésta, de por vida, problemas que afectan su sistema inmunológico.

DÉCIMO: Que, en relación a la teoría esgrimida por la Defensa, que admite la participación de su representado en la ocurrencia de los hechos que nos ocupan, pero discrepa en cuanto a la calificación jurídica del mismo, en el sentido de que éstos se encuadran dentro del tipo penal de lesiones graves a su cónyuge, por lo cual únicamente le sería aplicable la normativa contemplada en el artículo 397 del Código Penal, con la agravante preceptuada en el artículo 13 de dicho Estatuto, este Tribunal procederá a rechazarla, según lo ampliamente razonado y analizado en los considerandos que anteceden.

UNDÉCIMO: Que, tanto el Ministerio Público como la Defensa, reconocen a favor del acusado la atenuante del artículo 11 N° 6 de la precitado ley punitiva, esto es, la irreprochable conducta anterior, la cual será acogida, dado que por una parte, ha sido establecida en calidad de convención probatoria, complementándose con los certificados de honorabilidad introducidos válidamente en la audiencia por la Defensa, otorgados por don Miguel Valencia Rivas, Pastor de la Iglesia Evangélica Wesleyana de Loncoche, quien lo aprecia como una persona amable y respetuosa; de doña Helga Bustos Bravo, dueña del local comercial Tiendas Helga's de la citada comuna, la que lo califica como padre preocupado de sus hijos, amable, respetuoso y responsable en sus obligaciones y de su empleador, don Guillermo Muñoz V., quien lo conceptúa como un trabajador serio y empeñoso, pese a sus limitaciones físicas. A mayor abundamiento, se suman las declaraciones que ofrecieron ante estrados **Manuel Segundo Sandoval Seguel** y **Elizabeth del Carmen Bravo Navarro**, quienes manifiestan ser cuñado y hermana del encartado, con quien compartieron su casa, ofreciéndole una pieza dentro de dicho domicilio, para que viviese junto a su cónyuge e hijos, durante un período de nueve meses y mientras convivieron, nada le faltó a su familia, manteniendo un comportamiento

normal para con su esposa, buen padre y responsable con sus hijos, circunstancias éstas que son corroboradas por los dichos de su propia suegra y cuñado, **María Irenia Quijada Quijada** y **Roberto Exequiel Otárola Quijada**, quienes, no obstante los lamentables sucesos que dieron origen a esta causa, lo definen como responsable y, bueno, aunque un poco estricto; más lo señalado por **Doralicia del Carmen Fuentealba Peña**, la que también lo considera como una buena persona, que jamás dio problemas y que se sentía nervioso y solo, por el alejamiento de su esposa.

A esto se agregan los dichos del asistente social, señor **Guillermo Liborio Loyola Jeldres**, al expresar que el acusado proviene de una familia asentada en el sector rural en donde transcurrió toda su infancia, contando con un nivel de escolaridad de quinto año de enseñanza básica, con escasa socialización, debido a su instrucción primaria limitada, lo que redundó en una falta de integración social, con una fuerte figura paternal, frente a la crianza, lo que él retoma en sus relaciones familiares. Continúa relatando, que abandona sus estudios para insertarse en el mundo laboral desde muy temprana edad, sufriendo en 1994 la amputación de una pierna, derivada de un accidente de trabajo, lo cual no le impide seguir desarrollando su actividad productiva como obrero agrícola, desempeñándose en dicho rubro como cuidador y mediero. Refiere finalmente, al igual que la psiquiatra **Méndez**, que a raíz de dicho accidente, recibe una pensión de invalidez ascendente a noventa y ocho mil pesos, de los cuales cuarenta y cinco mil son derivados para la pensión alimenticia de sus hijos, la que cumple mediante depósitos periódicos, puntual y fielmente.

DUODÉCIMO: Que, en todos estos testimonios se refleja y destaca que el acusado es percibido, tanto en su ámbito laboral y familiar, como una persona extremadamente responsable y trabajadora, sin exhibir un historial de violencia en su entorno laboral o comunitario, sino sólo antecedentes de desavenencias con su esposa, profundizados debido a su escasa instrucción y contexto sociocultural en que el machismo exacerbado es una característica habitual; recalándose en todo caso, su carácter de proveedor incondicional de su cónyuge e hijos, el que desempeña de manera rigurosa y oportuna, no obstante el menoscabo y pérdida de su capacidad y fuerza de trabajo, derivadas tanto de la amputación de su pierna, como de las circunstancias por las cuales en este momento atraviesa, por lo que tales virtudes se presentan, en cuanto a su persona, con mayor intensidad, para que únicamente se la considere como atenuante de irreprochable conducta, por lo que siendo una prerrogativa que queda al entero arbitrio del Tribunal, éste procederá a considerarla como muy calificada, para los efectos de establecer la sanción de este ilícito.

DECIMOTERCERO: A su vez la Defensa invocó las siguientes minorantes:

A) La preceptuada en el artículo 11 N° 8 del Código Penal, esto es, que su representado, pudiendo eludir la responsabilidad de su acción, al contrario, confiesa y se entrega a Carabineros, prestando colaboración para esclarecer los hechos, la que se rechazará, toda vez que no resulta suficientemente acreditada en esta causa, y estas sentenciadoras no vislumbran de qué manera el encausado hubiese podido evadir la acción persecutoria del Estado y, menos aún, su colaboración al esclarecimiento de éstos, cuando objetivamente se trataba de un hecho evidente, puesto que existía diversa y abundante prueba de cargo para acreditar, tanto la existencia del tipo penal, como la participación de Bravo Navarro en este delito.

B) La establecida en el N° 5 de la precitada disposición legal, a saber: "la de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos u obcecación", fundado en sus circunstancias personales y en lo declarado por la perito psiquiatra Sonia Méndez Caro, al reseñar que el acusado presenta una personalidad egocéntrica y narcisista, capaz de formar un alto nivel de frustración a sus crisis de expectativas, lo que se vería ratificado con las declaraciones de los testigos María y Juan Daniel Quijada Quijada, quienes instaban a una reconciliación de la pareja. Que tales argumentos, no se condicen ni son suficientes para configurar la atenuante en estudio, que exige los requisitos de naturalidad y de ser dicho estímulo poderoso, lo que no se cumple en la especie, si se tiene presente la forma en que se desarrollaron los hechos, lo que no se condice con una conducta impulsiva del momento, no querida ni prevista por su autor, si no más bien, al contrario, de acuerdo a lo latamente analizado en los considerandos quinto, sexto y noveno, por lo que se le niega la misma.

Por último, en relación a la solicitud que hace el Defensor acerca de alguno de los beneficios contenidos en la Ley 18.216, se rechazará teniendo para ello presente, el mérito del informe presentencial de fecha 12 de abril de 2002 de Gendarmería de Chile y por no reunir los presupuestos legales para ello.

DECIMOCUARTO: Que, constando la pena asignada al delito de dos o más grados de una divisible y, teniendo éste el carácter de frustrado, deberá imponerse la pena inmediatamente inferior en un grado a la señalada por la ley, quedando ésta en presidio mayor en su grado medio y favoreciéndole al acusado **HÉCTOR MARIO BRAVO NAVARRO** una circunstancia atenuante, la que se tendrá como muy calificada, sin perjudicarle agravante, el Tribunal procederá a rebajar la pena en un grado más, quedando ésta en presidio mayor en su grado mínimo, para después regularla prudencialmente, quedando en definitiva dentro de su tramo inferior.

Por las consideraciones anteriores y lo dispuesto en los Artículos 1, 3, 11 N° 6, 14 y 15 N° 1, 18, 21, 24, 26, 28, 50 inc. 1°, 62, 68, 68 bis, 69, 76, 390 con relación al artículo 51 del Código Penal, Artículos 1, 4, 45, 275, 295, 297, 309, 310, 314, 323, 340 al 344 inclusive y 348 del Código Procesal Penal.

SE RESUELVE:

I. Que, se condena a **HÉCTOR MARIO BRAVO NAVARRO** ya individualizado, a sufrir la pena de **SIETE AÑOS DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MÍNIMO**, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autor del delito de Parricidio Frustrado en contra de Eliana del Carmen Otárola Quijada, hecho ocurrido el día 26 de enero de 2002 en horas de la tarde en la plaza Blas Reyes de la comuna de Loncoche; y al pago de las costas de esta causa.

II. Que, no se le concede al condenado ninguno de los beneficios de la Ley 18.216, de acuerdo a lo razonado en el motivo decimotercero de este fallo.

III. Que, por lo anterior, la pena impuesta deberá cumplirla corporalmente y se le contará desde el día 05 de febrero del año en curso, fecha desde la cual se encuentra ininterrumpidamente privado de libertad, según consta en el Auto de Apertura.

IV. Se decreta el comiso de un arma blanca consistente en un cortaplumas con empuñadura de material plástico, marca "Tramontina-Stainless-Brazil".

V. Hágase devolución a la Fiscalía de la evidencia material y documentos adjuntados en la audiencia por ésta, como así mismo, de los instrumentos aportados por la Defensa.

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

Téngase por notificados a los intervinientes y al condenado en la presente audiencia.

Se previene que la Magistrado, doña Viviana Loreto Ibarra Mendoza, concurre al fallo condenatorio, estimando que no debió darse por muy calificada la atenuante señalada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, debido a que el encartado no cumple con los requisitos para ello, ya que su edad es de tan sólo 37 años, y si bien no se probó la existencia de violencia intrafamiliar física, sí se confirmó la Psicológica ejercida por éste, sobre su cónyuge e hijos, siendo descalificativo con la primera y grosero en su trato con los segundos, existiendo una relación de miedo de parte de la víctima, lo que fue ratificado ante estrados por ella misma, así como por los testigos María Quijada Quijada, Juan Daniel Quijada Quijada, Doralicia Fuentealba Peña y la

psiquiatra Sonia Méndez Caro, quien expuso que el encartado tiene una personalidad narcisista, objetivizando a su cónyuge, al no referirse nunca por el nombre de pila de ésta, centrando todo en él, no existiendo la disposición de ponerse en el lugar del otro, ni apreciándose síntomas de arrepentimiento, o de angustia por lo sucedido. A lo que se suma que no se demostró que el imputado cumpliera alguna función relevante para su comunidad y que el informe evacuado por Gendarmería de Chile concluye que el encartado NO es apto para ser beneficiado por alguna de las medidas alternativas al cumplimiento de la pena, señaladas en la Ley 18.216, fundamentos latamente expuestos, al ser incorporado dicho informe mediante lectura por la fiscalía y, que esta magistrado hace suyos. Por las razones antes expuestas esta sentenciadora estima que en definitiva debió aplicarse al acusado BRAVO NAVARRO, la pena de DIEZ AÑOS Y UN DÍA de

presidio mayor en su grado medio, más accesorias y costas correspondientes.

Redactada por la Jueza señora Isabel Fernanda Mallada Costa y la prevención por su autora.

Regístrese.

ROL ÚNICO: N° 020010473-9

ROL INTERNO 017/2002

Dictada por las Jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Villarrica, doña JACQUELINE KAREN ATALA RIFFO, doña ISABEL FERNANDA MALLADA COSTA y doña VIVIANA LORETO IBARRA MENDOZA. Autoriza don Héctor Bonilla Humeres, Ministro de Fe Ad-Hoc.

Con esta fecha se notificó por el estado diario la resolución precedente. Villarrica, 06 de diciembre de 2002.

- **Condena al acusado a la pena de cinco años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de parricidio.**

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

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de parricidio. Fundó su acusación en que en el curso de una discusión familiar violenta, el imputado golpeó a su padre con un palo en la cabeza causándole la muerte. Además estimó que le beneficiaban las atenuantes N° 5 y 6 del artículo 11 del Código Penal. La Defensa alegó que los hechos ocurridos se habían producido dentro de un contexto de malos tratos reiterados por parte del occiso tanto hacia su cónyuge como a sus hijos. Solicitó se aplicará también la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal dada la colaboración sustancial que el imputado había prestado en el curso de la investigación y que sirviera para descartar a dos personas que inicialmente también eran imputadas. El Tribunal estimó acreditada la existencia del delito, así como la participación del imputado, en virtud de los antecedentes aportados por la Fiscalía. Rechazó la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal alegada por la Defensa en atención a que consideró que la colaboración prestada por el imputado careció de lo exigido por el legislador, porque no fue oportuna (sus coimputados estuvieron privados de libertad aproximadamente por un mes antes de que el fiscal pudiera determinar su real participación), ni fue la más importante o sustancial en la investigación de los hechos.

Texto completo:

Temuco, siete de diciembre de dos mil dos.

VISTOS, OÍDO Y CONSIDERANDO:

1.- Que, en audiencia realizada el día 05 del mes y año en curso, se constituyó la Primera sala del Tribunal de juicio oral en lo penal de Temuco, integrada por los jueces Erasmo Sepúlveda Vidal, quien la presidió; Leopoldo Vera Muñoz y Christian Alfaro Muirhead, con la asistencia del fiscal adjunto de Pitrufquén, Rafael Mera Muñoz, y del defensor penal público Patricio Salinas Gaete, a fin de conocer en juicio la acusación promovida por el Ministerio Público en contra de PEDRO ANTONIO PAINEN VELASQUEZ, natural de Freire, de 22 años, soltero, agricultor, domiciliado en el sector Guiñimo, comuna de Freire, RUN 15.486.538-1, porque en hora no determinada de la madrugada del día 15 de marzo de 2001, en el curso de una discusión suscitada en el interior de la casa de Juan Painén Caniullán, el acusado, que es hijo de aquél, le propinó golpes con un palo en la cabeza, causándole la muerte.

Sostuvo el Ministerio Público que ese hecho tipifica el delito de parricidio, previsto y sancionado en el artículo 390 del Código Penal, perpetrado en calidad de autor por Pedro Antonio Painen Velásquez, de conformidad a lo establecido en el artículo 15 N° 1 del Código Penal, y en atención a que le benefician las atenuantes de responsabilidad contempladas en los numerales 5° y 6° el artículo 11 del mencionado cuerpo legal, pidió se le condene a la pena de ocho años de presidio mayor en su

grado mínimo, más las accesorias legales correspondientes y al pago de las costas del juicio.

2.- Que, el defensor del enjuiciado manifestó que el hecho objeto de la acusación fue el resultado de los malos tratos de parte del occiso Juan Painén Caniullán, que constantemente agredía a su cónyuge e hijos. En la ocasión de autos, la víctima intentó agredir a su hijo Julio; intervino la madre, a quien también intentó golpear, por lo que se interpuso el acusado Pedro Painén, con las consecuencias ya conocidas. Agregó que, además de las circunstancias atenuantes de responsabilidad reconocidas por el Fiscal, también le favorece aquella consignada en el N° 9 del artículo 11 del Código Penal, puesto que inicialmente hubo tres imputados sometidos a prisión preventiva por un tiempo más o menos prolongado y gracias a la colaboración sustancial prestada por Pedro Painen el Ministerio Público logró esclarecer los hechos investigados. De esta manera, afirmó, la pena que corresponde al delito debe rebajarse en tres grados, y por la extensión de aquella resultante, es procedente se le conceda el beneficio de libertad vigilada, por cuanto el informe presentencial emitido por Gendarmería le estima apto para esta medida alternativa.

3. - Que el acusado Pedro Painén Velásquez fue oído por el tribunal y así es como manifestó que el día 14 de marzo de 2001 estuvieron con su padre, su hermano Julio, Antonio Caniullán y él en un campo vecino, trillando cebada. Se devolvieron a la casa de su padre y celebraron la cosecha. Su hermano Julio comenzó un

escándalo, ya que cuando bebe alcohol tiene mala curadera por lo que su Papá quiso golpearlo; intervino su Mamá, a la que también aquel quiso golpear, como era su costumbre. Dice que él le quiso hablar a su padre y se pusieron a forcejear hasta que lo golpeó con un leño de la cocina; su padre quiso levantarse y por eso le propinó muchos golpes con el palo, ya que él también estaba ebrio y se le pasó la mano. Antonio Caniullan Colicoy trató de atajar la pelea y también le pegó en la cabeza, causándole una herida. Agregó que su familia estaba compuesta por ocho hermanos y todos sufrieron porque su Papá golpeaba a su madre y a ellos; por eso, todos salieron de la casa antes de cumplir los quince años de edad, pues no había allí una buena sociedad.

4.- Que son hechos de la causa, por haber sido materia de convención probatoria, los siguientes: 1) que el 14 de marzo de 2001, Juan Painén Caniullan y sus hijos Pedro Antonio y Julio Segundo Painén Velásquez estuvieron en el campo de su vecino Heriberto Huenufil Pichún, efectuando una trilla de cebada, y se les unió Antonio Caniullán Colicoy, bebiendo chicha hasta alrededor de las 21:00 horas, ocasión en que los tres Painén y Caniullán se retiraron a la casa de Juan Painén Caniullan; 2.) Que en la cocina del hogar de Juan Painén Caniullán los cuatro sujetos anteriormente nombrados continuaron bebiendo alcohol, encontrándose además presente Julia Velásquez Caniullán, quien se abstuvo de beber; 3) Que a una hora no determinada de la madrugada del 15 de marzo de 2001, cuando ya todos los varones estaban ebrios, se produjo una discusión familiar; 4) Que Juan Painén Caniullán falleció esa madrugada, en el mismo lugar de los hechos mencionados anteriormente; 5) Que las prendas de vestir individualizadas como evidencias N° s 1, 2, 5 y 7 corresponden a vestimentas que utilizaba la víctima en el momento de los hechos y que en la primera y última se encontró por el Servicio Médico Legal sangre que según pruebas de ADN corresponde a la víctima; 6) Que las prendas individualizadas como evidencia N° s 3, 4 y 6 corresponden a las que vestía Antonio Caniullán Colicoy al momento de los hechos y que en ellas se detectó manchas de sangre que le pertenece; 7) Que en la prenda de ropa individualizada como evidencia N° 8 se detectó por el Servicio Médico Legal sangre que corresponde a la víctima; 8) Que el occiso tenía 64 años de edad, medía 1,59 m., pesaba 71 kilos y tenía 2,57 gramos por mil de alcohol en la sangre al momento de su deceso; 9) Que al momento en que ocurrieron los hechos el acusado no registraba anotaciones penales en su extracto de filiación y antecedentes; 10) Que el acusado Pedro Painén Velásquez es hijo de Juan Painén Caniullán, filiación que era conocida por su parte al ocurrir los hechos; 11) Que Juan Painén Caniullán y Julia Velásquez Caniullán contrajeron matrimonio el 11 de enero de 1971, ante el Registro Civil de Freire, el que se encontraba vigente a la fecha de la muerte del primero; y

12) Que Pedro Antonio, Julio Segundo, Magdalena Inés, Gabriela del Carmen, Nidia Juana y Joel Bautista, todos de apellidos Painén Velásquez, son hermanos, hijos del matrimonio compuesto por Juan Painén y Julia Velásquez Caniullán.

5.- Que, además de los antecedentes recién referidos, a los que cabe agregar la confesión prestada por el enjuiciado Painén, el acusador fiscal aportó los testimonios de Antonio Florentino Caniullan Colicoy y de Julio Segundo Painén Velásquez, que ratificaron los dichos del imputado en cuanto a que estuvieron bebiendo copiosamente en la casa de Juan Painén Caniullan hasta que se produjo un altercado, acotando el primero que intervino a fin de parar la pelea, y de pronto le llegó un palo en la cabeza pero no captó cuál de los dos hermanos le había golpeado, mientras que el último señaló que habían bebido cinco litros de chicha en la trilla y después en la casa de Juan Painén bebieron cinco litros más, agregando que su papá le quiso pegar y se metió su hermano; él salió a buscar su caballo y posteriormente su Mamá le preguntó si sabía lo que había ocurrido y ante su negativa le impuso de los hechos. También prestó declaración la madre del encausado, Julia Velásquez Caniullán, que informó que todo había comenzado por una tomatera en su casa, entre su esposo y sus hijos, ocasión en que el finado intentó golpearla y ella salió a pedir auxilio, yendo primero a la casa de un sobrino, al que no encontró y luego fue a la de un hermano. Al retornar, vio que su marido estaba herido, en el suelo. Dijo que su marido generalmente la maltrataba mucho, pero sus hijos nunca intervinieron, nunca le levantaron la mano a aquel. Su hijo Pedro siempre la acompañaba, incluso en una oportunidad la acompañó a denunciar al finado por violencia intrafamiliar, ahora, Pedro vive con ella y trabaja el campo. La testigo Isabel Irene Velásquez Painén rectificó esa versión, en orden a aquel alrededor de las 03.00 horas del 15 de marzo de 2001 llegó su tía Julia a pedir auxilio pues había una pelea en su casa, entre su tío y su hijo Pedro, razón por la cual ella fue a llamar por teléfono a Carabineros; su tía esperó en la carretera junto con su papá y su mamá. Los funcionarios de Carabineros Luis Alberto Hevia Pardo, Nelson Ricardo Matamala Forcael y Rodolfo Enrique Sepúlveda Ferreira llevaron a efecto el procedimiento, constituyéndose en el sitio del suceso, el que describieron con detalle, apoyados por las fotografías incorporadas en el juicio. Los restantes elementos de prueba producidos en esta audiencia por el fiscal, constituidos por el informe pericial fotográfico del sitio del suceso y la autopsia practicada al cadáver de Juan Painén Caniullan por la médico forense Nubia Riquelme Zornow, revelan que las mortales lesiones cráneo encefálicas que sufriera aquél fueron provocadas por objeto contundente y la acción de terceros, probablemente con el leño incautado por la policía,

ubicado en el pozo negro cercano a la casa de Julio Painén Velásquez, que el enjuiciado estimó como muy probable que fuera el que empleó en la ejecución del delito.

El tribunal dará crédito a los testigos Antonio Florentino Caniullan Colicoy, Julio Segundo Painén Velásquez y Julia Velásquez Caniullán anteriormente mencionados, por cuanto proporcionaron una relación circunstanciada de los hechos que narraron; sus versiones coinciden unas con otras, en una secuencia lógica, tanto en espacio como tiempo; sus dichos concuerdan además con las pericias, fotografías, - tanto del sitio del suceso como de la autopsia - y con los atestados de los policías que intervinieron con posterioridad y practicaron las diligencias indagatorias pertinentes. Estas probanzas, apreciadas en la forma impuesta por el artículo 297 del Código Procesal Penal, y complementadas con aquellos hechos que fueron objeto de convención probatoria, - como se dejara establecido en la motivación Cuarta de este fallo-, permiten tener por acreditado, tanto la materialidad de los sucesos objeto del presente juicio como la autoría y responsabilidad de Pedro Painén Velásquez.

6. - Que, por otra parte, las pericias psiquiátricas y psicológicas a que fue sometido el enjuiciado prueban con certeza que éste, al actuar del modo ya indicado, comprendió la criminalidad de su conducta. Así se desprende de la pericia practicada por la psiquiatra Sonia Méndez Caro, que concluyó que el imputado es lúcido, orientado témporo espacialmente, no presenta alteración del juicio de realidad, que tiene un coeficiente intelectual normal; sin patología psiquiátrica que le impida discernir lo correcto de lo incorrecto, y del informe pericial presentado por la defensa, evacuado por la psicóloga María Isabel Thiers.

7.- Que, de esta manera, para convicción del tribunal, están comprobados los elementos del tipo penal descrito en el artículo 390 del Código del Ramo, toda vez que Juan Painén Caniullan, en la oportunidad ya consignada, fue agredido con un elemento contundente, sufriendo diversas lesiones que le provocaron su muerte; y también ha quedado debidamente acreditado que fue el acusado su hijo Pedro Painén Velásquez quien, conociendo el vínculo de parentesco que le ligaba con la víctima, provocó dichas lesiones, encuadrándose su accionar en la norma del artículo 15 N° 1 del mismo cuerpo legal, por haber intervenido en su ejecución de una manera inmediata y directa.

Así, por lo demás, lo aceptó el defensor del encartado, como lo admitiera en su alegato de clausura.

8.- Que, tal como sostuvo la defensa, en la medición de la pena se debe considerar que al nombrado Pedro Painén Velásquez le benefician las circunstancias minorantes de responsabilidad previstas en el artículo 11 N°s 5 y 6 del Código Penal. La primera, consistente en haber obrado por estímulos tan poderosos que

naturalmente hayan producido arrebatos y obcecación, aparece acreditada con el testimonio de la madre del encausado, Julia Velásquez Caniullan, del que se desprende que al impedir Pedro Painén la agresión de que aquella iba a ser víctima por parte de Juan Painén, cónyuge de la mujer y padre de aquél, obró violentado por un estado pasional intenso, provocado por una situación que, como se comprobó en juicio con las aseveraciones de sus hermanos Julio, Nidia y Gabriela Painén Velásquez y con las copias del expediente rol N° 352 por Violencia intrafamiliar, del Primer Juzgado Civil de esta ciudad, era usual en su hogar cada vez que Juan Painén bebía alcohol, de manera que en el seno de la vida familiar esa violencia se constituyó en un estado latente que naturalmente ha debido producirle al enjuiciado ofuscación; y, la última, consistente en su irreprochable conducta anterior, porque con anterioridad al hecho por el cual ahora se le juzga, Pedro Painén Velásquez ostentó una conducta exenta de todo reproche; así se comprobó con el mérito de su extracto de filiación y antecedentes, que carece de anotaciones penales pretéritas.

En cambio, no se acogerá la otra minorante de responsabilidad, también invocada por su defensor, basada en la figura contemplada en el numeral 9° de la precitada disposición legal, que permite atenuar la responsabilidad de un acusado cuando éste "ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos", y que la defensa funda, en el caso de autos, en la actitud mostrada por Pedro Painén Velásquez ante los policías y el fiscal a cargo de la investigación, ya que renunció a su derecho a guardar silencio, reconociendo su participación. Colaborar "sustancialmente al esclarecimiento de los hechos" implica que un individuo ha trabajado con otra persona, en aquello que constituye lo más importante de algo; en la especie, haber colaborado con el fiscal encargado de ejercer la acción penal pública para dilucidar o explicar el delito que se investigaba y las personas que habían participado en su ejecución. Pero, la conducta que desplegó el imputado carece, a juicio de estos sentenciadores, de la connotación exigida por el legislador, puesto que no fue oportuna, al extremo que sus co-imputados permanecieron privados de su libertad por un mes o un poco tiempo más, antes de que el fiscal a cargo de la persecución penal pudiese establecer su real participación. Lo sustancial en este asunto, vale decir "lo más importante", establecer la existencia del hecho ilícito y determinar a la persona responsable de haberlo ejecutado, debió lograrlo el fiscal mediante la colaboración de la policía y no del encartado.

9.- Que, como se ha concluido el hecho incriminado en el presente caso es constitutivo de delito de parricidio y corresponde aplicar la pena que le asigna el artículo 390 del Código de Castigo, esto es, presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado. Como

favorecen al enjuiciado dos circunstancias atenuantes, sin que le perjudique agravante alguna, conforme a lo preceptuado por el artículo 68, inciso 3° del cuerpo legal precitado, atendida la entidad de aquellas aminorantes, los sentenciadores la rebajarán en tres grados, quedando de este modo en presidio menor en su grado máximo, la que se impondrá en una extensión que, a la par, resulte condigna tanto con la gravedad de su conducta, las circunstancias que rodearon su accionar, como con la importancia del bien jurídico atropellado.

10.- Que por ser procedente, y atendido además el mérito de los antecedentes personales del encartado, según consta del informe emitido por Gendarmería de Chile, se le concederá el beneficio de libertad vigilada en la forma y condiciones que se dirán en lo resolutivo de este fallo.

Por las consideraciones expuestas, y visto además lo dispuesto por los artículos 1, 11 N°s 5 Y 6, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 21, 24, 26, 29, 50, 68 y 390 del Código Penal; artículos 47, 295, 296, 297, 340, 342, 344, 346 y 348 del Código Procesal Penal, y artículos 15, 16 Y 17 de la Ley N° 18.216, el Tribunal RESUELVE:

Que se condena al acusado PEDRO ANTONIO PAINEN VELÁSQUEZ, ya individualizado, como autor responsable del delito de PARRICIDIO de su padre Juan Painén Caniullan, perpetrado el 15 de marzo de 2001 en el sector Guiñemo de la comuna de Freire, a cumplir la pena de CINCO AÑOS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MÁXIMO, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos, mientras dure la condena y el pago de las costas de este juicio.

La pena de presidio impuesta a Pedro Antonio Painén Velásquez se le sustituye por el beneficio de libertad vigilada, estableciéndose como plazo de observación y tratamiento bajo la dependencia de Gendarmería de Chile, el de Cinco años, período igual al de la pena aplicada, con la obligación, además, de dar cumplimiento a las exigencias del artículo 17 de la ley 18.216.

Si este beneficio le fuere revocado y tuviere que ingresar a cumplir la sanción impuesta esta se le empezará a contar desde que se presente o sea habido, sirviéndole de abono los 170 días que estuvo privado de libertad por esta causa, entre el 15 de marzo y el 31 de agosto de 2001, según constancia de la carpeta de antecedentes.

Devuélvase a la Fiscalía la evidencia documental y material que acompañó durante la audiencia.

Una vez ejecutoriada la presente sentencia, dése cumplimiento al artículo 468 del Código Procesal Penal, oficiándose a la Contraloría General de la República, Servicio de Registro Civil e Identificación y al Centro de Cumplimiento Penitenciario de Pitrufquén, adjuntándose copia de esta sentencia con el atestado de encontrarse ejecutoriada.

Regístrese, comuníquese en su oportunidad al Juzgado de Garantía de Pitrufquén para los efectos de su cumplimiento; hecho, archívese.

Redacción del juez Leopoldo Vera Muñoz.

RUC 010001 2732 - 5

RIT 079/2002

CÓDIGO 00701

Pronunciada por los jueces de la Primera Sala, Erasmo Sepúlveda Vidal, quien la preside; Leopoldo Vera Muñoz y Cristian Alfaro Muirhead.

- **Condena al acusado a la pena de diez años de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias legales como autor del delito de homicidio calificado; cuatro años de presidio menor en su grado máximo y accesorias legales como autor del delito de robo con intimidación en las personas en grado de tentativa, y costas de la causa.**

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

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor de los delitos de homicidio calificado y robo con intimidación en grado de tentativa. Respecto del primer delito, lo estimó configurado por haber sido cometido con ensañamiento, por cuanto después de golpear a la víctima, y estando ésta en el suelo, la apuñaló seis veces y la roció con combustible prendiéndole fuego mientras aún estaba con vida. El robo con intimidación, por su parte, habría quedado en grado de tentativa por cuanto el imputado amenazó a la víctima con un arma blanca para obtener dinero, pero ésta pudo huir del lugar sin entregarlo. En este último delito estimó que le afectaba la agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal. La Defensa reconoció tanto la participación como la responsabilidad del imputado respecto del homicidio, pero alegando que se trataba de un homicidio simple por no cumplir suficientemente los hechos con los requisitos del ensañamiento. Respecto del robo con intimidación solicitó la absolución por no haber prueba suficiente que lo acreditara. El Tribunal estimó acreditada la existencia de ambos delitos, así como la participación del imputado en ellos, en virtud de los antecedentes aportados por la Fiscalía. Acoge la calificante de ensañamiento por haberse probado que el imputado tuvo intención homicida ejecutada mediante el uso reiterado de un instrumento cortante, así como la “resolución firme, reflexiva y persistente de aumentar en forma inhumana el sufrimiento de la víctima” al prenderle fuego mientras aún estaba con vida. Rechaza la agravante alegada por la Fiscalía en atención a que las sentencias por robo por sorpresa y robo en lugar no habitado fueron dictadas con posterioridad a la fecha de comisión del robo con intimidación tentado.

Texto completo:

Temuco, diecisiete de diciembre de dos mil dos.

VISTOS, OÍDO y CONSIDERANDO:

1.- Que, en audiencia realizada el día 13 del mes y año en curso se constituyó la Primera sala del Tribunal de juicio oral en lo penal de Temuco, integrada por los jueces Erasmo Sepúlveda Vidal, quien la presidió; Leopoldo Vera Muñoz y Jorge González Salazar, con la asistencia de los fiscales adjuntos de Nueva Imperial, Cristian Paredes Valenzuela y Claudia Turra Lagos, asistidos por Juan Pablo Salas Castro, y de la defensora penal público, Maddeleyn Villegas Moreira a fin de conocer en juicio las acusaciones promovidas por el Ministerio Público en contra de A.A.C.C., de 18 años de edad, natural de Nueva Imperial, soltero, con 8° año de Instrucción, obrero de la Construcción, domiciliado en calle Las Condes N° 01020, RUN ..., a quien se le atribuyen los siguientes hechos ilícitos:

PRIMERO: El día 9 de febrero de 2002, en horas de la madrugada, junto con el menor J.A.S.P., abordaron a Victorio Paillalí Chaucono cuando éste se aprestaba a ingresar a su domicilio, ubicado en el pasaje Lincoyán Oyaneder N° 745 de la población Eduardo Frei de la comuna de Nueva Imperial, a quien le pidieron cigarrillos y como no tenía, lo golpeó y empujó fuertemente,

cayendo aquel al piso, en el interior de la casa. Estando la víctima en esa posición, le infirió seis heridas con un elemento corto punzante; luego, vació el combustible de una lámpara artesanal en su cuerpo y le prendió fuego con un leño que sacó de una estufa, mientras aquel aún se encontraba con vida. Posteriormente, roció con el mismo líquido la cama de la víctima y otras partes de la casa, iniciándose un fuego que consumió parte del inmueble. Paillalí falleció momentos más tarde, antes de ingresar al Servicio de Urgencia del Hospital de Nueva Imperial, a consecuencia de las heridas corto punzantes sufridas.

Sostuvo el Ministerio público que ese hecho tipifica el delito de homicidio calificado, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1 del Código Penal, por concurrir el ensañamiento, y como no le asisten circunstancias modificatorias de su responsabilidad, solicitó se le imponga la pena de diez años de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias legales y las costas del juicio, por tratarse de un menor que fue declarado con discernimiento por el tribunal competente.

SEGUNDO: Que el 28 de septiembre de 2001, aproximadamente a las 21,45 horas, interceptó a Luis Eduardo Caroca Fernández, que caminaba junto a

Nelson Palma Alarcón por calle República de Nueva Imperial, solicitándole dinero. Al no conformarse con la cantidad que aquél le entregó y para obtener una suma mayor intentó golpearlo con su puño en la cara y luego lo amenazó con arma blanca, con la que intentó darle una puñalada. Señaló el fiscal que tal hecho configura el delito de robo con intimidación, en grado de tentativa, previsto y sancionado en el artículo 436, inciso 1° del Código Penal y en atención a que le afecta la agravante prevista en el artículo 12 N° 16 del Código precitado, pidió se le castigue con la pena de Cuatro años y un día de presidio menor en su grado máximo, más accesorias legales y las costas del juicio, por tratarse de un menor que fue declarado con discernimiento por el Juzgado de Letras de Menores de Nueva Imperial.

2.- Que, refiriéndose a la primera acusación, la defensora del enjuiciado reconoció tanto la existencia del hecho como la participación y responsabilidad de su representado, pero manifestó que el ilícito es constitutivo de homicidio simple, pues no concurren circunstancias calificantes ya que los hechos que se le atribuyen no son suficientes para configurar el ensañamiento. Y, en cuanto a la segunda acusación, aseguró que los hechos en que ella se funda no serán probados, de modo que procederá su absolución.

3. - Que, en presencia de su defensora, el acusado fue debida y legalmente enterado de los hechos transcritos y, haciendo uso de su derecho, guardó silencio.

4.- Que son hechos de la causa, por haber sido materia de convención probatoria, los siguientes: 1) Que el imputado A.A.C.C. registra las siguientes condenas en su extracto de filiación: a) Causa rol N° 50.102 del Juzgado del Crimen de Nueva Imperial, por el delito de lesiones menos graves, siendo condenado con fecha 30 de octubre de 2001 a la pena de 100 días de presidio menor en su grado mínimo, pena remitida; y b) Causas rol N°s 32-2002 y 567.2001 (Rol Único N°s 0100003616-8 y 0100000991-8) del Juzgado de Garantía de Nueva Imperial, como autor de los delitos de robo en lugar no habitado y robo por sorpresa, siendo condenado con fecha 16 de enero de 2002 a la pena de 41 días de prisión en su grado máximo y 61 días de presidio menor en su grado mínimo, penas cumplidas con el mayor tiempo que ha permanecido en prisión preventiva; 2) Que el acusado fue declarado con discernimiento en ambos hechos materia de las respectivas acusaciones, según consta de las sentencias dictadas en las causas rol N°s 4807 y 4739 del Juzgado de Menores de Nueva Imperial.

RESPECTO A LA ACUSACIÓN POR HOMICIDIO CALIFICADO.

5. Que, además de los antecedentes recién referidos, el acusador fiscal aportó los testimonios de Juan Segundo Paillali Chaucono, hermano de la víctima y Luis Orlando Poblete Soto, conviviente de una hermana del occiso; manifestaron que en la madrugada del 9 de febrero pasado dormían en sus respectivas casas, ubicadas a

corta distancia de la que ocupaba Victorio Paillali, cuando les avisaron de un incendio en la vivienda de éste. Corrieron hacia ese lugar. El primero vio a su hermano, se estaba quemando; le prestó auxilio para apagar el fuego y luego llegó la ambulancia. Señaló que no se percató si aquel estaba vivo, pero sí asegura que no tenía movimiento. El segundo, dijo que trataron de tirar agua, se tropezó con una persona que estaba tirada en el piso, pensó que estaba viva y la sacó hacia fuera; según afirmó, estaba muerta, sin movimiento. También prestó declaración Alejandro Urrutia Saavedra, chofer de la ambulancia del Hospital de Nueva Imperial, que en la ocasión precisada acudió en auxilio de Victorio Paillali; afirmó que cuando lo tomó para colocarlo en la camilla le quedaba poco pulso, tenía signos de latido y por eso lo trasladó a aquel establecimiento.

6.- Que, el tribunal dará crédito a los atestados emitidos por los testigos Juan Segundo Paillali Chaucono, Luis Orlando Poblete Soto, y Alejandro Urrutia Saavedra, por cuanto proporcionaron una relación circunstanciada de los hechos que percibieron; sus versiones coinciden unas con otras, en una secuencia lógica tanto en espacio como en tiempo; concuerdan además con las pericias, fotografías, tanto del sitio del suceso como de la autopsia y con los atestados de los policías Patricio Octavio Ubilla Mella, Jaime Woldarsky Cea, Carlos Madariaga Gallegos y Jorge Ruis González, que intervinieron con posterioridad y practicaron las diligencias indagatorias pertinentes. Por tales razones estos antecedentes, apreciados en conformidad a las reglas impuestas por el artículo 297 del Código Procesal Penal, y complementados con aquellos hechos que fueron objeto de convención probatoria, asentados en el auto de apertura de este juicio y referidos oportunamente en la audiencia de debate, permiten tener por acreditadas, tanto la materialidad de los sucesos objeto del presente juicio como la autoría y responsabilidad de A.A.C.C. en su ejecución.

EN EFECTO:

a) Que Victorio Paillali Chaucono perdió la vida a manos de un tercero en la madrugada del 9 de febrero del año en curso, se acreditó palmariamente con el informe vertido en juicio por la perito médico-legal Viera Barrientos Orloff, que practicó la necropsia correspondiente el día 9 de febrero de 2002, respaldado por el protocolo y fotografías de la autopsia médico-legal incorporado mediante su exhibición en la audiencia, en cuyas conclusiones refirió que la causa de la muerte de aquel fueron las heridas corto punzantes tóraco abdominales y cervicales, inferidas con elemento de borde afilado, atribuibles a la acción de tercera persona. Además, la experta constató que el cadáver presentaba lesiones producto de la acción del fuego, en parte con reacción vital, lo que indica que fue quemado cuando se encontraba aún con vida. En cuanto a la naturaleza de

las heridas, ellas habrían sido provocadas con un cuchillo que fue hallado en el sitio del suceso adherido a una masa carbonizada correspondiente a talón y parte media de un zapato. El certificado de defunción de aquél, extendido por el Registro Civil, también agregado por su exhibición y lectura, consigna igualmente esas heridas como causa de su deceso. Además, los funcionarios de la Policía de Investigaciones, Jaime Woldarsky Cea, Carlos Madariaga Gallegos y Jorge Ruiz González vieron el cadáver del occiso, cuando yacía en el Hospital de Imperial, constatando las heridas que presentaba su cuerpo. b) Que fue A.A.C.C. quien le provocó heridas en la región tóraco abdominal y cervical utilizando para ese efecto un instrumento idóneo, - como lo es el cuchillo, y posteriormente lo roció con parafina y le pegó fuego quitándole la vida a Victorio Paillali Chaucono, se acredita con certeza con los dichos de la mencionada médico forense Viera Barrientos Orloff, que determinó que las heridas recibidas por aquel son de tipo homicida; y con los dichos del menor J.S.P. y Patricio Ubilla Mella. El primero manifestó que estuvo con A.A.C.C. desde la tarde del día anterior, bebiendo. En su relato señaló que estuvo con el "40 Cuecas", apodo de A.A.C.C., al que conoce desde hace 2 o 3 años y son amigos. Llegaron desde Cholchol y se juntaron a tomar; fueron hasta un callejón y él se metió al sitio de una casa, donde habían unas gallinas que él tiró para afuera y las degolló, manchándose la ropa con sangre. Continuaron bebiendo en otro lugar y ya en la madrugada se encontraron con un caballero que estaba parado en la puerta de su casa; A.A.C.C. lo golpeó con sus manos en la cara, cayó detrás de la puerta; lo golpeó con los pies, no recuerda haber visto puñaladas. Registró la casa encontró un "chonchón" (lámpara a parafina), se la mostró, la tomó, le preguntó qué contenía, le dijo que parafina, aquel roció al caballero y a la cama, le prendió fuego y salieron. No había razón para agredirlo; sólo le pidieron fuego para cigarrillos. Por lo que le contaron, el caballero llegó vivo al hospital, pero cuando lo dejaron estaba inconciente. En cuanto a Patricio Ubilla Mella, expresó que se desempeñaba como Jefe del tercer turno en la población, a cargo de 3 funcionarios de Carabineros atendiendo a un llamado, a las 02,50 horas se constituyó en el lugar en que se incendiaba una vivienda y cuando estaban a unos 30 metros de ella vio que sacaban un cuerpo envuelto en llamas. Como él tiene además la especialidad de paramédico lo examinó y percibió latidos aunque muy débiles; también presentaba heridas. Después concurrió al Hospital donde le informaron que había ingresado prácticamente muerto. Un camillero le entregó un objeto encontrado en las ropas de aquella persona, la tapa de un "chonchón", de modo que fue a la vivienda a buscar la pieza que faltaba, la que ubicó en una cama. Estos antecedentes concuerdan con aquellos reseñados en el primer acápite de esta motivación y cabe agregar

que la intención homicida y el firme propósito de matar, que impulsaron la conducta de A.A.C.C., surge en forma clara y precisa por el modo utilizado para quitar la vida: provocar con instrumento cortante, o sea idóneo, lesiones en la región tóraco abdominal y cervical de la víctima. También quedó plenamente comprobado que hubo de parte del acusado la resolución firme, reflexiva y persistente de aumentar en forma inhumana en el sufrimiento de la víctima, puesto que después de lesionarle en la forma ya dicha, tomó la lámpara artesanal de manos de J.A.S.P., luego de enterarse que contenía parafina, roció el cuerpo de aquella y una cama, prendió fuego a la cama y al sujeto que yacía en el suelo, aún con vida. Esta secuencia demuestra que se representó que ese daño excedía del necesario para causar la muerte y revela que de su parte hubo una deliberación consciente y apreciable para inhumanamente aumentar el sufrimiento de la víctima, de forma innecesaria a la acción homicida.

c) Que, por otra parte, las pericias psiquiátricas y psicológicas a que fue sometido el enjuiciado prueban con certeza que A.A.C.C., al actuar del modo ya indicado, comprendió la criminalidad de su conducta y podía dirigir sus acciones, sin tener disminuidos o descontrolados sus frenos inhibitorios. Así se desprende de la pericia practicada por la psiquiatra Sonia Méndez Caro, -apoyada en los informes de psiquiatría evacuados por la psicóloga legista Roxana Solar Rocha-, que concluyó que el imputado no presenta patología psiquiátrica que le impida discernir entre lo correcto y lo incorrecto, agregando que presenta personalidad con rasgos antisociales y desalmados.

7.- Que, de este modo, para convicción del tribunal, están comprobados los elementos del tipo penal descrito en el artículo 391 N° 1 del Código del Ramo, esto es, homicidio calificado, cometido con ensañamiento, que aumentó deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido, toda vez que Victorio Paillali Chaucono, en la oportunidad ya consignada, fue agredido con un elemento corto punzante, sufriendo las lesiones de tipo homicida descritas en el motivo que antecede, -que le provocaron más tarde su muerte-, y cuando se encontraba aún con vida su cuerpo fue quemado; y también ha quedado debidamente acreditado que fue el acusado A.A.C.C. quien provocó dichas lesiones e incineración, encuadrándose su accionar en la norma del artículo 15 n° 1 del mismo cuerpo legal por haber intervenido en su ejecución de una manera inmediata y directa.

8.- Que, por las conclusiones a las que se ha arribado en los fundamentos que anteceden, se rechazará la petición de la defensa del enjuiciado A.A.C.C., en orden a estimar que los hechos ilícitos analizados configuran solamente el delito de homicidio simple.

9.- Que, como se ha concluido, el hecho incriminado en el presente caso, es constitutivo de delito de homicidio

calificado y corresponde aplicar la pena que le asigna el artículo 391 N° 1° del Código Penal, esto es, presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado. Como a la fecha de ejecución de este ilícito el acusado era menor de 18 años de edad y el tribunal competente declaró que obró con discernimiento, debe imponérsele la pena inferior en grado al mínimo de los señalados por la ley, esto es, presidio mayor en su grado mínimo y en atención a que no concurren a su respecto circunstancias modificatorias de su responsabilidad el tribunal puede recorrer toda su extensión.

EN CUANTO AL DELITO DE ROBO CON INTIMIDACIÓN.

10.- Que, el Ministerio Público, con la finalidad de acreditar los cargos, presentó prueba testimonial, documental y fotografías, deponiendo la víctima Luis Eduardo Caroca Fernández y su acompañante en aquella ocasión, Nelson Fernando Palma Alarcón, quienes coincidieron en señalar que la noche del 28 de septiembre de 2001, alrededor de las 21,45 horas, caminaban por avenida República de Nueva Imperial; apareció un sujeto que les pidió dinero y el primero le entregó una moneda de \$ 100; como lo encontrara insuficiente intentó golpear a éste con los puños y sacó una cuchilla; al esquivarle saltando una cuneta se cayó pero se defendió y finalmente logró huir aprovechando que su agresor resbaló y cayó. No se percató del momento en que su compañero se alejó. Aparecieron otros dos individuos. Ambos reconocieron al acusado como la persona que agredió al primero. También depuso el menor L.A.C.M., quien señaló estuvo bebiendo alcohol con su amigo, el acusado, al que conoce como el "40 Cuecas", este se encontró con dos caballeros en la avenida República, no sabe qué les pidió, pero a él le pidió una cortaplumas y él le pasó una. Con ella les tiró unos cortes a uno de los caballeros. Después su madre y él lo llevaron después para su casa, donde fue detenido por Carabineros. También prestaron declaración los funcionarios de Carabineros Francisco Javier Veloso Guerra y José Lorenzo González Paredes, quienes practicaron las diligencias indagatorias, reconstituyeron los hechos tomaron fotografías durante su desarrollo y presentaron un informe planimétrico.

11.- Que, el tribunal dará crédito a las declaraciones de los testigos del Ministerio Público, por cuanto presenciaron los hechos a que se refirieron, por lo que aparecen como veraces y creíbles; además, su testimonio concuerda con los atestados de los funcionarios policiales y lo mostrado en las fotografías exhibidas durante el debate, de manera que se acogerá esa prueba, como quiera que durante la audiencia no fue controvertida por la defensa con otra en contrario.

Por estas razones, se tendrá por acreditado que alrededor de las 21,45 horas del día 28 de septiembre de 2001, mientras Luis Eduardo Caroca Fernández

caminaba por la avenida República de la comuna de Nueva Imperial, fue abordado por A.A.C.C., quién le amenazó con un cortaplumas con la finalidad de obligarle a hacer entrega de dinero que portaba.

12.- Que, estos hechos se encuadran dentro del tipo penal materia de la acusación, en atención a que concurren copulativamente cada uno de los elementos que lo constituyen, desde que el hechor pretendió apropiarse de cosa mueble ajena, contra la voluntad del propietario o poseedor de ella, con evidente ánimo de lucro. Finalmente, en la especie hubo "intimidación", que en los términos del artículo 439, del Código Penal, está constituida por las amenazas a la víctima, ya para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, ya para impedir la resistencia u oposición a que se quiten, o cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar la manifestación o entrega. Tal propósito alcanzó sólo grado de tentativa, pues el agente dio principio a la ejecución del delito por hechos directos, pero faltó la apropiación o entrega de la cosa exigida. En consecuencia los hechos reseñados en el fundamento que antecede configuran el delito de robo con intimidación en las personas, previsto y penado en el inciso 1° del artículo 436, en relación con el artículo 432, ambos del Código Penal, en grado de tentativa, en el cual el acusado tuvo participación como autor, toda vez que intervino de una manera inmediata y directa en su ejecución.

13.- Que, no concurren respecto del enjuiciado circunstancias modificatorias de su responsabilidad y contrariamente a lo sostenido por la fiscal acusadora, no le afecta en este ilícito la circunstancia agravante de responsabilidad prevista en el artículo 12 N° 16 del Código Penal, esto es, ser reincidente en delito de la misma especie, y que aquélla funda en que el acusado fue condenado como autor de robo en lugar no habitado y robo por sorpresa en sanciones que se le dieron por cumplidas, puesto que aquellas le fueron impuestas por sentencia dictada con posterioridad a la fecha en que cometió el delito por el cual ahora se le acusó.

14.- Que, en la medición de la pena que corresponde al acusado A.A.C.C. por la acción ilícita que se viene analizando ha de considerarse que le favorece la rebaja especial contemplada en el artículo 72 del Código Penal puesto que a la fecha de cometerlo era menor de 18 años de edad y el tribunal competente declaró que obró con discernimiento, de modo que siendo la sanción asignada al delito la de presidio mayor en sus grados mínimos a máximo, corresponde imponer la pena inferior en grado al mínimo de aquélla, esto es, presidio menor en su grado máximo, y en atención a que no concurren circunstancias que modifiquen la responsabilidad del encausado, el tribunal puede recorrer toda su extensión.

Por las consideraciones expuestas, y visto además lo dispuesto por los artículos 1, 7, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 21, 24, 26, 28, 29, 50, 51, 52, 68, 391 N° 1, 432 y 436 inciso

1º del Código Penal y artículos 47, 295, 296, 297, 340, 342, 344, 346 y 348 del Código Procesal Penal, el Tribunal RESUELVE:

1.- Que se condena al acusado A.A.C.C., ya individualizado, a las siguientes penas:

a) DIEZ AÑOS DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MINIMO, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares, mientras dure la condena, como autor responsable del delito de homicidio calificado de Victorio Paillali Chaucono, perpetrado el 9 de febrero de 2002 en la comuna de Nueva Imperial;

b) CUATRO AÑOS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MAXIMO, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras dure la condena, como autor responsable del delito de robo con intimidación en las personas en grado de tentativa, a Luis Eduardo Caroca Fernández, cometido en la comuna de Nueva Imperial el 28 de septiembre de 2001.

c) Que se le condena además al pago de las costas de este juicio.

Las penas de presidio impuestas a A.A.C.C. las cumplirá en forma sucesiva, comenzando por la más grave, y se

le contarán desde el 10 de febrero de 2002, fecha desde la cual se encuentra ininterrumpidamente privado de su libertad, según constancia de la carpeta de antecedentes.

Devuélvase a la Fiscalía la evidencia documental y material que acompañó durante la audiencia.

Una vez ejecutoriada la presente sentencia, dése cumplimiento al artículo 468 del Código Procesal Penal, oficiándose a la Contraloría General de la República, Servicio de Registro Civil e Identificación y al Centro de Cumplimiento Penitenciario de Nueva Imperial, adjuntándose copia de esta sentencia con el atestado de encontrarse ejecutoriada.

Regístrese, comuníquese en su oportunidad al Juzgado de Garantía de Nueva Imperial para los efectos de su cumplimiento; hecho, archívese.

Redacción del juez Leopoldo Vera Muñoz .

R.U.C. 01 1000 1716-01

R.I.T. 085/2002

CÓDIGO 00703 Y 00802

Pronunciada por los jueces de la Primera Sala, Erasmo Sepúlveda Vidal, quien la preside; Leopoldo Vera Muñoz y Jorge González Salazar, subrogando legalmente.

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

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

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de robo con fuerza en lugar habitado en grado de frustrado. Fundó su acusación en que el imputado ingresó a una vivienda escalando la reja que la resguarda y separa de la vía pública, procediendo a abrir una puerta que se encontraba cerrada sin seguro, y una vez dentro de la vivienda, tomó diversas especies siendo sorprendido por los moradores de la casa. La Defensa reconoció tanto la participación como la responsabilidad del imputado y alegó la atenuante del artículo 11 N° 1 en relación al artículo 10 del Código Penal dada la menor capacidad intelectual del imputado. El Tribunal estimó acreditada la existencia del delito, así como la participación del imputado en virtud de los antecedentes aportados por la Fiscalía. Rechazó la atenuante alegada por la Defensa en atención a que no consideró que el diagnóstico del imputado implique alteraciones de la conciencia, ni del juicio de la realidad, como tampoco que carezca del poder de controlar sus impulsos, es decir, su trastorno no es de una magnitud tal que pueda ser considerado como una eximente incompleta.

Texto completo:

Temuco, diecisiete de diciembre de dos mil dos.-

VISTO, OÍDO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, con fecha 16 de diciembre en curso, ante esta Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, integrada por los jueces señores Leopoldo Vera Muñoz, quien la presidió, Erasmo Sepúlveda Vidal y Juan Ángel Muñoz López, se llevó a efecto la audiencia de juicio oral relativa al Rol Interno N° 089 / 2002, seguida en contra de ALEJANDRO MAURICIO LEAL EPUL, 25 años, soltero, jornal de la construcción, domiciliado en Puerto Edén N° 01876, Villa Austral de Temuco, R.U.N. 14.078.553-9.

El Ministerio Público, parte acusadora, estuvo representado por los Fiscales Pablo Bravo Soto y Francisco Rojas Rubilar, ambos domiciliados en calle Aldunate N° 51 de esta ciudad. La defensa del acusado estuvo a cargo del Defensor Penal Público Jaime López Allendes, domiciliado en Prieto Norte N° 333, de Temuco.

SEGUNDO: Que, los hechos materia de la acusación, según auto de apertura de juicio oral, ocurrieron el 23 de mayo del presente año, alrededor de las 02:00 horas, en circunstancias que Marcelo Ruperto Pino Modines y su madre, se encontraban durmiendo en el interior de su domicilio, oportunidad en que el acusado escaló la reja que resguarda y separa la propiedad de la vía pública, ingresando al patio del inmueble y, acto seguido, entró a la casa habitación por una puerta trasera, que se encontraba cerrada sin seguro. Una vez adentro de la vivienda, el acusado se dirigió al living-comedor, lugar en el cual se apoderó de un equipo musical marca Aiwa con sus respectivos parlantes,

especies que dejó sobre la mesa del comedor. Cuando este accionar era llevado a cabo, el acusado fue sorprendido dentro de la casa por la víctima y su madre, quienes lo retuvieron y solicitaron ayuda a Carabineros. Mientras esperaban la llegada de la policía, y en un momento de descuido de la víctima, el acusado se dio a la fuga, saliendo por la puerta principal de la casa habitación al antejardín y escaló la reja exterior. Durante su huida, el acusado dejó caer una billetera de cuero que en su interior contenía una liquidación de sueldo y un contrato de trabajo a su nombre. Inmediatamente después de ocurrido lo anterior, llegó al lugar personal de Carabineros, quienes junto a la víctima salieron en busca del hechor logrando su detención, algunos minutos después, cuando huía por el pasaje C del mismo sector.

Dice la acusadora que los hechos descritos son constitutivos del delito de robo con fuerza en las cosas efectuado en lugar habitado, descrito y sancionado en el artículo 440 N° 1 del Código Penal, cometido por el acusado en grado de frustrado pero, no obstante lo anterior, conforme el artículo 450 inciso primero del Código Penal dicho delito debe castigarse como consumado. Sostiene, además, que al acusado le ha cabido participación en calidad de autor, de conformidad a lo establecido en el artículo 15 N° 1 del Código Penal, reconociendo que concurre en su beneficio la atenuante de irreprochable conducta anterior prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, y que no concurren circunstancias agravantes. Es por ello que solicita la aplicación de una pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo.

TERCERO: Que, la defensa efectuada por el abogado López Allendes señaló que no desconocía la existencia del delito por el que se acusó, reconociendo que su defendido sí escaló una reja baja y que fue sorprendido en el interior de la casa, destacando que en ningún caso hubo violencia de su parte hacia los moradores, ni tampoco resistencia a ser capturado. Duramente fustigó a la acusadora por no haber obrado con objetividad en la investigación, pues a su juicio resultaba palmaria la necesidad de constatar pericialmente la inimputabilidad disminuida del acusado como también el entorno social en que él se desenvolvía. En la clausura mantuvo sus afirmaciones, según las cuales el acusado carece de capacidad para representarse valóricamente y jurídicamente las consecuencias de sus actos, por lo que pidió se aplicara una pena justa que le reconociera la concurrencia de las minorantes previstas en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, su irreprochable conducta anterior, y la del artículo 11 N° 1 en relación al artículo 10 N° 1 del mismo Código, dada su menor capacidad intelectual. Por ello pidió se aplicara la pena de presidio menor en su grado máximo y se le concediera el beneficio de la libertad vigilada.

CUARTO: Que, las partes no alcanzaron convenciones probatorias.

QUINTO: Que, el Ministerio Público, con la finalidad de acreditar los cargos, presentó prueba testimonial, documental y evidencia material, deponiendo la víctima Marcelo Ruperto Pino Modines y su madre doña Juana María Modines Ríos quienes coincidieron en señalar que la noche del 23 de mayo del presente año, alrededor de las dos de la madrugada, se despertaron pues sintieron ruido en el interior de la casa y al levantarse y encender la luz, vieron que en el living comedor había un sujeto que se escondía en un rincón, le preguntaron qué hacía allí y este sólo murmuró, tomándolo sin que opusiera resistencia. Dijeron que el equipo musical de su propiedad, marca Aiwa, y sus dos parlantes estaba ahora sobre la mesa del comedor, pese a que ellos lo mantenían en un mueble modular. También concordaron en que cuando la señora Modines Ríos fue a llamar por teléfono a los Carabineros, aprovechando un descuido de don Marcelo Pino, el sujeto huyó por la puerta principal y saltó el cerco de la casa. Por último, ambos están contestes en afirmar que su vivienda tiene un cerco metálico, de aproximadamente 1,50 ó 1,60 metros de altura, que esa noche estaba cerrado con llave, y cuyas fotografías reconocieron en la audiencia, cuando les fueron exhibidas por el Fiscal, al igual que aquellas del equipo musical marca Aiwa. Ambos deponentes señalaron al acusado como el sujeto que ingresó a su domicilio esa noche. Don Marcelo Pino indicó, además, que observó cuando al huir el sujeto, saltando el cerco, se le cayó a éste una billetera, reconociendo como tal la especie exhibida por el Fiscal; indicó, también, que él acompañó a los Carabineros y

que a sólo un par de cuadras de su domicilio observó que el sujeto corría despacito, por lo que lo aprehendieron.

También depuso el funcionario aprehensor Segundo Cárdenas Ulloa, quien dijo que recibió un llamado radial, respecto a un robo a una casa en el Pasaje Trovolhue y que al llegar allí los moradores le dijeron que un individuo había entrado a su domicilio a robar y que se le había caído una billetera cuando huía, dijo que la revisó y ella contenía un contrato de trabajo y un finiquito a nombre de Alejandro Leal Epul, reconociendo como tales documentos los exhibidos por el Fiscal. Agregó que junto al ofendido salieron a recorrer las cercanías encontrando así, a unas 3 cuadras, a un sujeto que el ofendido reconoció como el hechor, al que detuvieron, sin que opusiera resistencia, pese a que debió correr tras él cerca de media cuadra. Reconoció como tal detenido al acusado Leal Epul.

SEXTO: Que, renunciando a su derecho a guardar silencio, el acusado Alejandro Mauricio Leal Epul declaró reconociendo que pasado las dos de la madrugada había entrado a robar a una casa, para lo cual saltó un cerco metálico y luego entró por una puerta trasera; que allí tomó un equipo musical que dejó sobre la mesa; y, que cuando llegó el dueño de casa sólo se quedó allí, aprovechando de arrancar cuando fueron a llamar a los Carabineros. Además, refirió algunos datos de su historial vital, manifestando que había cometido un error y que pedía una oportunidad.

SÉPTIMO: Que, la defensa se limitó a contra examinar la prueba de la acusadora y a rendir prueba tendiente a establecer la conducta pretérita del imputado, sus circunstancias sociales y su nivel de capacidad intelectual.

Respecto de esta última, la asistente social Myriam Gutiérrez Orellana manifestó que de la conversación con el acusado le pareció que éste era de pensamiento lento y que por información de familiares supo que tenía antecedentes siquiátricos; además, en lo propio de su informe, dio cuenta de las deficientes condiciones socioeconómicas en que vivía el acusado y su grupo familiar.

OCTAVO: Que, las declaraciones de los testigos presentados por la Fiscalía, provienen del ofendido, de su madre y de uno de los funcionarios que se hicieron cargo del procedimiento policial y en sus dichos están absolutamente contestes en la forma en que ocurrieron los hechos sobre los que declararon, ellos fueron capaces de percibirlos, de apreciarlos por sus sentidos y expusieron un relato coherente y verosímil, por lo que aparecen como veraces y creíbles, lo que está refrendado por la evidencia material y documental incorporada en el curso del juicio, sin que hayan sido desvirtuados por ninguna prueba en contrario.

Apreciando la prueba con libertad, según lo permite el artículo 297 del Código Procesal Penal, pero

sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, se tiene por acreditado, más allá de toda duda razonable, que en la madrugada del 23 de mayo del año en curso, el acusado Alejandro Mauricio Leal Epul trepó la reja de protección del inmueble ubicado en pasaje Trovolhue N° 0205 de la población Temuco de esta ciudad, en cuyo interior pernoctaban Marcelo Ruperto Pino Modines y su madre Juana María Modines Ríos, circundando la casa e ingresando a ella por la puerta posterior, que estaba sin su seguro; una vez en el living, tomó desde un estante un equipo musical marca "Aiwa" y sus parlantes, especies que dejó sobre la mesa, siendo sorprendido por los moradores que despertaron debido a los ruidos ocasionados, quienes lo retuvieron a la espera de la llegada de Carabineros. Dicho individuo, aprovechando un momento de descuido, huyó por la puerta principal y al trepar nuevamente la reja perimetral se le cayó su billetera en la cual portaba copia del contrato de trabajo y un finiquito, ambos con su nombre. Posteriormente, fue aprehendido a corta distancia del lugar, por funcionarios de Carabineros.

NOVENO: Que, los hechos anteriormente referidos tipifican el delito de robo con fuerza en lugar habitado, cometido mediante escalamiento, en perjuicio de Marcelo Ruperto Pino Modines, en grado de frustrado, previsto y sancionado en los artículos 432, 440 N° 1 y 450 inciso 1° del Código Penal, con la pena de presidio mayor en su grado mínimo y acreditan debidamente que al acusado Alejandro Mauricio Leal Epul, le corresponde una participación culpable y penada de autor, por haber intervenido de manera inmediata y directa en su ejecución.

DÉCIMO: Que, en efecto, el delito quedó acreditado con los testimonios de ambas víctimas, los cuales refieren que el sujeto al que reconocieron en el juicio, escaló la reja perimetral de su inmueble, que esa noche estaba cerrada con llave, luego ingresó al interior de la vivienda por una puerta que estaba sin seguro, estableciéndose así la fuerza empleada, el escalamiento que realizó, por cuanto al saltar la reja para ingresar al domicilio, entró a éste por vía no destinada al efecto, venciendo así las protecciones exteriores del inmueble. Tales testimonios señalan, también, las especies muebles, de propiedad de los moradores, de que el hechor trató de apropiarse con ánimo de lucro y sin la voluntad de sus dueños, apoderamiento que no logró al ser sorprendido por estos en el interior de la vivienda afectada. En fin; acreditan también la participación del acusado como autor del hecho delictual referido puesto que le reconocen como la persona detenida el día de los hechos, quien al tratar de huir dejó caer una billetera con documentación personal. Esta participación también la acreditó el funcionario Cárdenas Ulloa, aprehensor del acusado, y la propia declaración de éste en la audiencia, que reconoció su delito y pidió disculpas por él.

UNDÉCIMO: Que, el tribunal rechaza la atenuante de imputabilidad disminuida, alegada por la defensa del acusado, por estimar que ella no se acreditó en la audiencia ni se reúnen los requisitos necesarios para estimarla concurrente, toda vez que los antecedentes referentes a que Leal Epul, en 1994, fue internado durante un día por una crisis nerviosa en la unidad de psiquiatría del Hospital Regional y a que la psicóloga doña Sissi Vidal Chávez le diagnostique un trastorno mental no especificado de tipo no sicótico, en caso alguno permiten arribar a la convicción que esta condición de su persona sea de tal magnitud que pudiera ser considerada por el tribunal como constitutiva de una eximente incompleta de responsabilidad penal, en los términos señalados por el artículo 11 N° 1, en relación con el artículo 10 N° 1, ambos del Código Penal; más aún, la propia perito ya referida, en la conclusión tercera de su informe señala que Leal Epul "presenta algunas dificultades en la esfera intelectual, tales como alto grado de concretismo, dificultades para comprender conceptos abstractos, lentificación del pensamiento, empobrecimiento de asociaciones y contenidos, simplificación de análisis y dificultades de comprensión", características todas que son concordantes con su privación socio cultural y su bajo grado de escolaridad, pero que no implican alteraciones de la conciencia, ni del juicio de realidad, ni tampoco demuestran que él carezca del poder de controlar sus impulsos y, aunado a los demás antecedentes que emanan del juicio permiten no dar por configurada la atenuante invocada.

DUODÉCIMO: Que, la Fiscalía y la defensa estuvieron de acuerdo en señalar que el acusado carece de reproches penales pretéritos, lo cual también consta del contenido del extracto de filiación y antecedentes del acusado presentado en la audiencia.

DÉCIMO TERCERO: Que, favoreciendo al acusado una atenuante y no afectándole agravantes, la pena asignada al delito debe serle aplicada en el mínimo del respectivo grado.

DÉCIMO CUARTO: Que, no reuniéndose respecto del acusado Leal Epul ninguno de los requisitos legales, no se le concederá ningún beneficio alternativo, debiendo por tanto cumplir efectivamente privado de libertad la pena que se le impondrá en este fallo.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 1, 7, 11 N° 6, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 21, 28, 50, 67, 432, 440 N° 1 y 450 inciso 1° del Código Penal; 1, 3, 47, 295, 296, 297, 325 y siguientes, 339 al 346, 348 y 484 del Código Procesal Penal, se declara:

I.- Que se condena al acusado **ALEJANDRO MAURICIO LEAL EPUL**, ya individualizado, a la pena de **CINCO AÑOS Y UN DÍA** de presidio mayor en su grado mínimo, a la de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios público y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para el ejercicio de profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas

de la causa, en su carácter de autor del delito de robo con fuerza en lugar habitado, en grado de frustrado, cometido mediante escalamiento, en perjuicio de Marcelo Ruperto Pino Modines, perpetrado en Temuco, en la madrugada del 23 de mayo de 2002.

II.- El sentenciado deberá cumplir cabalmente la pena corporal impuesta, por no reunirse a su respecto ninguno de los requisitos de la Ley 18.216, la que se le contará desde el 23 de mayo de 2002, época desde la que se encuentra interrumpidamente privado de libertad, según consta del auto de apertura del juicio oral.

Devuélvase a los intervinientes la documentación incorporada en la audiencia.

Ejecutoriada la presente sentencia, dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal, oficiándose a la Contraloría General de la República, Servicio de Registro Civil e Identificación y

al Centro de Cumplimiento Penitenciario de Temuco, adjuntándole, en su oportunidad, copia autorizada de esta sentencia con el atestado de encontrarse ejecutoriada.

Redactada por el juez señor Juan Ángel Muñoz López.

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

R.U.C. 02 00 06 31 47 – K

R.I.T. 089 / 2002

(Código 00809)

Dictada por los jueces señores Leopoldo Vera Muñoz, Presidente de la Sala, Erasmo Sepúlveda Vidal y Juan Ángel Muñoz López.-

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

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

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de robo con intimidación en grado de consumado. Fundó su acusación en que el acusado, acompañado de tres sujetos, ingresó a la oficina de una constructora y premunidos de armas de fuego intimidaron a los empleados que se encontraban en el lugar con el fin de obtener la entrega de los sobres con los sueldos del personal. En la comisión de este delito estimó que le afectaba la agravante del artículo 12 N° 14 del Código Penal. Además solicitó se dispusiera el comiso de una camioneta que habría sido comprada con el dinero robado. La Defensa reconoció la ocurrencia del ilícito, pero alegó que al acusado no le había cabido participación en él. Argumentó a favor de su absolución que no pudo participar en el delito por cuanto a la fecha de su comisión se encontraba herido de bala en un muslo. El Tribunal estimó acreditada la existencia del delito, así como la participación del imputado, en virtud de los antecedentes aportados por la Fiscalía. Fundamental resultó la declaración de los empleados intimidados, quienes vieron al acusado mientras los asaltaba y lo reconocieron tanto en fotografías como en la rueda de personas. Respecto de las alegaciones de la Defensa las desestima en atención a que los testigos presentados para acreditarlas no produjeron convicción, por una parte dada la fuerza de las pruebas presentadas por la Fiscalía, y por otra por la fragilidad de los testigos de descargo. El Tribunal acogió la agravante alegada por la Fiscalía desechando la teoría de la Defensa que sostuvo que se trataba de una reincidencia ficta y no verdadera, y que con su aplicación vulneraba el principio de non bis in idem. Para ello se basó en una interpretación armónica del artículo 91 del Código Penal. Respecto del comiso del vehículo, lo rechazó, por cuanto consideró que se acreditó que quienes lo adquirieron fueron los padres del acusado.

Texto completo:

Antofagasta, veintiocho de diciembre del, año dos mil dos.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, con fecha veintitrés del presente mes y año, ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, constituido por los jueces señora Myriam Urbina Perán, señor Marcos Kusanovic Antinopai y Dinko Franulic Cetinic, se llevó a efecto la audiencia del juicio oral de la causa rol único 0200039433-8, rol interno del tribunal N° 62-2.002, seguida en contra de Leonardo Fabián Suazo Astorga, cédula nacional de identidad N° 12.214.502-6, chileno, soltero, 30 años, domiciliado en calle Lorenzo Arenas N° 7.554, Población La Portada, con antecedentes penales anteriores.

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

La defensa de los imputados estuvo a cargo del Defensor Penal Público señor Ernesto Vásquez Barriga, asistido por el abogado señor Luis Masferrer Farías, ambos domiciliados en calle Balmaceda N° 2536 4° piso, Antofagasta.

SEGUNDO: Que el Ministerio Público al deducir acusación en contra del acusado, según se lee en el auto de apertura de juicio oral, la fundó en que el día 28 de marzo del año 2.002, aproximadamente a las 15:15 horas, el acusado, acompañado de tres sujetos, ingresó a las dependencias administrativas de la Empresa Constructora Bascuñan Pérez de Arce y Compañía Limitada, ubicadas en calle Pedro Aguirre Cerda sin número de esta ciudad y premunidos de armas de fuego intimidaron a los empleados Rubén Quintana Salazar y Alexander Rojas Tapia para luego apropiarse de los sobres con los sueldos del personal sustrayendo en total la suma de \$ 26.578.214.

La Fiscalía expresó que los hechos descritos configuran el delito de robo con intimidación consumado que describe y pena el artículo 432 con relación con el 436 inciso primero, ambos del Código Penal, atribuyendo al acusado participación en calidad de autor.

En cuanto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, el Ministerio Público planteó que concurre la agravante de cometer el delito mientras cumple una condena, por lo que solicitó que se le sancionara con 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, inhabilitación absoluta para profesiones titulares durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas de la causa. Además, pidió que se dispusiera el comiso de una camioneta que habría sido adquirida con el producto del delito.

TERCERO: Que la defensa en sus alegatos de apertura y clausura sostuvo que no hace cuestión respecto del delito mas en el mismo su cliente no tuvo participación, habiéndose producido su imputación por la estigmatización que pesa sobre quienes tienen antecedentes penales anteriores.

CUARTO: Que el delito de robo con intimidación imputado se configura por la apropiación de especies muebles ajenas con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, mediando en lo que nos interesa amenazas, en el acto de cometerlo, con la finalidad de lograr su entrega.

QUINTO: Que para arribar a la decisión condenatoria el tribunal tuvo especialmente presente las declaraciones de Rubén Quintana Salazar y de Alexander Rojas Tapia.

El primero señaló que trabaja como empleado administrativo en la empresa constructora, encontrándose a cargo de la liquidación y pago de las remuneraciones del personal.

El día 28 de marzo del año en curso, cobraron el cheque del dinero destinado a dicho pago y posteriormente con su asistente Alexander Rojas procedieron a introducirlo en los sobres destinados a los trabajadores. Aproximadamente a las 14:55 horas, cuando ordenaban los sobres, apareció en la puerta una persona que portaba un arma de fuego. Los hizo tenderse en el suelo y luego entró una segunda persona. Sintió pasos, al parecer de dos personas más que pasaban sobre ellos y procedieron a sacar los sobres, los echaron en algo, tal vez un bolso y escaparon. Salió a gritar pidiendo auxilio, vio a los sujetos corriendo y que trabajadores de la empresa tratando de perseguirlos pero le dio un shock nervioso por lo que debió ser trasladado hasta un centro médico.

Dijo que el dinero sustraído asciende a una suma cercana a los \$ 27.000.000 y que es propiedad de la constructora.

En términos similares declaró el testigo Alexander Rojas Tapia quien señaló que trabajó como ayudante administrativo de la constructora.

Agregó que al huir los sujetos pudo determinar que eran cuatro y que cuando su compañero se desmayó lo llevó dentro de las oficinas oportunidad en que sintió un disparo.

Indicó que para ingresar a las oficinas los sujetos lo hicieron por la parte trasera del terreno y al salir utilizaron la parte delantera, debiendo saltar una reja de aproximadamente dos metros veinte centímetros de altura.

A los dichos anteriores deben sumarse los de Rodrigo Echeverría Bascuñan, quien indicó que es el administrador de la obra de la Empresa Constructora Bascuñan Pérez de Arce y Compañía Limitada, por lo que sabe que en el ilícito que se cometió en las oficinas se sustrajo dinero, reconociendo un certificado que emitiera a este respecto, en el que consta que la suma sustraída asciende a la cantidad de \$ 26.578.214.

Por último, cabe consignar lo expresado por el oficial de carabineros Rodrigo Pavez Díaz quien dirigió la investigación practicada a propósito de estos hechos por lo que, en lo que toca al delito propiamente tal, pudo determinar que cuatro sujetos, premunidos de armas de fuego, amenazaron a empleados de la afectada sustrayendo la suma antes señalada, sustentándose, fundamentalmente, en lo que le señalaron trabajadores de la empresa.

SEXTO: Que de este modo, para establecer la existencia del delito contamos con los dichos de quienes experimentaron personalmente los actos de coacción mediante amenazas, narrados de manera clara, categórica y pormenorizada, dando cuenta, además, que tenían por objeto obtener la entrega de las especies que tenían consigo, los que, por el medio empleado y la forma en que se efectuó necesariamente produjo en los destinatarios temor cierto y real de sufrir un mal grave, testimonios que por su consistencia, coherencia y precisión, por sí solos, libremente apreciados, bastan para dar por acreditado la integridad de los hechos de la acusación.

Mas se ven ratificados, en primer lugar, con lo señalado por el administrador de la obra de la afectada Rodrigo Echeverría Bascuñan quien dio cuenta haber tomado noticia del ilícito y especialmente del monto preciso sustraído y, en segundo término, con lo expresado por el oficial de carabineros Rodrigo Pavez por cuanto escucharon la narración de los testigos directos, en el tiempo inmediato a la perpetración del ilícito, esencialmente coincidentes con lo señalado por estos en el juicio, dando así unidad y persistencia a la misma.

De este modo los dichos de Rubén Quintana y Alexander Rojas aparecen confirmados por la demás prueba testimonial rendida por el Ministerio Público y si a ello sumamos que no existe prueba en contrario o algún antecedente que lleve a desvirtuar lo que afirmaron, refuerzan su credibilidad en función de otorgar a su exposición tal contundencia que, de manera unívoca, lleva a establecer sus dichos como los hechos de la causa.

SÉPTIMO: Que sobre la base de la prueba testimonial rendida por el Ministerio Público, libremente apreciada por el tribunal, se puede establecer la efectividad de los hechos imputados en la acusación, esto es, que el día 28 de marzo del año 2.002, aproximadamente a las 15:15 horas, cuatro sujetos

ingresaron a las dependencias administrativas de la Empresa Constructora Bascuñan Pérez de Arce y Compañía Limitada, ubicadas en calle Pedro Aguirre Cerda sin número de esta ciudad y, premunidos de armas de fuego, intimidaron a los empleados Rubén Quintana Salazar y Alexander Rojas Tapia para luego apropiarse de los sobres con los sueldos del personal sustrayendo en total la suma de \$ 26.578.214.

Además, debe establecerse que los hechos actuaron movidos por ánimo de lucro pues tal ánimo deviene como necesaria consecuencia del hecho de la apropiación, de la forma y medios empleados para obtenerla y de la inexistencia de algún antecedente que permitiera suponer la concurrencia de un ánimo distinto en la apropiación, como, por ejemplo, perjudicar a la afectada.

OCTAVO: Que los hechos acreditados en la consideración precedente constituyen el delito de robo con intimidación consumado previsto y sancionado en el artículo 436 inciso primero del Código Penal, pues resultó probado que los autores se apropiaron de especies muebles ajenas, con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueña, para lo cual amenazaron a trabajadores de la afectada que tenía a cargo estas, en el acto de cometerlo, con la finalidad de lograr su entrega.

NOVENO: Que la participación del acusado Leonardo Suazo Astorga se estableció con las imputaciones precisas y directas de Rubén Quintana Salazar y Alexander Rojas Tapia, quienes lo sindicaron como la persona que ingresó primero a la oficina donde estaban preparando los sobres con las remuneraciones. Lo hizo premunido de un arma de fuego, los conminó a tenderse en el suelo y, luego, acompañado de sujetos que ingresaron posteriormente, puso el dinero en un bolso u objeto similar para salir huyendo.

Indicaron que actuó con el rostro descubierto por lo que lo vieron nitidamente.

A la policía lo describieron como un sujeto bajo, moreno, de pelo corto y con facciones simétricas de la cara, características estas que presenta el acusado como constató el tribunal en la audiencia.

Indicaron que la policía les exhibió aproximadamente treinta fotografías donde lo reconocieron y luego hicieron lo mismo en una rueda de personas en la fiscalía.

A lo anterior debe agregarse los dichos del funcionario policial Rodrigo Pavez en cuanto ratificó que los testigos reconocieron al acusado en las oportunidades señaladas.

Así, principalmente, contamos con los dichos de dos testigos presenciales quienes sindicaron al acusado como ejecutor material directo del delito.

Se trata de imputaciones precisas, directas, consistentes y verosímiles, tanto objetiva como subjetivamente.

En efecto, son objetivamente verosímiles en la medida que el lapso que duró la realización del ilícito, la circunstancia que actuara con el rostro descubierto a plena luz del día dentro de un recinto cerrado donde pudieron verlo a corta distancia y nuevamente cuando huía, las hace lógicas en sí mismas y apegadas a las reglas de la experiencia.

También debe recordarse que las expresiones de estos testigos respecto al delito mismo resultaron totalmente acreditadas en el juicio, no sólo por su propia calidad, sino también por haber sido corroboradas por otros elementos objetivos y, en la práctica, aceptadas pura y simplemente por la defensa. Por lo mismo, así como ninguna duda merecen los testimonios respecto de las circunstancias objetivas del delito, no hay antecedente alguno que permita minar su credibilidad, ahora en el momento de analizar la atribución que del mismo hicieron al acusado.

La imputación es subjetivamente verosímil desde que no existe ningún antecedente que permita, siquiera suponer, alguna alteración psico-orgánica que hiciera dudar de su credibilidad por presentar tendencias fabuladoras o fantasiosas.

Por otra parte, también desde el punto de vista subjetivo, debe descartarse que tuvieran algún móvil espurio para falsear o inventar sus afirmaciones como una relación previa con el acusado que moviera sentimientos de odio, resentimiento, venganza o enemistad pues no lo conocían previamente.

Si a ello se une la persistencia que han tenido en la incriminación tanto ante la policía, la fiscalía y el tribunal, se forma convicción absoluta en el tribunal respecto de la efectividad de la misma.

DÉCIMO: Que, de este modo, la prueba de cargo contra el acusado, libremente apreciada, permite establecer como un hecho de la causa que intervino en el delito establecido en el motivo octavo de esta sentencia de una manera inmediata y directa, es decir, como autor.

UNDÉCIMO: Que la defensa sostuvo que el acusado no participó en el delito y no pudo hacerlo pues sufrió una herida a bala en una pierna el día 27 de marzo del año en curso.

Que el acusado tuvo una herida a bala en la pierna derecha fue acreditado pacíficamente en la causa. Así lo señala el dato de la atención de urgencia que se le practicara el día 2 de abril del año en curso en que fuera detenido y el informe médico que elaborara el legista señor Juan Cabanne. Este indicó que el acusado presentó una herida a bala en el muslo derecho sin salida de proyectil, no complicada. A su turno el investigador policial Rodrigo Pavez Díaz expresó que cuando se detuvo al acusado se constataron lesiones y posteriormente vio una radiografía de la pierna derecha. El proyectil estaba alojado en esa pierna, de manera perpendicular al suelo, por lo que de acuerdo a

su experiencia y conocimientos balísticos explica su ubicación por haber ingresado por el costado derecho del muslo. Además, si el acusado es diestro podría presumirse que fue una herida accidentalmente causada por él mismo pues la dirección supone que el arma fue disparada con el brazo extendido en línea recta al suelo. Por último observando la radiografía señaló que el proyectil puede ser de un calibre 22.

El problema radica en determinar la fecha de la herida. Según el Ministerio Público ella pudo haber sido causada el mismo día de los hechos, cuando el acusado huía del lugar, al disparársele el arma que portaba pues, como lo narró el testigo presencial Alexander Rojas, en esas circunstancias sintió un disparo.

A su turno la defensa indicó que el acusado sufrió la herida el día anterior a los hechos.

En apoyo a tal hipótesis hizo declarar a Manuel Oliver Miranda, Rubén Rivas López y Rafael Palacios Maluenda, quienes indicaron que junto al acusado estaba cumpliendo penas en la cárcel de esta ciudad bajo la modalidad de salida diaria. La noche del miércoles 27 de marzo el acusado llegó herido lo que recuerdan pues los días jueves, en la tarde, se juntaban a jugar fútbol y por la herida el acusado no pudo jugar al día siguiente. Todos indicaron no saber el origen de la herida.

Además, la defensa hizo declarar a Priscila Rojas Leyton quien señaló que conoce al acusado ya que es amiga de la familia. El día 27 de marzo, en la tarde, se iban a juntar para ir a un cumpleaños infantil de la hija de una amiga. En el Pasaje Gabriel Silva se percató que se estaba reuniendo gente y vio que acusado estaba en el suelo, herido, sangrando de una pierna y ella se fue. Este no le contó ni supo lo que ocurrió.

Las declaraciones de estos testigos no producen convicción alguna en el tribunal, pues, por lo pronto, las imputaciones de cargo son de tal calidad que provocan certeza absoluta en el tribunal respecto de la participación del acusado.

Además, las mismas adolecen de una serie de fragilidades que lleva, en síntesis, a desecharlas. En efecto, en todos los casos quienes declaran son amigos del acusado.

Tratándose de la señora Priscila Rojas ya la invitación al acusado a una fiesta infantil resulta dudosa. En segundo lugar, no obstante su grado de amistad, si bien lo vio herido en el suelo y rodeado de gente extraña, no se quedó en el lugar, no se preocupó de que se le prestara atención médica, no se comunicó con sus familiares, no realizó actividad alguna que se condijera con la gravedad de los hechos y ni siquiera se informó de lo que había ocurrido. Por último, es inverosímil que, si como lo dice la testigo, producto del disparo de un arma de fuego una persona es herida en la vía pública, en horas de la tarde, lo que motiva la atención de un

numeroso grupo de personas, ninguna de las autoridades de persecución penal tomara conocimiento de los hechos.

En cuanto al grupo de testigos que estaba privado de libertad junto con el acusado sus dichos también resultan inverosímiles. La precisión con que narran la fecha hace dudar de su mérito y la explicación de ello resulta manifiestamente baladí, más aún cuando, por ejemplo, uno de ellos, Manuel Oliver, prestando declaración ante el fiscal el día tres de abril del año en curso, es decir, menos de una semana después de que supuestamente se produjeron los hechos, no recordó la fecha exacta haciendo una mera referencia genérica.

De esta manera la hipótesis de la fiscalía respecto del origen de la herida queda como plausible en atención a su naturaleza y la dirección del proyectil. Sin perjuicio de lo anterior, aún estimando que la prueba es insuficiente para acreditar que esa sea la causa, ello se debe no a que esté en lo cierto la tesis de la defensa, sino a que es posible conjeturar que la herida se produjo en el lapso de cuatro días que medió entre la comisión de delito y la detención del acusado y, en todo caso, dejar incólume su responsabilidad sobradamente establecida en el juicio.

DUODÉCIMO: Que la fiscalía pidió que se condenara al acusado a la pena de comiso de una camioneta Chevrolet Luv que fuera incautada durante la investigación sobre la base que se habría adquirido con el producto del ilícito. Si bien existen algunos antecedentes que podrían presumir la efectividad de lo sostenido por la fiscalía, como, por ejemplo, la declaración del funcionario investigador Rodrigo Pavez que dio cuenta que el acusado, en los días posteriores al delito, participó en los trámites de adquisición del vehículo, lo que también ratifican los documentos incorporados, especialmente el contrato de compraventa del vehículo, en que aparece que el impuesto de transferencia se pagó el día 1° de abril de este año, los mismos son insuficientes para establecerlo como un hecho de la causa más aún cuando la documentación aparece a nombre y suscrita por la madre del imputado y diversos antecedentes, incluyendo los dichos del vendedor, Abraham González, refieren que el marido de esta, padre del acusado, es quien adquirió el vehículo y que en las tratativas participaron diversos familiares como, por ejemplo, Carlos Cortés, casado con una de las hermanas del imputado, produciéndose también prueba documental y testifical que en cierta medida es apta para justificar ingresos suficientes para realizar la compra.

DECIMOTERCERO: Que, como lo dijo el Fiscal, agrava la responsabilidad del acusado la circunstancia prevista en el artículo 12 N° 14 del Código Penal, esto es, cometer el delito mientras se cumple una condena, acreditada en autos con el ordinario del señor Alcaide del Centro de Cumplimiento Penitenciario de esta ciudad, señor Francisco Melo Chávez, en el que se

señaló que el acusado Leonardo Suazo Astorga, al cometer el delito establecido en este juicio, cumplía una condena de cinco años y un día de presidio que le fuera impuesta en causa rol N° 27.539-4 del Cuarto Juzgado del Crimen de esta ciudad por el delito de robo en lugar habitado, la que inició el día 26 de junio del año 1.998 y finalizaba el día 25 de junio del año 2.003, bajo la modalidad de salida diaria.

Además, para acreditar esta agravante, el Ministerio Público incorporó el extracto de filiación y antecedente del imputado en que consta que efectivamente se le impuso la pena antes señalada.

La defensa pidió que no se considerara esta circunstancia sobre la base de que, tratándose de un caso de reincidencia ficta y no verdadera, la pena, aún no cumplida, no ha producido el efecto intimidatorio y de alarma pública que genera el delincuente que vuelve a cometer el delito habiendo sido ya penado. Además, expresó que de aplicarse la agravante se vulnera el principio del non bis in ídem en la medida que en nuestra legislación el quebrantamiento de condena constituye un delito en sí mismo.

Estos razonamientos no resultan ni lógicos ni jurídicamente aceptables. En primer lugar, como ya se señaló, no estamos ante el caso de quebrantamiento de condena, en el que se estima que no puede agravarse por vulneración del principio del non bis in ídem, sino en el caso de comisión de un delito mientras se cumple una condena, sin perjuicio de que, como lo ha señalado la más reciente jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema, de todas formas debe agravarse la conducta del delincuente pues en ningún caso se está sancionando dos veces el mismo hecho.

En segundo lugar, por cuanto el artículo 91 del Código Penal, en su inciso primero, para el caso de comisión de un delito mientras se cumple una condena, establece una regla sobre cumplimiento de la pena antigua y de la nueva y obviamente esta última lo será con el gravamen de la modificatoria concurrente. Cualquiera otra lectura, como la del defensor, importa dejar sin ninguna aplicación la agravante en comento y vulnerar de manera flagrante las reglas de interpretación de la ley, particularmente, los elementos gramatical, lógico y sistemático. Por lo demás, así lo dijo expresamente la Corte Suprema: "Ahora bien, (el artículo 91) su inciso primero señala únicamente la forma en que deberá cumplirse la condena primitiva y la que corresponde al nuevo delito, indicando que se hará de acuerdo a las reglas previstas en el artículo 74 del Código Penal, para el caso de imponerse varias penas al delincuente. A su vez, los incisos segundo y tercero tratan la situación de las penas perpetuas que se estaban cumpliendo o que han sido quebrantadas, fijando -en tal caso- una sola pena especial que cubre la responsabilidad proveniente de ambos delitos;"

Agregó el fallo: "Que de la lectura del texto aludido, queda de manifiesto que en el primer caso, esta disposición no impone pena alguna por la conducta del procesado que comete un nuevo delito mientras cumple una condena o después de haberla quebrantado, ya que, como se ha dicho, sólo se limita a establecer la manera de cumplir dos penas sucesivamente impuestas; en cambio, en las penas perpetuas aplica una sanción especial;"

"Que cabe inferir, en el primer evento, que la pena que se imponga por el nuevo delito, cuyo es el caso de autos, admite la concurrencia de la agravante del número 14 del artículo 12 del Código Penal, sin desmedro del principio non bis in ídem, puesto que no ha existido un aumento previo del castigo, cual ocurre en las penas perpetuas, en que no cabría aplicar esta circunstancia, porque, de hacerse, se estaría castigando doblemente por el mismo hecho;"

Además, si alguna vez han tenido eco alegaciones como la del defensor, utilizando el método teleológico se ha evitado agravar la responsabilidad del sujeto que ha cometido delitos menos graves que el actual pues, tratándose de ilícitos de distinta naturaleza, habiendo cumplido efectivamente su condena, tampoco concurriría la agravante conforme lo prevé el N° 16 del artículo 12, en cuanto exige que los delitos anteriores sean de igual o mayor gravedad. Sin embargo, ello no es aplicable al caso que nos ocupa, como quiera que el imputado fue anteriormente condenado como autor de un delito de robo en lugar habitado de modo que son reincidentes en delitos de la misma especie y que merecen igual o mayor pena que los anteriores.

DECIMOCUARTO: Que concurriendo una agravante y ninguna atenuante el tribunal tiene vedado imponer el grado inferior señalado por la ley al delito, por lo que aplicará el siguiente, en su parte más baja por parecer condigno al hecho.

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

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 12 N° 14, 14 N° 1, 15 N° 1, 24, 26, 28, 31, 50, 68, 432, 436 inciso primero y 439; 47, 295, 296, 297, 340, 341, 342, 344 y 346 del Código Procesal Penal, se declara:

I.- Se condena a **Leonardo Fabián Suazo Astorga**, ya individualizado, a la pena de **DIEZ AÑOS Y UN DÍA** de presidio mayor en su grado medio, como autor del delito de robo con intimidación en perjuicio de Constructora Bascañan Pérez de Arce y Compañía Limitada, perpetrado en esta ciudad el día 28 de marzo del año 2.002.

Se le condena, además, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación

absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

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

III.- Atendida la extensión de la pena corporal impuesta, no se concede al sentenciado ningún beneficio de la ley 18.216 por lo que deberá cumplirla efectivamente. Para dicho efecto, se le computará desde el día 2 de abril del año 2002, fecha a partir de la cual ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad, según consta del auto de apertura del juicio oral.

A continuación de la pena impuesta en esta causa deberá cumplir el saldo de la pena que la fuera impuesta en causa rol N° 27.539 del Cuarto Juzgado del Crimen de esta ciudad.

IV.- Devuélvase la camioneta marca Chevrolet, modelo Luv, placa patente LN-8079, a doña Isabel del Rosario Astorga Iturrieta.

Oficiese, en su oportunidad, a los organismos que corresponda para comunicar lo resuelto y remítanse los antecedentes necesarios a la señorita Juez de Garantía de para la ejecución de la pena.

Regístrese.

Redactada por el Juez Dinko Franulic Cetinic.

R.U.C. N° 0200039433-8

R.I.T. N° 62-2002

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

- **Condena al acusado a la pena de quinientos cuarenta y un día de reclusión menor en su grado medio, accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de abusos sexuales.**

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

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de abuso sexual, ilícito contemplado en el artículo 366 Bis del Código Penal. Fundó su acusación en que mientras el acusado vivió con la madre de la menor, éste abusó sexualmente de la niña. La Defensa solicitó la absolución del acusado por cuanto no se habría logrado acreditar los elementos del tipo penal, ni menos su participación, controvirtiendo en base a las fechas en que los abusos se habrían producido. El Tribunal estimó acreditada la existencia del delito, así como la participación del imputado, en virtud de los antecedentes aportados por la Fiscalía. De relevancia esencial, dada la forma y naturaleza del abuso sexual que busca precisamente la clandestinidad y ausencia de testigos, resultó la credibilidad de la declaración de la víctima. Esta credibilidad no pudo sino formar convicción en el Tribunal atendido que la víctima dio la misma declaración en cada una de las diferentes fases de la investigación, así como del proceso, ligado a rasgos físicos, psicosomáticos y de daño psicológico y traumático severo que fueron constatados por los diferentes peritos que la atendieron y depusieron en estrado, así como por el propio Tribunal.

Texto completo:

Villarrica, tres de enero del año dos mil tres.

VISTOS, OÍDO Y TENIENDO PRESENTE:

Que, con fecha treinta de diciembre del año dos mil dos, ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de Villarrica, constituido por la Juez Presidente de Sala, señora, Jacqueline Karen Atala Riffo, las Jueces señoras, Isabel Fernanda Mallada Costa y Viviana Loreto Ibarra Mendoza, se llevó a efecto la Audiencia de Juicio Oral relativo a los Autos Rol Interno Número 020/2002, seguidos contra WILFREDO DEL CARMEN NOVOA JARA, natural de Pucura, chileno, casado, 42 años de edad, nacido el 08 de noviembre de 1960, Cédula Nacional de Identidad N° 7.853.390-0, artesano y agricultor, con residencia en San Arturo N° 2035, Villa Todos Los Santos de la comuna de Villarrica.

Fue parte acusadora en el presente juicio el Ministerio Público, con domicilio en calle Pedro de Valdivia N° 09 de esta comuna, representado por la Fiscal Adjunto doña Tatiana Esquivel López acompañada por la asistente de Fiscal Paola Rojas Caro y el Servicio Nacional de Menores, representado en querrela particular por el abogado Jaime Eduardo Saldivia Palacios, con domicilio en Dieciocho de Septiembre N° 525, Temuco.

La Defensa del acusado NOVOA JARA estuvo a cargo de la abogada Defensora Penal Pública, doña Lucy Catalán Mardones, con domicilio en Camilo Henríquez N° 301, oficina 402, Villarrica.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, los hechos y circunstancias que han sido objeto de la acusación del Ministerio Público, según en síntesis se expresa en ella, se refieren a que mientras el acusado convivía con Carmen

Guillermina Hernández Rozas, junto a los hijos de ésta: Luis Alejandro Llancaichún Hernández de seis años y P.A.H.H. de once años, en el Fundo El Coigüe ubicado en el sector rural denominado "El Coigüe", comuna de Villarrica, durante los meses de enero y febrero de 2001, en reiteradas oportunidades habría agredido sexualmente a P.A.H.H., efectuándole tocaciones en el cuerpo, especialmente vagina, piernas, senos, besándola en la boca, entre otros actos de connotación sexual, teniendo todo ello lugar en el domicilio común. Agrega que en estos hechos se identifican claramente como elementos facilitadores de la ocurrencia y reiteración de los abusos, una importante inestabilidad e inconsistencia de la función materna por parte de Hernández Rozas, así como un grave déficit en su rol protector, lo que permitió que el encartado en reiteradas ocasiones tuviera a la víctima bajo su cuidado personal y único, lo que sumado al aislamiento geográfico del lugar donde se verificaban las agresiones, determinó un contexto de grave desamparo de la misma, permitiendo la ocurrencia de éstos y de los cuales sólo se pudo tener conocimiento cuando fueron develados por la menor en el mes de junio de 2001 a la familia Collinao Raihuanque, quien en ese momento se encontraba a cargo de su cuidado. Concluye señalando que el hecho antes descrito tipifica el delito de Abuso Sexual, contemplado en el artículo 366 bis, inciso segundo del Código Penal y obra en favor del imputado la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, puesto que no registra anotaciones prontuariales pretéritas, solicitando se le imponga en definitiva la pena de tres años de reclusión menor en su grado medio, más las inhabilidades legales y el pago de las costas.

SEGUNDO: Que la parte querellante, Servicio Nacional de Menores, representado por el abogado Jaime Eduardo Saldivia Palacios, señala adherirse íntegramente, tanto a la acusación, como a las pruebas presentadas por el Ministerio Público, añadiendo que según la experiencia de los funcionarios de ese organismo, el relato de la menor resultó veraz y a medida que transcurría la investigación fue tomando convicción que efectivamente se cometió en este proceso un hecho típico, antijurídico y culpable como es el delito de abuso sexual, previsto y sancionado en el artículo 366 bis del Código Penal, en que el autor del ilícito se valió de dos circunstancias especiales para cometerlo, como fueron el abandono y la indefensión en que se encontraba la víctima al momento de los hechos, especificadas en los numerales 2 y 3 del artículo 363 del mismo cuerpo legal, aprovechándose además, de su condición de cuidador de ésta y del desamparo de la menor por parte de su madre. Pide por último, la misma la pena solicitada por Fiscalía.

TERCERO: Que, la Defensa invoca la inocencia de Wilfredo del Carmen Novoa Jara, aunque no discute si la niña fue o no abusada sexualmente, por lo que se limita a controvertir la fecha en que estos habrían sucedido y la participación de su representado, obrero agrícola sin antecedentes, a quien le asiste la presunción de inocencia. Sosteniendo, para terminar, que tanto el Ministerio Público como querellante no lograron acreditar los elementos del tipo penal, ni menos la participación de éste en aquél, razones todas por las que en definitiva solicita su absolución.

CUARTO: Que, son hechos de la causa, por haber sido objeto de convenciones probatorias: Que P.A.H.H. nació el 21 de agosto de 1989 en Villarrica y es hija de Carmen Guillermina Hernández Rozas, la que al tiempo de ocurrencia de los hechos, mantenía una relación de convivencia con el acusado, quien trabajaba en el Fundo "El Coigüe", distante a 27 kilómetros de Villarrica, siendo su empleador, Ruperto Vargas Castro, sin que a la fecha de comisión de ellos registrara anotaciones penales anteriores y que el mismo habría contraído en esta comuna matrimonio con Adelina del Carmen Ruiz Bascuñan, el 16 de julio de 1980. Igualmente que, la menor antes individualizada se encuentra viviendo en el hogar de Menores Petronila Pincheira de esta ciudad, bajo una medida de protección del Juzgado de Menores de Villarrica, en causa rol 432, por peligro moral y/o material y que, Luis Alejandro Llancaichún Hernández, nacido el 11 de abril de 1995, en Lanco, es hijo de Carmen Guillermina Hernández Rozas.

QUINTO: Que, lo que resulta controvertido en esta causa es la participación culpable del acusado y las fechas en que supuestamente se habría cometido el ilícito.

SEXTO: Que, para acreditar los elementos del tipo penal, fueron agregados durante la Audiencia de Juicio Oral, los siguientes elementos de convicción que se pasan a valorar:

Los dichos de la víctima, P.A.H.H., actualmente de trece años de edad, hija de Carmen Guillermina Hernández Rozas, conviviente del acusado a la fecha de ocurrencia de los hechos materia de esta causa, según consta en convenciones probatorias; quien expresa cursar sexto año básico en la escuela Valentín Letelier, habiendo ingresado a dicho establecimiento con fecha 11 de junio de 2001 con un muy buen promedio de notas, ascendente a 6,3 y el año pasado un 6,4, con afición a los deportes y con el deseo futuro de ingresar al equipo femenino que integra la institución de Carabineros de Chile, para cumplir la función que ellos realizan en el cuidado de los niños. Cuenta que vive en el Hogar de Menores Petronila Pincheira, donde la fue a dejar su mamá debido a que no tenía trabajo y cuando se enteró de lo que le había hecho el acusado. Antes de ello, alrededor del mes de marzo de 2001, residía en la casa de Lucinda a quien describe, en cuanto a su edad, como "lola", con la "tía María" en el sector de la Séptima Faja, camino a Loncoche, donde la relación con ellas era muy buena, puesto que se portaban bien e iba al colegio existente en ese lugar, donde su apoderada era Lucinda, ello a requerimiento de la madre de la menor. Señala que, una noche, debido a que Lucinda le preguntó la razón por la cual era medio "cojita", le respondió que se debía a que había sido violada en tres oportunidades distintas por tres hombres diferentes y que en la última ocasión lo había hecho Wilfredo, esto es, el que vivía con su mamá en "El Coigüe", no recordando bien el lugar donde ocurrió y que también se lo había contado a una señora con la cual estuvo viviendo en la ciudad de Santiago. Explica que habría sucedido cuando, a la edad de once años, vivía junto a su madre, hermano chico y Wilfredo, conviviente de ésta, en "El Coigüe", lugar apartado, al cual se llega primero en micro y después hay que caminar o ir a caballo y en este último caso son al menos dos horas y media, que se fue a vivir al Coigüe "durante las vacaciones del año 2000, por ahí, hasta el año pasado", y que a Lucinda no le pudo contar todo porque ese día se puso a llorar, quedándose dormida. Luego, trata de explicar llorando, escribiendo en un papel, puesto que se encontraba sumamente afectada, que lo que le hacía Wilfredo se lo hacía en la casa de "El Coigüe" interrumpiendo en ese momento su declaración, rompiendo en un llanto callado, apretando fuertemente sus puños y estremeciéndose, para mantenerse profundamente bloqueada por un lapso aproximado de veinte minutos, y sólo poder agregar después, al requerírsele aclaración acerca de una carta que habría escrito, respondiendo que la escribió a petición de Wilfredo, en compañía de su mamá, quien la fue a buscar un día para ir a la casa, donde ambos residían,

en la Villa Todos Los Santos. La carta estaba escrita en un cuaderno, indicando la menor que debió pasarla en otra hoja, no estando de acuerdo con el contenido de la misma, puesto que no decía la verdad, escribiéndola sólo porque tenía miedo de que después él le hiciera algo. Su testimonio se ve refrendado con lo manifestado ante estrados por **Lucinda Elizabeth Collinao Raihuanque**, de 22 años de edad, la que indica vivir con sus padres Adán -quien trabajaba, en ese entonces, en la ciudad de Puerto Varas- y María, la que se dedica al igual que ella a labores de casa y que tiene hermanos menores, que también trabajan, y que posee un ambiente familiar bueno, tanto con sus padres como con sus hermanos. Reseña conocer a P.A.H.H. desde marzo de 2001, dado que ésta llegó a vivir primero con sus abuelos, que habitan en las cercanías de su casa, porque su mamá, "la señora Guille", no tenía donde dejarla. Iban juntas a la escuela del sector, en la Séptima Faja y era su apoderada, a petición de la madre de la menor, porque tenía que trabajar y que P.A.H.H. se fue a vivir a su casa en el mes de abril de ese año, para no quedarse sola con su hermana Ruth, puesto que su madre viajó a la ciudad de Puerto Varas a reunirse con su padre para asistir a un bautizo. Recuerda que, intrigada por la actitud de la niña, debido a que solía caminar sola, encerrarse, no jugar con su hermana chica y quejarse constantemente de dolores de estómago y ganas de vomitar, le inquirió la razón de su conducta, a lo cual P.A.H.H. le contó llorando que tenía miedo, expresándole "me hicieron algo", "me violaron". La confidencia ocurrió una noche, mientras ambas dormían en su pieza. Aclara que antes, la ofendida vivía en "El Coigüe" con su madre y Wilfredo Novoa, y que éste la había violado, al requerirle donde, le respondió que en la casa, cuando la mamá se quedaba dormida, entonces empezaba a manosearla, le tocaba las piernas, le sacaba la ropa y la violaba, inhibiéndose de seguir interrogándola, puesto que la niña lloraba con mucha tristeza. Preocupada por esta situación le comentó a su mamá la revelación de P.A.H.H. y ésta llamó urgente a su marido para que se viniera de Puerto Varas, lo cual éste hizo de inmediato y luego ambos conversaron a solas con la víctima. Dada la gravedad de tal circunstancia, su padre fue a buscar a la "señora Guille", puesto que ésta nunca más volvió a verla, después de dejarla al cuidado de su familia. Todo lo anterior es conteste a lo expuesto por su madre, María Magdalena Raihuanque Quiñenao, quien vive junto a ella y una hija menor. Relata que su marido trabaja actualmente en Osorno y que conoce a la afectada, P.A.H.H., desde el día 20 de marzo de 2001, cuando la señora Guillermina la fue a dejar "así no más" a casa de sus padres, no acordándose más de su hija y que posteriormente llegó a su vivienda en el mes de abril del mismo año, donde era tratada como un miembro más de la familia, asistiendo normalmente a la escuela del lugar. Añade que un día concurrió a su domicilio la profesora

de dicho establecimiento, inquietada por el bajo rendimiento de la niña, señalándole que "la P.A.H.H. andaba mal, en otra onda, con dolor de estómago y garganta", lo cual la testigo personalmente no lo había notado, por lo que le pidió su hija Lucinda que le preguntara y, al enterarse de lo ocurrido con ella, le dio susto y miedo, puesto que la niña pasaba enferma, lloraba y lloraba. Por este motivo mandó a buscar a su marido y juntos conversaron con la niña, la que les expresó llorando que "su padrastro, el amante de su mamá, la había violado".

Al efecto se suma también, la declaración pericial del gineco-obstetra doctor Hernán Enrique Santander Martínez, médico jefe de la Maternidad del Hospital de Villarrica, quien indica haber examinado a la menor, la que presentaba antecedentes de abuso sexual en su infancia. Señala que el examen físico genital, se encuadraba dentro de límites normales, concluyendo que evidenciaba signos de actividad sexual previa, como tampoco de violencia reciente, e himen desflorado, sin ser posible precisar el momento de la ocurrencia, pues sus huellas desaparecen si han pasado más de seis semanas. Culmina señalando que los antecedentes de violación datan de hace muchos años y la existencia de una agresión que sería reciente, vale decir, de dos o cuatro meses previos al examen, según lo referido por la niña.

Que dada la forma y naturaleza de cómo se comenten este tipo de ilícitos, esto es, precisamente buscando la clandestinidad y ausencia de testigos, resulta primordial determinar si el testimonio de la ofendida es creíble, y en este evento si es capaz de formar convencimiento en el Tribunal, para lo cual ayudan de sobremanera las pericias verificadas por Carolina Violeta Navarro Medel, psicóloga del C.A.V.A.S.; Marlene Martínez Riedberger, médico psiquiatra infanto-juvenil y Silvana Ivonne Pisani Cárdenas, asistente social. Explica la primera que le correspondió realizar la evaluación de la afectada y que la metodología aplicada en estos casos consiste en una entrevista clínica para establecer el estado psicológico de la paciente, unido a un análisis de los antecedentes reunidos hasta esa fecha en la investigación que se llevaba a cabo, cuyo objetivo es tener elementos que permitan contrastar la declaración de la niña con sus declaraciones anteriores, con la de otras personas y hallazgos físicos que se hubieren encontrado, mostrando la menor un comportamiento y conducta tímida, retraída, de baja motivación y disposición a narrar lo ocurrido, manteniendo una actitud depresiva, ampliando posteriormente su capacidad referencial, primero a través de la evitación y negación, al reexperimentar la experiencia vivida y en el momento en que la indagación alcanza niveles específicos, angustia, tristeza, sentimientos culposos, resultando para ella, una situación altamente estresante, provocándose un quiebre

de defensas, estructura de personalidad y bloqueo emocional. Muestra un relato acorde a su edad, con un rendimiento menor a su capacidad, siendo éste breve, inespecífico al igual que la ubicación temporal y pobre descriptivamente, pero la situación basal es precisa en cuanto a identificar al "caballero Wilfredo", el conviviente de su madre, a quien visualiza en un rol parental, como el sujeto del cual ha sufrido agresiones sexuales, "porque el caballero a mí me violó", atentados que también habría soportado en el pasado. No obstante, se observa en la niña una persistente tendencia a callar la situación de abuso, su capacidad de dar cuenta depende de un tercero, quien debe facilitárselo y por tal motivo lo silenció por años, produciéndose la devaluación únicamente porque un tercero se lo pide. Incluso intenta, en su narración, minimizar la agresión "primero me abrazó", para agregar después "me tocó las piernas, los senos". Posteriormente indica que este era un comportamiento habitual del imputado -conducta que la madre ratifica, según expresa la psicóloga, en cuanto a la persistente invasión de los límites corporales de la menor- para finalmente y, con mucha dificultad, señalarle que luego la habría violado, recordando nítidamente dos episodios: 1. "Mi mamá Lavaba en el río con mi hermano, quedándome sola lavando la loza, me fui a recostar y allí él me hace eso", 2. La mamá la manda a despertarlo en la mañana y allí, éste "le hace eso". Culmina la perito, que como elemento altamente idiosincrático en el relato de la menor, aparece la significación personal que otorga al concepto "violación", asociándolo a una acción abusiva al indicar "cuando el papá le hace algo malo a un niño que le ocurre en el cuerpo del niño, en la vagina y que puede hacerlo con la mano o el pene", para concluir que en todo el entorno en que se desarrolló la ofendida, se aprecian una alta necesidad de afectividad y de protección, las que se encontraban visiblemente deterioradas, siendo por esto altamente vulnerable y con un daño psicológico severo asociado a las experiencias descritas por esta. Lo señalado concuerda además, con lo reseñado por **la doctora Martínez Riedberger** que practicó la evaluación psiquiátrica de la menor, apareciendo notorio en ella la falta de expresión corporal y gestual, lentitud en su hablar, con un ánimo basal de tristeza, está, se siente y se ve triste, lo objetiviza, base sobre la cual trata de obtener la narración de la niña, coincidiendo con la anterior especialista en los aspectos psicológicos e intelectuales de la víctima, en cuanto presentaba un desorden depresivo mayor, atribuible a múltiples factores, tales como; abandono de la madre, carencias afectivas y violación por parte del conviviente de ésta, cuando le indica textualmente: "Yo fui violada por Wilfredo, el conviviente de mi mamá" y que identifica como una figura fuerte y temida, que golpeaba a su mamá y por cuya razón temía que también fuese golpeada por él, apareciendo como síntoma evidente de la depresión, un componente de inhibición grande,

traducido en la falta de afectividad, tendencia a la tristeza, que el compromiso es total, somático, fisiológico, afectivo e intelectual. Ambas peritos coinciden en que los abusos se habrían verificado a fines de 2000 y verano de 2001, como asimismo, en la credibilidad o veracidad de las vivencias traumáticas referidas por la ofendida, si se tienen presente los siguientes indicadores que han establecido las ciencias relativas a la psiquiatría y psicología con relación a este tema, a saber, la mantención del relato de la niña en todas las etapas del proceso y frente a diversas examinaciones; silenciamiento de su vivencia por largo tiempo, con un contenido congruente a su desarrollo cognitivo, propio o personal y no inducido por terceros, donde los episodios que vinculan al imputado los refiere claramente, diferentes de otras dos agresiones experimentadas en el pasado, lo que sumado a las concordancias con los dichos de otros declarantes, más los hallazgos físicos presentados en la menor y el gran compromiso afectivo que mostraba -llanto callado que no podía controlar- comprometiéndola a todo ella como persona por la afectación de profunda tristeza que manifestaba, circunstancias, todas estas, que notoriamente fueron apreciadas personalmente por el Tribunal, al declarar la víctima en la Audiencia de Juicio Oral, según quedó explicado precedentemente, añadiendo la psiquiatra como factor aún más fuerte de credibilidad, el grave riesgo que afronta la niña de mantener la dependencia afectiva con su madre, relación que para ella es trascendental, puesto que no resiste emocionalmente un nuevo abandono o pérdida de ésta, toda vez que en ella cifra las esperanzas de cambio en su afligido vivir.

A mayor abundamiento, la asistente social Pisani Cárdenas ratifica las conclusiones arribadas por las profesionales anteriores, en cuanto al rol de padre ejercido por el acusado, que la menor no cuestiona y el grave desamparo objetivo y subjetivo por el que atravesaba la niña derivados de los múltiples cambios de residencias que afrontaba, así como la sensación de falta de afecto materno, siéndole imposible a la perito extraerle lo que sentía y el abuso sufrido, puesto que lloraba y se bloqueaba, manifestando que sólo los develó al sentirse querida por la familia Collinao Raihuanque, que se encontraba a esa fecha a cargo de su cuidado, lo que de acuerdo a los conocimientos adquiridos en el área social en que desarrolla sus funciones, generalmente los niños agredidos suelen ocultar estos secretos por lealtades, por no producir disgregación en el medio, ni menos aún ser responsables de disociaciones dentro de su ambiente familiar, pues éste constituye el piso esencial de seguridad para un niño y normalmente revelan tales situaciones de abuso al sentirse acogidos fuera de su entorno familiar.

Con todo, estas declaraciones periciales se ven complementadas con la introducción legal de sus informes a la Audiencia de Juicio Oral.

Otro argumento que refuerza la sinceridad del testimonio de la afectada se encuentra en lo manifestado por el Inspector de la Policía de Investigaciones de Chile, Juan Manuel Gajardo Rocha, quien concuerda con ésta en todos los aspectos descriptivos del sitio del suceso al elaborar el informe fotográfico del mismo, incorporándose válidamente en la audiencia 27 fotografías que ilustran al tribunal junto con lo expuesto por el policía caracterizándolo, como un lugar aislado, a 27 kilómetros de Villarrica en sólo llegar hasta la entrada del Fundo "El Coigüe", al cual se accede por un sendero o huella muy complicado, dado lo abrupto del camino, por la existencia de abundante barro, debiendo vadear un estero, por la carencia de un puente, lo que impide el tránsito vehicular, debiendo continuar el trayecto ya sea a pie o a caballo y, en este último evento, el viaje demora a lo menos dos horas y media, en caso de buen tiempo, pues si no, se alarga a cinco horas en los meses de invierno, para finalizar el recorrido en el sector "El Planchón", donde se observa como única vivienda aquella que habrían habitado el grupo compuesto por la víctima, madre, hermano menor y acusado, quedando la casa más próxima al menos a dos horas atrás de camino.

Por último, no puede dejar de mencionarse en pos de valorar la credibilidad de los dichos de la ofendida, lo declarado por Cecilia Rosa Ñanculef Roa, cuñada de Novoa Jara, quien describe a la menor como una "chica humilde, tranquila, sencilla y honrada", a la que tuvo oportunidad de conocer, debido a que ésta trabajó para ella en el Lago Caburgua durante la temporada estival del año 2000, por casi veinte días, ayudándola como vendedora ambulante, volviendo posteriormente al Fundo "El Coigüe", porque quería estar con su mamá y que continuamente se quejaba de dolor de estómago.

SÉPTIMO: Que, reflexionando y conforme a los medios de pruebas ampliamente examinados y desarrollados en el motivo anterior, este Tribunal logra adquirir convicción de que el relato de la ofendida es veraz. No puede razonarse de otra manera, si se presta atención a que siempre ha sido el mismo durante las diversas fases de este proceso, no obstante haberlo referido a diversas personas que han intervenido en él y que además fue observado por estas Jueces, lo que permite descartar que haya sido inoculado por terceros, ligado también, a los rasgos evidentemente físicos, psicosomáticos, de daño psicológico y traumático severo que muestra la niña, según los antecedentes científicos aportados por los especialistas antes citados, y lo que significa exponerse públicamente ante una denuncia de este tipo, concordado además, con la descripción que tanto ésta como el Inspector de Investigaciones refieren del sitio del suceso, no hace sino refrendar el desamparo e indefensión de la ofendida para requerir cualquier tipo de ayuda o protección, suma de circunstancias que,

siguiendo el modo de cómo naturalmente ocurren las cosas, permiten a estas sentenciadoras, arribar a la conclusión unívoca de la comisión del ilícito en estudio.

OCTAVO: Que, aunque la Defensa del acusado Wilfredo Del Carmen Novoa Jara, alega como su teoría del caso la inocencia de éste y el amparo de presunción de la misma que le asiste, negando en consecuencia, toda participación en el caso que es materia de este análisis, tal hipótesis se ve claramente desvirtuada y por el contrario estas sentenciadoras estiman que su participación se encuentra suficientemente acreditada con lo señalado por la propia víctima P.A.H.H. corroborado por las testigos Collinao Raihuanque y Raihuanque Quiñena, de acuerdo a lo latamente manifestado por éstas, según quedó asentado en los considerandos que anteceden siendo sus declaraciones prestadas en forma coherente y circunstanciada, versiones que no pudieron ser impugnadas ni aún con el testimonio brindado por Carmen Guillermina Hernández Rozas, madre de la víctima y ex conviviente del encausado, ni menos con el supuesto contenido atribuido a la niña, en una carta aludida en el motivo sexto que antecede, toda vez que la testigo, afirma haber vivido solamente junto a sus dos hijos menores (P.A.H.H. y Luis) y el acusado en "El Coigüe", desde el mes de noviembre de 2000 hasta fines de febrero de 2001, ratificando lo expuesto por su hija en tal sentido. Sin embargo, avala la inocencia de Novoa Jara al reconocer que lo quiere, estando separada de éste desde hace sólo un mes, unido a que durante el transcurso de su interrogación incurrió en notorias contradicciones referente a aquellos aspectos esenciales del hecho, puesto que por una parte, señala no creerle nada a la niña, porque no la conoce bien, ya que no la crió y, además porque ella no advirtió nada, sólo viéndola jugar con el imputado sanamente; en su declaración ante Fiscalía, por el contrario, admite que mientras ambos jugaban, éste le soltó la ropa y los calzones, tirándola al barro, que frecuentemente la manoseaba en su presencia, saliendo a pescar con ella a un río cercano, pero indica "no saber cuándo se lo hizo" y que una vez vio a Wilfredo mostrarle el pene; lo cual no se condice con lo que esgrimió ante estrados, en cuanto a que todo era mentira debido a que sentía celos por otra mujer, sumado a que supo por la familia Collinao Raihuanque, que P.A.H.H. había sido violada "también" por el acusado, ya que tenía conocimiento que en el año 1996 fue violada por el padre de su hijo Luis y el abuelo de éste, utilizando la expresión "también", en tres ocasiones mientras rendía declaración, unido a la circunstancia de que espera un hijo de otro hombre, según lo expresado por la perito asistente social, Pamela Antonieta Hurgos Manríquez, aportada por la Defensa, pudiendo apreciar además el Tribunal, su avanzado estado de gravidez, evidenciándose así, que la misma tuvo otra relación, paralela a la que mantenía con el imputado en esa data.

Para finalizar y relativo a la carta de la menor mencionada precedentemente, estas sentenciadoras le restan toda validez a la autenticidad de su contenido, de acuerdo a lo expuesto por la misma víctima al ser consultada por la misiva, lo que reunido a su personalidad tímida, pasiva, llena de carencias afectivas por parte de su madre, el silenciamiento de las condiciones de abuso y de no ser la causante de un quiebre dentro de su ambiente familiar, más la imperiosa necesidad de serle insoportable una nueva pérdida de su progenitora y un nivel de pensamiento concreto a que aludieron las especialistas anteriormente, se colige que probablemente fue inducida a escribirla.

NOVENO: Que la pericia efectuada por el psicólogo del C.A.V.A.S, Juan Manuel Gálvez Villarreal, en la persona de Wilfredo del Carmen Novoa Jara, basada en una entrevista clínica psicológica que mira al área afectiva y social y reconstruye la historia vital del individuo, junto a la aplicación del Test de Rorschach, arroja que el acusado asocia roles parentales de acuerdo al género, con un padre proveedor y una madre dedicada al hogar, estableciendo relaciones de orden jerárquico dentro de la familia, donde el mayor poder lo tienen las figuras masculinas sobre las femeninas y los niños, de pensamiento concreto sin sentido de crítica y autocrítica, y una falta de control de impulsos que no canaliza por medios de satisfacción adecuados, lo que explicaría la violencia sexual, incapaz de conectarse con sus propios afectos, por lo que malamente puede empatizar con los afectos y carencias de los demás, externalizando la responsabilidad en la madre de la niña. Concluye que se trata de una persona de juicio conservado, sin patologías psiquiátricas, de estructura neurótica baja, sin mayor compromiso, intelectualmente normal y que su relato tiene una alta probabilidad de no ser veraz.

DÉCIMO: Que debe considerarse también que del mérito de las pruebas periciales largamente aludidas en motivos anteriores, se entiende configurada la circunstancia preceptuada bajo el número dos, artículo 363 del Estatuto Punitivo al entender el Tribunal que existió en este caso una relación de dependencia entre la víctima y el imputado al visualizarlo cumpliendo un rol parental con todas las atribuciones que conlleva, desechándose la establecida bajo el número tres del mismo precepto legal al considerarse que no obstante había un modelo de familia, viviendo la ofendida con su madre y en cuanto a la lejanía del sector, ello es habitual dadas las características de la presente jurisdicción.

UNDÉCIMO: Que, todos los antecedentes reseñados y analizados latamente en los considerandos precedentes, permiten a este Tribunal dar por asentados los siguientes hechos:

I. Que, en el verano del año 2001, la menor P.A.H.H. vivía en una casa ubicada en el sector rural y aislado de El Planchón, al interior del Fundo "El Coigüe", en compañía de su madre Carmen Guillermina

Hernández, su hermano pequeño y Wilfredo Novoa Jara, a la sazón, conviviente de la madre. Que dentro de ese contexto Wilfredo Novoa Jara cumplía el rol de padre, respecto de la menor.

2. Que, la menor sufrió abusos de significación sexual en este período de tiempo, cuyo detalle y circunstancia ha silenciado por su mecanismo de auto defensa elaborado, limitándose a señalar que Wilfredo "la violó". Sobre su concepto personal de violación, ha quedado establecido que significa para ella "cuando el papá le hace algo malo a un niño, que le ocurre en el cuerpo del niño, en la vagina y que puede hacerla con la mano o el pene".

3. Que, ante esta situación la afectada confidenció estos hechos a la testigo Lucinda Collinao Raihuanque y su madre María Raihuanque, manteniéndolos en igual sentido frente a la psicóloga Carolina Navarro Medel y psiquiatra infantil Marlene Martínez Riedberger.

4. Que, quedó asentado una experiencia de vida de la menor, llena de privaciones, tanto sociales, afectivas y de sobrevivencia, en cuyo contexto se silenció la situación del abuso sufrido.

5. Que, siempre en los relatos entregados por la menor a los testigos y peritos que los refirieron ante este Tribunal, sindicaba como autor de tales abusos a Wilfredo, el conviviente de la madre.

Todo lo expuesto y acreditado precedentemente en la Audiencia de Juicio Oral, más allá de toda duda razonable es constitutivo del delito de abuso sexual previsto y sancionado en el artículo 366 bis del Código Penal, cabiéndole al acusado Wilfredo del Carmen Novoa Jara, una participación culpable, en calidad de autor, prevaliéndose de la vulnerabilidad que rodeaba a la ofendida, quien veía en él la figura de un padre, siendo éste por lo demás, una persona imputable ante la ley.

DUODÉCIMO: Que el Ministerio Público reconoce a favor del acusado la atenuante del artículo 11 N° 6 de la precitada ley punitiva, esto es, la irreprochable conducta anterior, minorante que será acogida, dado que por una parte, ha sido establecida en calidad de convención probatoria, complementándose con las declaraciones que ofrecieron ante estrados y que fueron aportadas por la defensa, la asistente social Pamela Burgos, quien expresa realizar su peritaje a través de visitas domiciliarias, entrevistando a la familia de origen, conviviente y vecinos del entorno de Novoa Jara, concluyendo que el acusado proviene de una familia legalmente constituida hace aproximadamente cuarenta y cinco años atrás, dedicada al comercio, siendo el mayor de cinco hijos, desenvolviéndose dentro de un clima de afectividad, sin quiebres funcionales, con una alta claridad respecto de los roles parentales traducidos en que el jefe de hogar es el padre, quien ejerce la función de proveedor y la madre, comprometida en la

crianza de los hijos, dando origen a una dinámica familiar positiva, siendo percibido tanto por ésta como por sus vecinos como una persona tranquila, acatadora de normas de los padres, cariñoso con su entorno familiar, cordial, y trabajador, dedicándose en su juventud al canto de música mexicana y diversas actividades recibiendo instrucción de la marina y desarrollándose como mecánico, para desempeñarse finalmente en labores agrícolas, siempre con una buena interacción con sus pares. A la edad de 18 años contrae matrimonio, del cual nacen cuatro hijos y cuyo rompimiento se produce transcurridos 6 años del mismo. Posteriormente da inicio a varias convivencias, siendo la última la establecida con la madre de la ofendida, en circunstancias que ésta se desempeñaba como empleada en el restorán de sus padres. Añade que en entrevista sostenida con esta última, que a la fecha de evacuado el informe -que se introdujo válidamente en la audiencia- aún convivía con Novoa Jara, lo aprecia como un hombre bueno, que la acoge en el domicilio en que actualmente viven, facilitado por la Iglesia Alianza Misionera, ubicado en Villa Todos Los Santos, junto a su hijo menor, nacido de una convivencia anterior, observando la perito que presenta un embarazo evidente de un sexto hijo, refiriéndole ésta que no sería de don Wilfredo. A esto se agregan los dichos de Egon Segundo Gómez Bascur y Anito Alberto Parra Rubilar, los que concuerdan en señalar, siendo el primero pastor evangélico, que conocen al acusado desde el mes de Julio de este año, fecha en que llegó a la Iglesia, luego de salir de la cárcel, contando en esa oportunidad su problema, asistiendo regularmente a ésta, señalando no tener donde vivir, motivo por el cual le prestaron una casa en la Villa Todos Los Santos, perteneciente a este último, reflejándose en estos testimonios un actuar anterior y posterior que lo hace acreedor para otorgarle alguno de los beneficios que regula la Ley 18.216 y que determinará el Tribunal en definitiva.

DECIMOTERCERO: Que, constando la pena asignada al delito de dos o más grados de una divisible, esto es, reclusión menor en sus grados medio a máximo, favoreciéndole al encartado una circunstancia atenuante y no perjudicándole agravante alguna, según la regla contenida en el artículo 68 del Código Penal, el Tribunal no podrá aplicarla en el grado máximo, quedando entonces en reclusión menor en su grado medio, para posteriormente regularla prudencialmente, para finalmente quedar en definitiva en su minimun.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 1, 3, 11 N° 6, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 21, 22, 24, 26, 30, 50, 62, 68, 69, 76, 366 bis, en relación al 363 circunstancia segunda del Código Penal; artículos 1,4,45,47,275,295 al 297, 302, 309, 314, 323, 329, 333, 340, 341 al 348 inclusive y 468 del Código Procesal Penal.

SE RESUELVE:

I. Que, se condena a WILFREDO DEL CARMEN NOVOA JARA ya individualizado, a la PENA DE QUINIENTOS CUARENTA Y UN DÍAS DE RECLUSIÓN MENOR EN SU GRADO MEDIO, 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, en su calidad de autor del delito de Abusos Sexuales en contra de la menor P.A.H.H., hecho ocurrido en el Fundo "El Coigüe", ubicado en el sector rural denominado "El Coigüe", comuna de Villarrica, durante los meses de enero y febrero del 2001.

II. Que, atendida la extensión de la pena y lo ampliamente razonado en el considerando duodécimo de este fallo, concurren a favor del sentenciado los presupuestos establecidos en el artículo 4° de la ley 18.216, otorgándosele el beneficio de la remisión condicional de la pena, debiendo fijar domicilio y permanecer bajo observación de Gendarmería de Chile por igual lapso de la condena, dándose asimismo cumplimiento a los demás presupuestos del artículo 5 de la Ley 18.216. En caso que le fuere revocado el beneficio concedido, deberá cumplir corporalmente la sanción impuesta, sirviéndole de abono los 67 días que permaneció privado de libertad, esto es, entre el 2 de abril y el 5 de junio, 21 y 22 de julio del año 2002, con ocasión de esta causa.

III. De conformidad a lo dispuesto en el artículo 372 del Código Penal, se condena también a Wilfredo del Carmen Novoa Jara a la pena de interdicción del derecho de ejercer la guarda y ser oído como pariente en los casos que la ley designa y sujeción a la vigilancia de la autoridad por el tiempo de quinientos cuarenta y un días.

IV. Hágase devolución a la Fiscalía y a la Defensa de los documentos aportados durante la audiencia, bajo los debidos resguardos.

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

Téngase por notificados a los intervinientes y al condenado en la presente audiencia.

Redactada por la Jueza señora Isabel Fernanda Mallada Costa.

Regístrese.

ROL ÚNICO: N° 0100030818-4

ROL INTERNO 020/2002

Dictada por las Jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Villarrica, doña JACQUELINE KAREN ATALA RIFFO, doña ISABEL FERNANDA MALLADA COSTA y doña VIVIANA LORETO IBARRA MENDOZA. Autoriza doña Patricia Venegas de la Vega en calidad de Ministro de Fe.

Con esta fecha se notificó por el estado diario la resolución precedente. Villarrica, 03 de enero de 2003.

- **Condena a el acusado a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes; se condena a la acusada a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, accesorias legales y costas de la causa como encubridora del delito de tráfico ilícito de estupefacientes.**

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

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes y a la acusada como encubridora del mismo delito, fundándose en que los imputados se encontraban en un sector conocido por la venta ilícita de estupefacientes, y en que el acusado al ver que se acercaban carabineros le pasó un envase oscuro a la acusada, quien intentó deshacerse de él arrojándolo dentro de un quiosco. La Defensa sostuvo que la Fiscalía no pudo acreditar más allá de toda duda razonable la participación culpable de los acusados. El Tribunal estimó que la prueba rendida por la Fiscalía resultó suficiente para acreditar los hechos de la acusación. Consideró para ello principalmente el testimonio de los funcionarios aprehensores, testigos que resultaron del todo creíbles, tanto desde un punto de vista subjetivo como objetivo, y la forma y cantidad en que se encontraba la droga incautada (en papelillos), lo que denotaba la intención de venta y descartaba un destino de uso personal. La prueba rendida por la Fiscalía estableció una lógica contundente que no fue desvirtuada por la Defensa, la que no dio una explicación respecto del lugar y la forma en que fueron sorprendidos los acusados, ni respecto de la droga que tenían y que intentaron ocultar.

Texto completo:

Antofagasta, ocho de enero del año dos mil tres.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, con fecha tres del presente mes y año, ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, constituido por el juez Presidente de la Sala señor Marco Kusanovic Antinopai y los jueces señorita Carla Troncoso Bustamante y Dinko Franulic Cetinic se llevó a efecto la audiencia del juicio oral de la causa rol único 0200039339-0, rol interno del tribunal N° 66-2.002, seguida en contra de Freddy Juan Alvarado Ruiz, cédula nacional de identidad N° 13.013.497-1, 31 años de edad, soltero, domiciliado en Río Maule N° 8.921 de Antofagasta y de Rosa Andrea Piñones Rojas, de 20 años de edad, cédula nacional de identidad N° 15.014.785-9, labores de casa, domiciliada en Antofagasta calle Quebrada Baquedano N° 1.783.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por el Fiscal adjunto del Ministerio Público, don Jorge Mayne Moller, quien compareció con el abogado asistente de la Fiscalía don Rodrigo Yáñez Arriagada, ambos domiciliados en calle Condell N° 2235, de esta ciudad.

La defensa del imputado estuvo a cargo de la abogado señorita Marna Zepeda Duhalde, - Defensora Penal Público, domiciliada en Balmaceda N° 2536, 4° Piso, Antofagasta.

SEGUNDO: Que el Ministerio Público al deducir acusación en contra de los acusados, según se lee en el auto de apertura de juicio oral, la fundó en que el día 28 de marzo de 2002, a las 13:00 horas. se encontraban en

la intersección de las calles Río Maule con Río Doñihue de esta ciudad. El acusado Alvarado portaba un envase plástico negro de rollo fotográfico en cuyo interior mantenía 39 papelillos con pasta base de cocaína que pesaron siete gramos. Funcionarios de Carabineros intentaron practicarles un control de identidad pero Alvarado entregó el envase a la imputada Piñones quien lo arrojó al interior de un quiosco de confites existente en el lugar siendo ambos detenidos.

El Ministerio Público sostiene que estos hechos constituyen el delito de tráfico ilícito de estupefacientes previsto y sancionado en los artículos 5° con relación al artículo 1° ambos de la ley 19.366 atribuyéndole al acusado Alvarado la calidad de autor mientras que a la encartada Piñones responsabilidad como encubridora, favoreciéndole a esta última a circunstancia atenuante de responsabilidad penal prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal.

Conforme a ello la Fiscalía pidió que se impusiera al acusado Alvarado la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y a la imputada Piñones la pena de quinientos Cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio como encubridora del delito, en ambos casos más las accesorias legales y el pago de las costas de la causa. Por último pidió que se decretara el comiso de dos teléfonos celulares.

TERCERO: Que la defensa, en su alegato de clausura, sostuvo que el Ministerio Público no pudo acreditar, más allá de toda duda razonable, la participación culpable atribuida a los acusados.

Efectuó un análisis de la prueba de cargo y la rendida por su parte para concluir que los hechos imputados no fueron demostrados. En todo caso señaló que la mera conducta de guardar una sustancia estupefaciente no vulnera el bien jurídico protegido en este delito cual es la salud pública, sin perjuicio que ello tampoco sucede si se tiene en cuenta la escasa cantidad de droga incautada. Por ello pidió que se absolviera a los acusados.

CUARTO: Que el tribunal para arribar a la decisión condenatoria, estimó que la prueba rendida por la fiscalía resultaba suficiente para acreditar los hechos imputados en la acusación.

En efecto, en primer término, consideró los dichos del Cabo de Carabineros del O.S.-7 de Antofagasta Sergio Andrade Paillacar, quien señaló que junto con el Sargento Fuentes y los funcionarios Ascencio y Zepeda recibieron la orden de concurrir al sector de calle Río Maule en la Población Bonilla pues habitualmente se realiza microtráfico. Cerca de las 13 :00 horas iban por calle Doñihue al poniente y al llegar a Río Maule vieron a dos personas, que identificó como los acusados, paradas en actitudes sospechosas. Al ver la camioneta en que se movilizaban Freddy Alvarado le pasó una cosa negra a Rosa Piñones, por lo que se bajaron del vehículo. Por su parte siguió a la mujer mientras que Fuentes y Zepeda se dirigieron al varón. La mujer empezó a caminar rápido y en un quiosco llamado Jerusalén lanzó el objeto que había recibido hacia dentro, sin embargo, este quedó a la vista por lo que se lo pidió a la dueña del local. Se trataba de un "frasco" de rollo fotográfico y en su interior encontró 39 papelillos con pasta base de cocaína. El cabo Ascencio les efectuó el análisis narcotest que resultó positivo a la presencia de cocaína base.

Expresó que la sustancia decomisada pesó 7 gramos con envase.

En términos similares declaró Julio Ascencio Binimelis, quien expresó que ese día conducía el vehículo policial. También vio cuando el hombre -Freddy Alvarado- le entregó un objeto a la mujer -Rosa Piñones- por lo que el sargento Fuentes decidió fiscalizar a la pareja. Andrade fue tras la mujer y Fuentes con Zepeda hacia el hombre mientras que él permanecía en el vehículo policial. De igual forma indicó que la mujer se dirigió hasta el local Jerusalén donde arrojó el objeto que resultó ser un rollo de películas fotográficas en cuyo interior el cabo Andrade encontró 39 papelillos con pasta base de cocaína, que pesaron 7 gramos brutos, lo que le constó a este testigo por cuanto hizo la prueba narcotest que resultó positiva para la presencia de cocaína base.

Precisó que no vio el momento en que la mujer lanzó el objeto al quiosco y que eso lo dijo Andrade.

Lo mismo declararon los funcionarios Víctor Zepeda Avendaño y Luis Fuentes Farías. Precisarón que cuando iban a fiscalizar a la pareja ambos salieron caminando hacia lados distintos. Rosa Piñones por calle Río Maule hacia el sur y el Freddy Alvarado empezó a atravesar la

intersección pero lo alcanzaron en la mitad, mientras Andrade iba tras a mujer. Cuando fiscalizaban a Alvarado llegó el cabo Andrade y les señaló que la mujer había lanzado el objeto que le había pasado el hombre (lo que todos vieron) dentro de un quiosco existente en el lugar y en su interior encontró 39 papelillos con pasta base de cocaína. Ascencio practicó la prueba de campo narcotest, positiva a la presencia de pasta base de cocaína y la pesó, resultando 7 gramo con envase. Los funcionarios reconocieron fotografías del sitio del suceso en las que consta que el quiosco en el cual se encontró la droga está ubicado en calle Río Maule N° 8.859.

Por último, estos funcionarios expresaron que tenían información que el imputado Alvarado se dedicaba a la comercialización de droga en el sector.

QUINTO: Que, de esta forma, se cuenta con los dichos de los funcionarios policiales que participaron en el procedimiento quienes, de manera clara, categórica pormenorizada, dieron cuenta que vieron a una pareja en actitudes sospechosas. Observaron que el acusado Alvarado le pasó a Rosa Piñones un envase de rollo fotográfico y a esta tomarlo, caminar y lanzar o al interior de un quiosco. Por último refirieron que dentro de dicho envase encontraron 39 papelillos con pasta base de cocaína.

Ratifico lo anterior el Jefe del O.S. 7 de Carabineros de Antofagasta, Capitán Esteban Díaz Urbina, quien expresó que ordenó a la patrulla integrada por los funcionarios señalados dirigirse, entre otras, a calle Río Maule, pues habían recibido informaciones y denuncias que en el lugar se comercializan sustancias estupefaciente y que los funcionarios le informaron lo acontecido ese día, particularmente los hechos que motivaron las detenciones, en términos esencialmente coincidentes con lo señalado por estos en el juicio dando así unidad y persistencia a su narración.

Si a ello sumamos que no existió ninguna prueba en contrario o algún antecedente que llevara a desvirtuar lo que afirmaron los aprehensores, se reforzó su credibilidad en función de otorgar a sus exposiciones tal contundencia que, de manera unívoca, llevaron a establecer sus dichos como hechos de la causa.

En efecto, estos testimonios bastaban, por si mismos, para dar por acreditado la integridad de lo referido pues atendida la hora y circunstancias fácticas, como asimismo, la ubicación y participación que correspondió a los testigos en los hechos, se estimó que objetivamente estaban en condiciones de apreciarlos en la forma que los relataron, lo que unido a la consistencia, coherencia y precisión de sus dichos, les dio, a ojos del tribunal, plena credibilidad.

A tales cualidades objetivas se agregó, además, su verosimilitud subjetiva, desde que no existió ningún antecedente que permitiera siquiera suponer en los testigos, alguna alteración psico-orgánica que hiciera

dudar de su credibilidad por presentar tendencias fabuladoras o fantasiosas.

También se descartó algún móvil espurio para falsear o inventar sus afirmaciones como una relación previa con los acusados que moviera sentimientos de odio, resentimiento, venganza o enemistad pues no los conocían previamente, sin perjuicio que dos de ellos tenían noticias que se dedicaba al tráfico de sustancias estupefacientes. Además, aún a despecho que la defensa ni siquiera lo insinuó, se descartó la posibilidad que una deformación del celo policial los llevara a incriminar injustamente a los acusados pues, en tal evento, lógica y racionalmente, la imputación pudo ser más categórica, como, por ejemplo, relatar la observación de actividades de comercialización de la sustancia encontrada.

Sí a ello, por último, se une la persistencia en la incriminación tanto ante la fiscalía como el tribunal, se explica la convicción absoluta del tribunal respecto de la efectividad de la misma.

SEXTO: Que a lo anterior debe agregarse lo expresado por la perito Rosa Moya Vásquez, quien señaló que es químico farmacéutica del Instituto de Salud Pública de Chile y en tal calidad le correspondió analizar la sustancia incautada en el procedimiento que motivó este juicio, por lo que le consta que se trata de pasta base de cocaína de un 46 % de valoración.

Dijo que se recibió la cantidad de 2,07 gramos netos y que en la sustancia, además, se encontró fenacetina, un analgésico no autorizado en el país y que es utilizado como adulterante de la droga.

Además, debe consignarse que en la audiencia se incorporó un documento emanado del Servicio de Salud de Antofagasta, Unidad de Química y Farmacia, correspondiente al Acta de Recepción N° 068/2002, en que consta que el peso neto de la sustancia incautada ascendió a 2,1 gramos.

SÉPTIMO: Que así, sobre la base del testimonio de los funcionarios policiales presentados por el Ministerio Público, como asimismo, con los dichos de la perito química farmacéutica y documentos públicos que dieron cuenta de la recepción y análisis de la droga, todo libremente apreciada por el tribunal, se pudo establecer efectividad de los hechos imputados en la acusación, esto es, que el día 28 de marzo de 2002, aproximadamente a las 13:00 horas, ante actitudes sospechosas de un hombre y una mujer que se encontraban en la intersección de las calles Río Maule con Río Doñihue de esta ciudad funcionarios policiales se acercaron para efectuar una fiscalización. En ese momento el hombre, que portaba un envase plástico de rollo fotográfico de color negro, se lo pasó a la mujer y procedieron a huir en distintas direcciones. La mujer lo arrojó al interior de un quiosco de confites ubicado en calle Río Maule N° 8.859 siendo ambos detenidos y recuperándose el envase señalado en cuyo interior se

encontraron 39 papelillos con pasta base de cocaína de un 46 % de valoración. La droga incautada pesó 7 gramos brutos y 2,1 netos.

OCTAVO: Que los hechos descritos en el considerando precedente constituyen el delito contemplado en el artículo 5° de la Ley 19.366, en la medida que habiéndose encontrado una de las sustancias estupefacientes a que se refiere el inciso primero del artículo 1° de la misma Ley, no se justificó su tenencia mediante la autorización competente, como tampoco que haya estado destinada a la atención de un tratamiento médico a su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, sin perjuicio de que la cantidad encontrada, el tipo y pureza de la droga, su forma de distribución y ocultamiento, sumadas a las circunstancias en que fue hallada, evidencian que no tenía las finalidades antes reseñadas, por lo que lógicamente se impone, como única conclusión, que la misma estaba destinada a su transferencia o distribución a terceros.

Ciertamente, sin perjuicio de su peso neto, ya el porte de treinta nueve dosis de la droga en la vía pública desecha la posibilidad de un consumo personal y lleva directamente a pensar en su distribución a terceros, más aún cuando el imputado estaba parado en una esquina cerca de su casa. Si iba a consumir, ¿para qué ir con tal cantidad de dosis a una calle encontrándose próximo su domicilio?, donde, además, como se verá, es lugar de comercialización habitual de drogas.

Además, es público y notorio, sin perjuicio que así lo expresaron los funcionarios policiales, que la pasta base de cocaína no se consume directamente en o de los papelillos en que se encontraba, sino que se pone -sola o acompañada de tabaco u otras sustancias- en papel tabaco o en pipas para fumarla. Por lo mismo, suponiendo que los acusados pretendían consumirla, su división en las dosis incautadas resulta inexplicable. Por el contrario, como también es sabido, si se tiene en cuenta que la distribución en dichos contenedores es realizada habitualmente por quienes la expenden a los consumidores finales, se reafirma el destino establecido.

Piénsese, además, en la actitud de los acusados antes y después de advertir la presencia policial pues, la misma, no se condice con una intención distinta a la de traficar la sustancia. Ambos no estaban consumiendo la droga mas miraban en forma reiterada hacia los costados de la calle en que se encontraban en forma tal que motivó sospechas en los funcionarios policiales. Cuando los ven, demostrando de paso conocimiento respecto de quienes son o al menos en que vehículo se movilizan los policías. especializados en el control de sustancias estupefacientes, inmediatamente uno pasó a la otra la droga en su contenedor y esta rápidamente trató de deshacerse de ella huyendo y arrojándola dentro de un negocio, es decir, realizando acciones de ocultamiento propias de quienes distribuyen estupefacientes.

Por otra parte no existe ninguna explicación plausible respecto de la motivación de los acusados para estar en la esquina en que se encontraban al momento de su detención. Debe descartarse que concurrieran a comprar droga desde que la defensa no lo alegó ni tampoco existe antecedente alguno que así permita suponerlo, como por ejemplo, el porte de instrumentos para el consumo. La testigo de la defensa Jenny Vicencio intentó alguna, al señalar que como la acusada Piñones no tenía permiso para pololear con Freddy Alvarado se juntaban en la calle. Si aceptamos tal explicación no se entiende por qué si ya se habían reunido permanecieron en el lugar. Pero, por el contrario, la misma es inverosímil. Por lo pronto desde que la acusada Piñones es mayor de edad y estaba embarazada del acusado y, además, por cuanto ella, como consta del auto de apertura, vivía en un sector distinto, -calle Quebrada Baquedano- de lo que sigue que si tenían que encontrarse pudieron hacerlo en la casa de Freddy Alvarado que sí está ubicada en el sector. De todo lo relacionado con este punto lo único que resulta sugerente es la explicación que la testigo dio de la falta de permiso de los padres de la imputada Piñones para pololear al atribuirlo a los rumores que vinculaban a Alvarado con actividades de tráfico de estupefacientes.

La circunstancia que los acusados se encontraran en la esquina de calles Río Maule con Río Doñihue y que no se explicara su presencia en el lugar no resulta baladí si se tiene en cuenta que los cinco policías que prestaron declaración en la causa y los dos testigos de la defensa, la ya nombrada Jenny Vicencio Rojas y Román Cartagena Pradenas, expresaron que esa esquina es un sitio reconocido como lugar habitual de venta de droga. Incluso esta indicó que la población la llaman "barrio chino" por la cantidad de "monos" que se venden.

Además, si damos fe a los testigos de la defensa en orden a que el acusado trabaja ocasionalmente como ayudante de carpintero pero más de un mes antes de su detención estaba sin trabajar, no se entiende que poseyera tal dosis de droga de un valor alto para quien no tiene ninguna actividad laboral o, al menos, una fuente de ingresos que justifique su adquisición.

Por otra parte, debe recordarse que los funcionarios policiales Fuentes y Zepeda manifestaron que habían recibido información que el acusado Alvarado comercializaba sustancias estupefacientes en el lugar en que fue aprehendido lo que corrobora las conclusiones a las que se ha arribado.

Por último, consideramos acreditado el delito desde que la presencia de los acusados en el lugar y lo más importante, la tenencia de la droga y su forma de distribución, no mereció ninguna explicación de la defensa que permitiera desvirtuar la imputación de tráfico efectuada por la fiscalía por lo que la misma se impuso como la única razonablemente aceptable. No se trata, como lo insinuó la defensa, de deducir presunciones del

ejercicio de los acusados del derecho a guardar silencio, sino que de una cuestión diversa y mucho más general, cual es la falta de un relato alternativo que, sobre la base de los hechos acreditados, permitiera construir una explicación lógica y plausible de los mismos, de modo que, al menos, introdujera una duda en el razonamiento que llevó a establecer el delito imputado. Tal relato alternativo pues, no debe sustentarse en los dichos de los acusados, salvo que ellos quieran declarar, sino que debe efectuarlo su defensa apoyándose en la prueba rendida, ya por ella misma, ya por la fiscalía.

De este modo el delito imputado se acreditó en el juicio pues los antecedentes reunidos permitieron establecer, sin lugar a dudas, que la droga incautada estaba destinada a su transferencia a terceros sin perjuicio que tal destino ni siquiera era necesario determinarlo como quiera que la posesión o tenencia de la droga permitía presumir la existencia del delito conforme al inciso segundo del artículo quinto de la ley 19.366.

NOVENO: Que sin perjuicio que la participación de los acusados ha sido tratada junto con la existencia del delito, no está de más señalar que la misma se estableció a partir del reconocimiento de los funcionarios policiales Luis Fuentes Arias, Julio Ascencio Binimelis, Víctor Zepeda Avendaño y Sergio Andrade, quienes sindicaron a Freddy Alvarado como la persona que estaba parado en la esquina y pasó a la acusada Rosa Piñones, quien lo acompañaba, un objeto negro en cuyo interior encontraron los 39 papelillos con pasta base de cocaína ya esta como la persona que los recibió, los traslado por aproximadamente quince metros y lanzó al interior de un negocio ubicado en el lugar.

Estos testimonios permiten establecer que Freddy Alvarado Ruiz intervino en el delito acreditado en el juicio de una manera inmediata y directa, es decir, como autor del mismo, en la medida que poseía droga que, como se estableció en los motivos anteriores, tenía destinada a su distribución a terceros.

A su turno, la participación de la acusada Rosa Piñones Rojas debe ser calificada de encubridora del delito establecido pues, para impedir su descubrimiento, trató de ocultar sus efectos, en una acción que, además, por sí misma, demuestra de manera indubitada que tenía conocimiento de la perpetración del delito pues nada justifica que recibiendo el envase de un rollo fotográfico huyera del lugar evitando ser fiscalizada por funcionarios policiales y luego lo arrojara tratando de ocultarlo, sino, por que estaba consciente de su contenido.

DÉCIMO: Que, como se ve, el tribunal estableció el delito y la participación que correspondió a los acusados exclusivamente con los testimonios de los policías y la prueba pericial y documental relativa al análisis de la droga incautada.

No se ha considerado, hasta ahora, la declaración de los cuatro testigos protegidos que presentó la fiscalía pues,

como se dijo, sus dichos resultaron innecesarios para establecer los hechos penalmente relevantes en el juicio. No obstante ello, debe indicarse que tales testigos, denominados "A", "C", "D" y "E", expresaron que conocen al acusado por lo que les consta que traficaba droga en las esquinas de calle Río Maule con Río Doñihue o bien con Río Palena, pues lo veían a toda hora del día en el lugar vendiendo a menores de edad o a personas que concurren habitualmente al sector. Agregaron que comercializaba droga de manera abierta y que muchas veces los compradores incluso la consumían en el mismo lugar. Así, no se refirieron a los hechos contenidos en la acusación pues no los presenciaron, salvo el denominado testigo "C", a quien, eso sí, de inmediato debe calificarse como poco creíble desde que señaló que vio al acusado lanzar sobre el quiosco un banano y el recipiente de rollo fotográfico lo que se contrapone a los hechos acreditados como quiera que quien lo hizo fue la acusada Piñones y no sobre sino dentro de dicho local. El mismo adjetivo cabe predicar del denominado testigo "D" desde que, al ser interrogado por el propio fiscal negó haber prestado declaración ante él en la etapa de investigación, negó que la firma puesta en la misma fuera la suya y, peor aún, negó conocer al fiscal, todo lo cual resulta, por decir lo menos, poco fidedigno. En ambos casos se ve afectada la veracidad de los testigos no sólo sobre los puntos que han merecido reproches sino aquella que puede atribuirse a toda la declaración, en la medida que el resto de los dichos quedan cubiertos por un manto de incertidumbre. En lo que se refiere a las expresiones de los otros dos testigos encubiertos nada se desprende de estas para poner en duda su credibilidad. Sin embargo, ello no basta para estimar que hacen fe sobre lo que declaran aún cuando aparezcan informados, contestes y coherentes en lo que dicen. En efecto, en la medida que concurrieron los requisitos establecidos en la ley, el tribunal no pudo, sino, autorizar que estos testigos declararan ocultando su identidad, rasgos físicos y voz, en terminos que la defensa ni siquiera estuvo en condiciones de determinar el sexo de quienes declararon. Se trata así de una cuestión autorizada en la ley y, por lo demás, aceptada en diversas legislaciones e, incluso, por organismos internacionales como el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, (de manera bastante menos radical eso sí) mas ello no puede llevar a pretender que en la hora de valorar esta prueba se prescindiera de las particulares condiciones en que se prestaron desde que suponen una seria afectación del derecho de defensa de los imputados. En efecto, si para aceptar como verdaderos los dichos de los policías que declararon en la causa el tribunal tuvo presente que los mismos se prestaron respetando todos los principios que informan la producción de la prueba y, además, resultaban objetiva y subjetivamente

verosímiles, estos estándares son igualmente válidos a propósito de estas declaraciones.

Si por el secreto de la identidad de los testigos resultó imposible analizar cabalmente si eran objetivamente verosímiles, pues ello suponía una completa explicación de la razón que los llevó a observar diariamente al acusado, especialmente por qué ellos transitaban ordinariamente por esos lugares y, peor aun aún, nos vimos derechamente impedidos de todo estudio de la verosimilitud subjetiva de las declaraciones pues al asilarse la fiscalía en la norma que le permite solicitar la exclusión de toda referencia que pueda poner en peligro la protección de su identidad, quedó ajeno del examen y contra examen toda noticia de la posible vinculación de los acusados con los testigos y de las motivaciones de estos al declarar, no se cumple, ni en una mínima parte, con los patrones de valoración necesarios para dar por acreditados hechos penalmente relevantes.

Por lo mismo el tribunal no consideró las afirmaciones de estos testigos a la hora de la determinación fáctica sin perjuicio que la imputación fiscal resultara demostrada con la demás prueba incorporada al juicio.

No está de más indicar que no es el ánimo del tribunal, a priori, restar mérito probatorio a toda declaración testimonial prestada conforme a la normativa protectora establecida en la ley 19.366 pues entiende que en ciertos casos, que sí constituyan las situaciones de absoluta excepción que prevé la ley, puede hacerse fe, incluso plena, en dichos testimonios siempre que los antecedentes permitan establecer el cumplimiento de los estándares que se han considerado para ello y en su producción no se vulneren los principios que informan la prueba, particularmente el de una genuina contradicción.

UNDÉCIMO: Que la defensa solicitó la absolución de los acusados fundada, en primer lugar, en que no se acreditó su participación en los hechos imputados, efectuando un análisis respecto del mérito probatorio que, a su juicio, arrojaba la prueba de cargo.

La petición de absolución fue rechazada pues, por el contrario, y como se ha indicado, el delito y la participación fueron cabalmente acreditados de la manera indicada en las motivaciones anteriores.

Quizá merezca un pequeño comentario la afirmación de la defensa de que al contener la sustancia incautada fenacetina, medicamento que no se comercializa en Chile, el acusado Alvarado debió salir del país mas ello no fue acreditado. Tal argumento no resiste el menor análisis pues, conocido que la pasta base de cocaína no se elabora en nuestro país, la actividad de tráfico de la misma supone, siempre, su adquisición en los países productores por traficantes primarios o secundarios hasta completar la cadena que llega al consumidor final. De allí que sea perfectamente posible que el acusado ocupe un lugar incluso lejano al productor internacional pero, en todo caso, su actuar debe ser sancionado penalmente.

Otra cuestión de la cual hizo caudal la defensa fue que los funcionarios policiales no vieran ninguna transacción de droga. Está en lo cierto la defensora pero, como ya se dijo, ello resultó irrelevante desde que los demás antecedentes llevaron a concluir que la droga estaba destinada a ser distribuida a terceros sin perjuicio que, digámoslo una vez más, correspondía a la defensa acreditar que el destino de la droga era lícito, tratamiento médico- o no delictivo -consumo próximo o inmediato-.

También acertó la defensa al señalar que los exámenes de orina y pelo que resultaron negativos para el consumo de sustancias estupefacientes por el acusado se practicaron seis meses después de su detención y, por lo mismo, no merecen ser considerados lo que, como se vio, y por esa razón, el tribunal no hizo, mas ello no mejora la suerte de su cliente desde que ni siquiera alegó que la sustancia haya estado destinada a su consumo y menos aún lo demostró.

La alegación que lo único probado es que el acusado guardaba pasta base de cocaína de lo que concluye que al no estar acreditado su comercialización el hecho no es punible y, además, que por ello su accionar no vulneró el bien jurídico protegido, se responde simplemente con la demostración en el juicio que la sustancia estaba destinada a ser distribuida a terceros y, por lo mismo, se produjo una afectación a la salud pública que, como tal, merece ser penalmente sancionada.

DUODÉCIMO: Que, como lo dijo el Ministerio Público en su acusación, favorece a la acusada Rosa Piñones la atenuante de irreprochable conducta anterior, establecida con su extracto de filiación y antecedentes carentes de toda anotación penal.

Así, siendo la acusada Rosa Piñones encubridora del delito debe rebajarse en dos grados la pena asignada por la ley, llegándose a una pena de presidio menor en su grado medio. Favoreciéndole una atenuante sin que le perjudiquen agravantes se impondrá el grado determinado en su parte más baja.

A su turno, no concurriendo circunstancias modificatorias de responsabilidad penal respecto del imputado Freddy Alvarado, se le impondrá el grado mínimo asignado por la ley al delito, en su parte más baja, atendiendo que se trata de un delito de peligro.

DECIMOTERCERO: Que se rechazará la petición de comiso de los teléfonos incautados en el procedimiento pues encontrándose los mismos en poder de la acusada Piñones, proceder de dicha manera resultaría incongruente con la calidad de encubridora que ha sido determinada y, por lo demás, imputada por el propio Ministerio Público.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 7, 11 N° 6, 14 N° 1, 15 N° 1, 17 N° 2, 24, 26, 28, 30, 50, 52, 68, 69 Y 70 del Código Penal; artículos 47, 295, 296, 297, 340, 341, 342, 344 Y 346 del Código Procesal Penal; artículos 1 y 5 de la Ley 19.366, se declara:

I.- Se condena a Freddy Juan Alvarado Ruiz, ya individualizado, a la pena de CINCO AÑOS Y UN DIA de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa, como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, cometido el día 28 de marzo del año 2.002 en esta ciudad.

II.- Se condena a Rosa Andrea Piñones Rojas, ya individualizado, a la pena de QUINIENTOS CUARENTA Y UN DÍAS de presidio menor en su grado medio, a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa, como encubridora del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, cometido el día 28 de marzo del año 2.002 en esta ciudad.

III.- Se condena a cada uno de los acusados, además, al pago de una multa ascendente a cuarenta unidades tributarias mensuales.

Si los sentenciados no pagaren la multa, sufrirán por vía de sustitución la pena de reclusión, regulándose un día por cada media unidad tributaria, sin que pueda exceder de seis meses.

IV.- Que no se hace lugar a la petición del Ministerio Público de disponer el comiso de los teléfonos celulares incautados en el procedimiento los que deberán ser devueltos a la imputada Rosa Piñones Rojas.

V.- Atendida la extensión de la pena corporal impuesta no se concede al sentenciado Freddy Alvarado Ruiz ningún beneficio de la ley 18.216, debiendo cumplir efectivamente la pena privativa de libertad, la que se le contará desde el día 28 de marzo del 2.002, fecha desde la cual se encuentra privado de su libertad por esta causa según se desprende del auto de apertura del juicio oral.

VI.- Reuniendo los requisitos de la Ley 18.216, concédesele a Rosa Piñones Rojas el beneficio de la remisión condicional de la pena corporal impuesta con un lapso de observación igual a la misma ante el Centro de Reinserción Social que designe o Antofagasta en subsidio, al que deberá presentarse dentro del décimo día de ejecutoriado el fallo, satisfaciendo las exigencias del artículo 5° de la señalada ley.

Si el beneficio le fuese revocado o dejado sin efecto, cumplirá la pena íntegra y efectivamente y se le contará desde que se presente o sea habida, sirviéndole de abono al efecto, o para el evento de una sustitución, del beneficio, el lapso que alcanzó a estar privada de libertad por esta causa o bien la misma restringida por aplicación de la medida cautelar personal de privación parcial domiciliaria de su libertad según se determine por la señora Juez de Garantía de acuerdo al mérito de sus antecedentes jurisdiccionales.

Oficiese en su oportunidad, a los organismos que corresponda para comunicar lo resuelto y remítanse los

antecedentes necesarios a la señora Juez de Garantía de esta ciudad, María Isabel Rojas Medar para la ejecución de la pena.
Devuélvase las evidencias incorporadas por la Fiscalía.
Regístrese.
Redactada por el Juez Dinko Franulic Cetinic.

Rit. 66-2.002
PRONUNCIADA POR LOS JUECES DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ANTOFAGASTA DON MARCOS KUSANOVIC ANTINOPAI, DOÑA CARLA TRONCOSO BUSTAMANTE y DON DINKO FRANULIC CETINIC.

- **Condena al acusado a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de robo con intimidación en grado de tentativa; se sobresee temporalmente la causa por rebeldía respecto del segundo acusado.**

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

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de robo con intimidación. Fundó su acusación en que en horas de la madrugada el imputado junto a otro sujeto intentaron sustraerle dinero a la víctima, intimidándola el primero con un arma blanca, y forcejeando el segundo con ella en el intento de arrebatarle el bolso. En ese momento fueron sorprendidos por Carabineros. En cuanto a las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, estimó que le beneficiaba la atenuante del N° 6 del artículo 11 del Código Penal, y que le perjudicaba la agravante del N° 3 del artículo 456 Bis del mismo cuerpo legal. La Defensa sostuvo que no existió intención de sustraer especies por parte del acusado, y en subsidio alegó que se trataría de un robo por sorpresa en el cual su representado no tuvo participación alguna por cuanto no hubo concierto previo para su ejecución. El Tribunal condenó por el delito de robo con intimidación en atención a que la Fiscalía demostró que la actividad desplegada por los imputados estuvo dirigida a obtener mediante amenaza de sufrir un mal inmediato –lesiones con arma blanca- la entrega de bienes muebles ajenos. Esta sustracción no se concretó debido a la intervención policial, lo que supuso dar comienzo a la ejecución de la acción principal mediante actos objetivamente idóneos para el fin buscado, pero faltando para la consumación la apropiación. Rechazó la alegación de la defensa de entender que los hechos investigados configurarían el delito de robo por sorpresa, porque este ilícito supone el arrebato sorpresivo por sobre la coacción por medios intimidatorios. Si bien el Tribunal aceptó que hubo una acción inicial de arrebato sorpresivo, ante la resistencia de la víctima se originaron actos de violencia e intimidación que duraron al menos un par de minutos y destinadas a coaccionar su voluntad para disponer de sus especies. El Tribunal rechazó la tesis de falta de concierto con el verdadero hechor, por cuanto no resulta plausible frente a la contundencia de los testimonios contestes que acreditan que esgrimió el arma frente a la víctima. Finalmente rechazó la agravante solicitada por la Fiscalía, desestimando su concurrencia en atención a que el juicio se siguió sólo contra un acusado.

Texto completo:

Antofagasta, dieciocho de enero de dos mil tres.

VISTOS y CONSIDERANDO:

PRIMERO: El catorce de este mes y año, ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, constituido por el juez Presidente de la Sala don Marcos Kusanovic Antinopai y los jueces don Dinko Franulic Cétinic y Carla Troncoso Bustamante, se llevó a efecto la audiencia del juicio oral de la causa n° 68-2.002, seguida en contra de don LORENZO SEGUNDO CARVAJAL GALARCE, chileno, sin oficio, cédula de identidad 15.812.549-8, domiciliado en calle Las Canteras 776 de Calama.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por la Fiscal doña Vivian Retamal Reyes, asistida por la Fiscal Adjunto doña Gloria Baltasar Cayo, domiciliadas ambas en calle Carlos Condell N° 2235 de Antofagasta, en tanto que la defensa del imputado estuvo a cargo de la abogada doña Cristina Gallegos Orellana, de la Defensoría Penal Pública, domiciliada en esta ciudad, calle Balmaceda N° 2536 cuarto piso.

SEGUNDO: La acusación del Ministerio Público tuvo por fundamento la siguiente relación de los hechos: el día 9 de junio del año pasado, siendo aproximadamente las 00:05 horas de la madrugada, mientras la víctima caminaba por calle Irarrázabal de esta ciudad, momentos después de salir de su trabajo en dirección a su casa, fue atacado por los imputados, quienes se le abalanzaron por la espalda, tomándolo el acusado Arenas Ulloa de un brazo y forcejeando con él, con la intención de arrebatarle su bolso, el cual colgaba de uno de sus hombros, mientras el otro acusado Carvajal Galarce, que entonces era menor de edad, le intimidaba con un cuchillo, siendo en ese momento sorprendidos por funcionarios de Carabineros.

En opinión de la fiscal acusadora los hechos descritos tipifican el delito de robo con intimidación, ilícito previsto en el artículo 432 del Código Penal y sancionado en el artículo 436 inciso primero del mismo texto legal, en grado de tentativa.

En cuanto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, el Ministerio Público reconoce que le beneficia al acusado la circunstancia atenuante

contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, pero le afectaría la agravante de pluralidad de malhechores del artículo 456 bis N° 3 del citado cuerpo legal. También admite que respecto del acusado debería aplicársele al tiempo de determinar la pena el artículo 72 del Código Penal, pues era menor de edad al tiempo de la ocurrencia de los hechos.

Se solicita para el acusado Carvajal Galarce la pena de 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena. Además pide que se decrete el comiso de los efectos e instrumentos que empleó para cometer el ilícito y se condene al pago de las costas de la causa.

TERCERO: La acusación presentada por el Ministerio Público se dirigió también contra JUAN ESTEBAN ARENAS ULLOA, quién por no haber comparecido a la audiencia del juicio fue declarado rebelde y sobreseído temporalmente en esta causa, siguiendo adelante la acusación sólo en contra del acusado Carvajal Galarce.

CUARTO: La defensa del acusado Carvajal Galarce en sus alegaciones de apertura, difiere de la calificación jurídica que de los hechos ha efectuado la Fiscalía. Sostiene que no existió intención de sustraer especies por parte de su defendido, pero para el caso que el tribunal estimare que los hechos son constitutivos de delito, tampoco se trataría de robo con intimidación, sino por sorpresa, en los que su representado no tuvo participación alguna. En sus alegaciones de clausura reitera que su representado no tuvo la intención de robar y que lo que debe primar al tiempo de ponderar la prueba son los hechos y no la interpretación que de ellos pueden hacer los testigos.

QUINTO: El delito materia de la acusación fiscal de este juicio requiere para su configuración la apropiación por medios materiales, mediante el empleo de coacción ejercida sobre las personas, de bienes muebles ajenos, con ánimo de lucro.

SEXTO: Con el fin de establecer la concurrencia de los elementos típicos reseñados, el Ministerio Público rindió la siguiente prueba:

Prueba testimonial: **Juan Osciel Aros García**, quién interrogado sobre los hechos ocurridos el 9 de junio del año pasado, relata que pasada la medianoche y luego de haber dejado la máquina guardada - precisa que trabaja en transporte de combustibles - desde ese lugar se dirigió a su casa caminando porque se encuentra cerca. Cuando caminaba por Irrazabal a la altura de Radomiro Tomic vio a dos personas que venían caminando en sentido contrario, por lo que se inquietó. Pensó que no traían buenas intenciones, por lo que bajando desde la acera siguió caminando por la calzada. Uno de ellos le pidió cigarrillos, les dijo que no tenía, pero

como estaba desconfiando de los sujetos los siguió con la vista; entonces el de más edad se abalanzó por la espalda y como él lo observaba, le puso su mano para pararlo y empezaron a forcejear. La otra persona que se quedó a las espaldas del primero que lo tomó, tenía un cuchillo en su mano, y mientras forcejeaba con el que le tenía tomado el brazo, éste le dijo al del cuchillo, "ahora ya", suponiendo que la intención de ellos era buscar el momento para herirlo. Cuando el primero de los sujetos lo tomó por el brazo, el también lo agarró para utilizarlo de escudo y así evitar que el que tenía el cuchillo pudiera atacarlo. Luego se percató de un vehículo, que pensó que era un colectivo y luego los policías salieron persiguiendo a los dos sujetos, a los que alcanzaron un poco más abajo. Sobre las especies que portaba, explica que llevaba un bolso en el que habían elementos de trabajo, colgado por las manillas más cortas en su hombro derecho, el mismo que se le exhibe en cinco fotografías que fueron proyectadas en la audiencia e incorporadas luego como evidencia por la Fiscalía. No portaba más especies que el bolso, por lo que supone que forcejearon con él para quitárselo. Sobre el arma, reconoce el cuchillo que se le exhibe y que luego se incorpora como evidencia material como la que tenía en su mano uno de los dos sujetos. Piensa que el que tenía el cuchillo estaba buscando la mejor ocasión para herirlo, lo que no ocurrió porque ocupó al otro sujeto como escudo. El cuchillo lo vio en el lugar de los hechos y luego en la comisaría hasta donde lo llevó uno de los Carabineros que lo recogió del lugar. Aclaró al tribunal que no alcanzaron a arrebatarle las cosas que llevaba porque no les dio la oportunidad para hacerlo. Interrogado sobre lo que sintió en ese momento, indicó que en una situación así la persona sólo debe tratar de calmarse para ver como se soluciona el problema. Admite que estaba tranquilo y que trató de calmarse para ver como manejar mejor la situación y saber que hacer en ese momento. También señala que estaba sorprendido por la situación y que piensa que de no ser por la Providencia o por Carabineros que llegó al lugar en el momento podría haber terminado peor la situación para él.

Bernardo Enzo Riquelme Fariás, funcionario de Carabineros de Chile, el que refiriéndose a los hechos del día 9 de junio del año pasado, relató al tribunal que estando de servicio en el tercer turno en un patrullaje preventivo por calle Radomiro Tomic, enfrentaron Irrazabal. Como conductor viró al costado izquierdo, percatándose de que tres sujetos estaban forcejeando. Colocaron luces altas y se dieron cuenta que un sujeto trataba de "esgrimir" con un elemento que brillaba, mientras que otro trataba de quitarle el bolso a la víctima.

Uno de los sujetos corrió hacia abajo por Irrazabal y lanzó el elemento que resultó ser un cuchillo cocinero, arma que fue levantada por otro

funcionario policial, el Carabinero Aguirre, funcionario que luego pidió ayuda por radio. El Teniente a cargo de la patrulla detuvo al otro sujeto que no está presente en la audiencia. Representa en el estrado la situación que presenció. Sobre el arma, luego de describirla detallando que la punta la tenía doblada, reconoce como la misma el cuchillo con mango de madera que se le exhibe y que fue incorporado posteriormente como evidencia material de la Fiscalía. Su testimonio también da cuenta de que la víctima se valió de uno de sus atacantes como escudo para no ser atacado por el que portaba el arma blanca.

Leonel Jesús Aguirre Carvajal, Carabinero, sobre los hechos del juicio relata que ese día pasada la medianoche estando en patrullaje junto al Teniente Guajardo y como conductor el Cabo Aguirre, por la Avenida Radomiro Tomic, viraron a la izquierda. A la mitad de la calzada el conductor levantó las luces y vio a dos sujetos que forcejeaban con la víctima, la que portaba un bolso deportivo. Uno de los sujetos portaba un objeto brillante, el que vio cuando levantaron las luces. Los atacantes no se dieron cuenta de su presencia, hasta que bajaron del vehículo y gritaron "alto Carabineros" para luego arrancar, dispersándose. El volvió a la patrulla a pedir colaboración por radio, para posteriormente, luego de buscarla, encontrar en el lugar el arma blanca que uno de los sujetos usaba para intimidar a la víctima. Describe y luego reconoce el arma que la señorita Fiscal le exhibe. Toda la situación habría durado menos de un minuto, representando ante el tribunal, con la ayuda de uno de los presentes en la audiencia, la forma como se intentó reducir a la víctima. Preciso que no estuvieron más de cinco minutos en el lugar y que el forcejeo de los tres sujetos que estaban en la acera terminó cuando bajaron y dijeron "Carabineros", sin que pasara más de un minuto entre que subieran las luces y se bajaran de la patrulla.

Además de las declaraciones reseñadas el Ministerio Público también incorporó como evidencia material un cuchillo de metal, cuya hoja mide 12 cms. y una empuñadura de madera de 11 cms. Como prueba documental referida al establecimiento del delito por el cual se acusó incorporó mediante su lectura resumida Dato de atención de urgencia de la víctima, N° 0206090008 de 9 de junio de 2002 a las 00:37:14 hrs, con diagnóstico ilegible.

SÉPTIMO: Las pruebas analizadas producen convicción en el tribunal y permiten dar por acreditado, más allá de toda duda razonable, que el día 9 de junio del año 2.002, pasada la medianoche, dos individuos, uno de ellos premunido de un cuchillo cocinero, interceptaron a Juan Araos García, y bajo amenazas del arma blanca y forcejeos intentaron sustraerle especies que portaba en un bolso, siendo sorprendidos en ese momento por la policía que patrullaba el sector.

Los hechos descritos tipifican el delito de robo con intimidación en grado de tentativa, en perjuicio de

Juan Araos García, previsto y sancionado en los artículos 432 y 436 inciso primero del Código Penal, con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a máximo.

La prueba del hecho aportada por la fiscalía permite concluir que la actividad desplegada por los dos sujetos que interceptaron a la víctima camino a su casa, estuvo destinada a obtener mediante amenaza de inflingirle un mal inmediato - sufrir lesiones con arma blanca - la entrega de las especies que portaba, lo que no se concretó por la acción policial y por la propia resistencia opuesta por la víctima, quién forcejeó con uno de los acusados, como también evitando quedar al alcance del otro que portaba el arma blanca. La actividad descrita supone dar comienzo a la ejecución de la acción principal del tipo en cuestión - el apoderamiento por coacción - mediante actos objetivamente idóneos, pero faltando para la configuración en grado consumado la apropiación efectiva de los bienes por parte de los hechores.

OCTAVO: Respecto de los hechos materia de la acusación a los cuales en su esencia la Defensa no introdujo controversia, ésta sostuvo como relato alternativo que los mismos no configuraron el delito de robo con intimidación, toda vez que en su opinión lo que habría existido es la tentativa de robo por sorpresa, y respecto del cual a su representado no le cabe responsabilidad por no existir concierto previo para cometer ese delito con el imputado rebelde.

Apoya su argumentación en el relato de la propia víctima quién declarando en el contra examen admitió que el joven que le pidió cigarrillos y que luego se devolvió para atacarlo no está presente en la audiencia; que al acusado lo vio armado con un cuchillo después que otro sujeto lo tenía tomado por el brazo; que en todo tiempo se mantuvo controlado para manejar mejor la situación, y que, posiblemente, si no hubiera colocado su mano el sujeto que lo atacó podría haberle agarrado el bolso.

Razonando al respecto cabe tener presente que la principal diferencia entre el robo por sorpresa de aquel cometido con intimidación, es que el primero se vale del arrebatamiento sorpresivo por sobre la coacción que se impone para lograr la apropiación por medios intimidatorios.

Efectivamente, como lo reconoció el perjudicado, existió una acción inicial de apropiación rápida sobre la persona que portaba las especies, pero la misma al ser resistida, lejos de no concretarse en el arrebatamiento de las especies que el señor Araos llevaba consigo, dio origen a actos de intimidación y violencia física que duraron al menos un par de minutos - forcejeo, exhibición del arma blanca - quedando interrumpida la conducta y pendiente la apropiación de especies del señor Araos. Por otra parte, el testimonio del afectado no deja lugar a dudas que no se encontró nunca desprevenido, pues relató que desde que vio a los

jóvenes caminando en sentido contrario hacia él, sintió desconfianza y sospechó, por lo que no los perdió de vista cuando se cruzaron, permitiéndole tal suspicacia reaccionar para defenderse así como también para mantener la esfera de resguardo respecto de las especies que portaba.

El que la víctima no hubiere referido en su relato sentir temor o miedo al tiempo de los hechos no tiene relevancia, ya que objetivamente las conductas desplegadas estuvieron encaminadas a coaccionar su voluntad para disponer de sus especies. Por todo lo anterior se estableció por el tribunal que los hechos que se tuvieron por establecidos fueron constitutivos de robo con intimidación y no por sorpresa como lo pretendió la defensa.

NOVENO: Establecida la comisión del delito, corresponde determinar la participación que en el mismo le corresponde al acusado.

Respecto de este punto, la víctima **Juan Osciel Aros García** identificó plenamente al acusado presente en la audiencia como la persona que sostenía el cuchillo en su mano derecha y que se encontraba a las espaldas del otro sujeto que lo tomó por el brazo, esperando el momento para herirlo con el arma, elemento que en su oportunidad fue introducido como evidencia material. El tiempo que transcurrió entre que vio al sujeto que le tomaba por el brazo y al que portaba el arma habrían sido entre uno a dos minutos.

En tanto que el testigo **Bernardo Enzo Riquelme Farias**, reconoció al acusado como la persona que portaba el arma, que huyó por calle Irarrázabal hacia abajo, y que luego detuvo oponiendo resistencia, debiendo reducirlo por la fuerza, con la cooperación de otro Carabinero el que levantó el arma y que luego pidió colaboración por radio. El testigo señala que vio al joven claramente intentando "blandir" o "esgrimir" a la víctima, mientras el otro sujeto trataba de arrebatarle el bolso, representando al tribunal la forma como se encontraban ubicados los detenidos respecto de la víctima.

Por su parte **Leonel Jesús Aguirre Carvajal**, reconoció al acusado como la persona que intimidaba con el arma blanca a la víctima mientras el otro sujeto lo sostenía, ilustrando al tribunal con las posiciones que ocupaban cada uno de los involucrados. También precisa que al ser detenido el acusado nada portaba, pero que luego de registrar el lugar donde se le redujo encontró el arma en el suelo, detrás del joven.

DÉCIMO: Siguiendo con su línea argumentativa la defensa desconoce la existencia de concierto entre su representado y el acusado rebelde para la comisión de delito alguno.

Renunciando a su derecho a guardar silencio el imputado relató al tribunal que el día en cuestión venían bajando con "el Juan" por la calle Irarrázabal pidiendo cigarros, cuando se acercan a un caballero le pidieron cigarros, lo pasaron siguieron caminando hacia

abajo y a una cuadra se volvió el Juan corriendo, y se puso pelear con él por lo que sacó el cuchillo que llevaba para ayudar a Juan, porque el caballero lo tenía tomado. Precisa que al caballero no le hizo nada. aún cuando lo vio con el cuchillo, y que estuvo como a tres metros. Nunca tuvo intención de hacerle daño al caballero ni de asaltarlo.

UNDÉCIMO: Con la declaración de la víctima que identificó al acusado como uno de los participantes del asalto del que fue objeto, así como los testimonios de los funcionarios policiales que lograron en su detención en momentos en que las acciones se realizaban sin llegar a concretarse, así como evidencia material del cuchillo encontrado en el lugar y reconocido por los declarantes como aquel que portaba el acusado esa noche, permiten al Tribunal llegar a la convicción suficiente que permite tener por acreditado, más allá de toda duda razonable, que a **LORENZO SEGUNDO CARVAJAL GALARCE** le ha cabido participación en calidad de autor del delito de robo con intimidación establecido en el motivo séptimo de esta sentencia, por haber intervenido en su perpetración de una manera inmediata y directa.

La alegación de no existir concierto con el verdadero hechor del robo no resulta plausible frente a los testimonios contestes de los testigos que lo vieron empuñar el arma blanca frente a la víctima, por un espacio no breve de tiempo y por cuanto el intimidado insistió en su relato que mientras forcejeaba con otro sujeto el acusado buscaba la ocasión para agredirlo.

Tales elementos probatorios, suficientes por sí mismos, se corroboran con la admisión del acusado en juicio sobre el hecho de estar en el lugar del asalto el día y hora señalado, y portar el cuchillo introducido como evidencia material. El que atribuya al hecho de utilizar el cuchillo, una motivación diferente (auxiliar a su amigo en problemas), no se compadece con lo que efectivamente percibieron los testigos presenciales: que el acusado intentaba agredir a, la víctima con el cuchillo mientras otro forcejeaba con él.

DUODECIMO: Se ha señalado que el Ministerio Público ha reconocido procedente la aplicación en el caso concreto de la regla establecida en el artículo 72 inciso primero del Código Penal. En tal sentido incorporó la fiscalía mediante su lectura extractada los siguientes documentos:

- A) Certificado de nacimiento de Lorenzo Segundo Carvajal Galarce en el que consta que nació el día 13 de junio de 1984.
- B) Copias de la sentencia recaída en la causa Rol 34-02 del Segundo Juzgado de Menores de ésta ciudad sobre discernimiento del acusado, así como de su confirmación por sentencia de segundo grado y atestado de encontrarse ejecutoriada emitido por doña Tania Godoy Allende Secretaria, las que dan cuenta de la

circunstancia de haberse declarado que el acusado Lorenzo Segundo Carvajal Galarce ha obrado con discernimiento en los hechos que motivan esta acusación y de encontrarse esa resolución ejecutoriada.

Con los referidos documentos procede en consecuencia imponer al acusado una pena inferior en grado al mínimo de las señaladas por la ley para el caso que sea responsable, en este caso la de presidio menor en su grado máximo.

DÉCIMOTERCERO: También fue reconocido por el Ministerio Público que le beneficia al acusado la minorante de la responsabilidad del artículo 11 N° 6 del Código Penal de irreprochable conducta anterior, para lo cual incorporó también mediante lectura resumida, Extracto de filiación y antecedentes de Lorenzo Segundo Carvajal Galarce, cédula de identidad nacional N° 15.812.549-8, emitido por el Servicio de Registro Civil e Identificación de Antofagasta el que carece de anotaciones prontuariales pretéritas. En el mismo sentido la defensa del acusado presentó como prueba del carácter del imputado los siguientes documentos mediante su lectura extractada un Contrato de Trabajo de fecha 24 de diciembre de 2.002, celebrado entre Thor Servicios y Asesorías en Ahorro de Neumáticos Ltda. y el acusado. Por la prueba rendida se le reconocerá a acusado la minorante de responsabilidad señalada.

DECIMOCUARTO: Por otra parte, el Ministerio Público solicitó que para el caso de condena se considerara como circunstancia agravante que perjudicaba al acusado la del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, a saber, la de pluralidad de malhechores, la que se desestimará toda vez que el juicio se ha seguido solamente contra el presente acusado.

DECIMOQUINTO: Por aplicación de la regla establecida en el artículo 450 del Código Penal, estando el delito en grado de tentativa, se castigará como consumado, correspondiendo aplicar al acusado una pena de presidio menor en su grado mínimo, la que se determinará en su tramo inferior por beneficiarle una atenuante, sin perjudicarle agravantes.

Atenta la pena que se impondrá se le concede el beneficio de la Libertad Vigilada de Adulto, teniendo presente para ello Informe presentencial del acusado evacuado por Manuel Vargas Rodríguez Asistente Social, Jefe del C.R.S. de Antofagasta que recomienda otorgar al imputado la medida alternativa de libertad vigilada de Adulto.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 11 N°6, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 24, 25, 29, 50, 68, 69, 72, 432, 436, 450 del Código

Penal; 295, 297, 325 y siguientes, 340, 342 y 348 del Código Procesal Penal, se declara.

I. Que se condena a **LORENZO SEGUNDO CARVAJAL GALARCE** ya individualizado, a la pena de **tres años y un día de presidio menor en su grado máximo** como autor del delito de robo con intimidación en grado de tentativa en perjuicio de don Juan Araos García, perpetrado en esta ciudad el 9 de junio del 2.002.

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

II. Se decreta el comiso del cuchillo de metal señalado como prueba b) de la Fiscalía en el auto de apertura de este juicio.

III. Que se le condena, también, al pago de las costas de la causa.

IV. Que reuniéndose, en la especie, los requisitos del artículo 15 de la Ley 18.216, se concede al sentenciado **LORENZO CARVAJAL GALARCE** el beneficio de la libertad vigilada, debiendo quedar sujeto a la vigilancia de Gendarmería de Chile en la sección de tratamiento en el medio libre, por el término de **tres años y un día**, debiendo cumplir con los demás requisitos establecidos en el artículo 17 de la citada ley y en el reglamento respectivo.

V. Que en el evento que el sentenciado tuviere que cumplir, efectivamente, la pena privativa de libertad a que ha sido condenado, le servirán de abono los días que permaneció privado de libertad por su detención y prisión preventiva (el 9 de junio y entre el 8 de septiembre y el 22 de noviembre de (2.002), así como también el tiempo que permaneció sujeto a la cautelar de privación parcial de libertad en su domicilio, la que se verificó entre el 10 de junio y el 8 de septiembre ambas fechas del año pasado, todo ello de conformidad al auto de apertura del juicio oral, lo que suma un total de 167 días de abono.

VI. Oficiese, en su oportunidad, a los organismos que corresponda para hacer cumplir lo resuelto y remítanse los antecedentes necesarios al señor Juez de Garantía de la causa para la ejecución de la pena.

Regístrese.

Redactada por la Juez Carla Paz Troncoso Bustamante.

Rol 68-2.002

PRONUNCIADA POR LOS JUECES DEL TRIBUNAL DEL JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ANTOFAGASTA DON MARCOS KUSANOVIC ANTINOPAI. DON DINKO FRANULIC CETINIC Y DOÑA CARLA TRONCOSO BUSTAMANTE. -

- Se absuelve a un imputado como autor del delito de robo con violencia; se condena a dos de los acusados a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias legales como autores del delito de robo con violencia; se condena a un acusado a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio y accesorias legales como autor del delito de secuestro; se condena a dos acusados a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y accesorias legales como autores del delito de secuestro; se condena a un acusado a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo y accesorias legales como autor del delito de porte ilegal de arma de fuego; se condena a los sentenciados al pago de las costas de la causa.

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

Resumen:

La Fiscalía acusó a los imputados como autores de los delitos de secuestro, robo con violencia y porte ilegal de arma de fuego, fundándose en que los acusados junto a otros tres sujetos abordaron un taxi colectivo, a cuyo chofer mantuvieron detenido y obligaron a transportarlos. Cuatro de ellos iban con armas blancas y un quinto con un arma de fuego. El chofer tuvo que llevarlos hasta una sala de cervezas, donde dos de los sujetos ingresaron, uno con un arma de fuego y el otro con un cuchillo, manteniendo los otros tres retenido al chofer. En el interior del local intimidaron a quienes se encontraban ahí y procedieron a sustraer diversas especies para huir del lugar en el taxi colectivo. Momentos después fueron detenidos los tres imputados por funcionarios policiales. Consideró, además, que a los tres acusados les perjudicaba la agravante del N° 3 del artículo 456 Bis del Código Penal y a uno de ellos la agravante del N° 16 del artículo 12 del mismo cuerpo legal. La Defensa solicitó la absolución de los acusados por no haberse acreditado su participación, alegación que se fundamentó principalmente en las declaraciones prestadas por los acusados. El Tribunal estimó acreditada la existencia del delito, así como la participación de los imputados, en virtud de los antecedentes aportados por la Fiscalía. Respecto de las declaraciones de los acusados, les restó valor probatorio, toda vez que fueron hechas después de rendida toda la prueba de la Fiscalía (a pesar de lo dispuesto en el artículo 326 del Código Procesal Penal y en virtud de lo establecido en el artículo 98 del mismo cuerpo legal), además de ser estimadas contradictorias y mendaces. Por ello el Tribunal prefirió dar credibilidad a las declaraciones de los funcionarios aprehensores y a otros datos, como el haber encontrado una de las especies sustraídas en poder de uno de ellos, pruebas todas concordantes y creíbles en relación a las demás probanzas presentadas. Respecto de los condenados por el delito de robo con violencia, consideró que les perjudicaba la agravante del artículo 456 Bis N° 3 del Código Penal, por haber actuado de a dos haciendo así disminuir las posibilidades de la víctima de repeler o evitar el ataque. Respecto de la agravante del N° 16 del artículo 12 del Código Penal no se pronunció, por cuanto el acusado en cuestión fue absuelto por el delito de robo con violencia.

Texto completo:

Antofagasta, veintidós de enero del dos mil tres.

VISTOS y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, constituido por el juez Presidente de la Sala señor Dinko Franulic Cetinic y los jueces Marcos Kusanovic Antinopai y señorita Carla Troncoso Bustamante, se llevó a efecto la audiencia del juicio oral de la causa rit n° 69-2.002, seguida contra **CARLOS ALBERTO RODRIGUEZ RODRIGUEZ**, chileno, cédula de identidad número 16.439.286-4, fecha de nacimiento el 17 de agosto de 1.984, 18 años de edad, domiciliado en pasaje Oscar Bonilla 9.369, Antofagasta; **RICHARD ANTHONY OSSANDÓN SERVIETTI**, chileno, cédula de identidad número

13.421.375-2, fecha de nacimiento el 17 de octubre de 1.978, 24 años de edad, domiciliado en calle Oscar Bonilla 9.420, Antofagasta; y **ALEJANDRO RAMÓN PÁEZ GUERRERO**, chileno, cédula de identidad número 13.421.780-4, fecha de nacimiento el 5 de diciembre de 1.978, 24 años de edad, domiciliado en calle Riquelme 1.347, Antofagasta.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por los Fiscales Adjuntos señorita Ana María Escobar González y señor Patricio Martínez Felip, domiciliados en calle Condell n° 2.298 de esta ciudad.

La defensa de los acusados estuvo a cargo de la abogada señorita Marna Zepeda Duhalde de la Defensoría Penal Pública, domiciliada en calle Balmaceda n° 2.536, 4° piso, de esta ciudad.

SEGUNDO: Que, los hechos en que se funda la acusación son los siguientes:

El 28 de julio del 2.002, aproximadamente a las 14:20 horas, los tres acusados en compañía de dos sujetos más, abordaron un taxi colectivo en la esquina de calle Huamachuco con María Elena de esta ciudad, el cual era conducido por el testigo reservado "T1", a quien mantuvieron detenido y obligaron a que los condujera a calle Bellavista, golpeándolo en la cabeza con el mango de un cuchillo para hacer que se apurara o bien para que siguiera la dirección que los ocupantes del vehículo le iban indicando. Los acusados, más los otros dos sujetos iban armados con armas blancas y uno de ellos, además, portaba un arma de fuego. Una vez que llegaron a calle Bellavista, aproximadamente a la altura del n° 3.800, obligaron al conductor a detener el vehículo. descendiendo Richard Ossandón Servietti, quien portando un revólver calibre 22 adaptado como arma de fuego y apto para el disparo, persiguió a un joven que se encontraba en la vía pública, escuchándose un disparo. Richard Ossandón Servietti subió nuevamente al vehículo, cuyo conductor aun era mantenido detenido e imposibilitado a escapar y fue obligado a avanzar hasta estacionarse frente al n° 3.832 de esa calle Bellavista. En ese lugar existe una sala de cervezas de nombre "Blanco y Negro", a la que Richard Ossandón Servietti y Alejandro Páez Guerrero ingresaron, mientras Carlos Alberto Rodríguez Rodríguez se quedó en el exterior del inmueble. Ossandón Servietti y Páez Guerrero ingresaron al señalado inmueble portando el primero un revólver y el segundo un cuchillo, armas con las cuales procedieron a intimidar a los clientes y a la empleada que trabajaba en el lugar. Un cliente del local, el testigo reservado "T3", les pidió a los acusados que se calmaran y depusieran su actitud, momento en que Alejandro Páez Guerrero le propinó cuatro estocadas en el cuerpo, provocándole heridas corto-punzantes en la clavícula. Inmediatamente después se dirigió a la parte posterior del mesón de atención, lugar desde el cual se apropió de una cartera de mujer color negro, en cuyo interior había \$ 95.000. - Y se apropió además, de un teléfono celular. El teléfono y la cartera son de propiedad del testigo reservado "T2". En forma conjunta, y desde el mismo sector en que se encontraban las especies que tomó Páez Guerrero, Richard Ossandón Servietti se apropió de un cajón, en el que se guarda el dinero de las ventas del local. Con posterioridad, ambos acusados huyeron hacia el exterior y se subieron al colectivo y, en compañía de Carlos Alberto Rodríguez Rodríguez y los otros dos sujetos, ordenaron al chofer arrancar del lugar, circulando por diversas calles, ordenando al chofer el camino y la velocidad que debían seguir. Alertada la Central de Comunicaciones de Carabineros de la ocurrencia del robo y habiéndose realizado el encargo del vehículo de manera radial, el colectivo fue avistado por un carabini

que se desempeñaba en moto, quien procedió a seguirlo, cerciorándose de que se trataba del vehículo encargado, solicitó vía radial la cooperación para la detención de los ocupantes. En la esquina de Puerto Natales con Independencia se detuvo el conductor del vehículo y los cinco pasajeros descendieron de él, arrancando en diferentes direcciones. En ese momento y mientras el carabini que había seguido el taxi colectivo detenía a Carlos Alberto Rodríguez Rodríguez, llegó al lugar un vehículo policial, con tres funcionarios de carabineros quienes procedieron a la detención de los dos acusados restantes, siendo aproximadamente las 16:30 horas; esto es, dos horas después que los acusados en compañía de otros dos sujetos abordaron el taxi colectivo indicado, secuestrando a su conductor. En el lugar de su detención, el personal aprehensor registró superficialmente las vestimentas de los acusados, encontrando en poder de Alejandro Páez Guerrero dos teléfonos celulares. Revisado el vehículo por parte de los funcionarios policiales se encontraron las siguientes especies: cuatro cuchillos, uno de los cuales tenía manchas de sustancia pardo rojiza, que impresionaba como sangre; nueve cajas de discos compactos, cinco de las cuales contenían un disco compacto en su interior; una cartera de mujer color negro con letras NK en su exterior; y un revólver marca Olympic, color negro, con empuñadura de plástico del mismo color, que se encontró bajo el vehículo en la calle. Una vez en dependencias de la Segunda Comisaría, los acusados fueron registrados más profundamente por los efectivos policiales, encontrándose en poder de Alejandro Páez Guerrero la suma de \$ 15.000 -en billetes de \$ 1.000- en su calce derecho y a Richard Ossandón Servietti la suma de \$ 15.500 los que se encontraban entre su pantalón y el zapato de su pierna derecha.

El Ministerio Público sostuvo que estos hechos configuran los delitos consumados de robo con violencia y secuestro, previsto y sancionados en los artículos 436 inciso primero y 141 del Código Penal, respectivamente, y que los acusados son autores conforme a los artículos 14 y 15 del citado código. Además se configura el delito de porte ilegal de arma de fuego consumado, previsto y sancionado en el artículo 11 de la ley 17.798 sobre control de armas, del que es autor Richard Ossandón Servietti.

Agregó que a Richard Ossandón Servietti y Alejandro Páez Guerrero, les beneficia en todos los delitos, la atenuante de irreprochable conducta anterior del artículo 11 n° 6 del Código Penal. En cambio a los tres acusados les perjudica en el delito de robo, la agravante de ser dos o más los malhechores del artículo 456 bis n° 3 del mismo código y a Carlos Rodríguez Rodríguez, además, la contemplada en el artículo 12 n° 16 del citado código y en ningún ilícito le benefician minorantes, no obstante atenúa su responsabilidad la

regla del artículo 72 del señalado código, por lo que solicitó las siguientes penas:

a) Para Carlos Rodríguez Rodríguez, 541 días de presidio menor en su grado medio como autor del delito de secuestro y 7 años de presidio mayor en su grado mínimo como autor del delito de robo con violencia.

b) Para Richard Ossandón Servietti, 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo como autor del delito de secuestro; 7 años de presidio mayor en su grado mínimo como autor del delito de robo con violencia, y 61 días de presidio menor en su grado mínimo como autor del delito de porte ilegal de arma de fuego.

c) Para Alejandro Páez Guerrero, 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo como autor del delito de secuestro y 7 años de presidio mayor en su grado mínimo como autor del delito de robo con violencia.

d) A todos se les condene a las penas accesorias legales respectivas y al pago de las costas de la causa.

e) Finalmente solicitó se decrete el comiso de los cuatro cuchillos incautados y del revólver utilizados en la comisión de

TERCERO: Que la defensa no discutió la existencia de los delitos, centrando sus argumentos en la inocencia de los acusados para quienes solicitó se dicte sentencia absolutoria.

Los acusados prestaron declaración como medio de defensa.

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

1° Que las fotografías del informe pericial fotográfico n° 216 del 27 de agosto de 2002, fueron tomadas por doña Angélica Jiménez, el 28 de julio del 2.002 y corresponden a especies levantadas por carabineros el mismo día; y al interior y exterior del inmueble de calle Bellavista n° 3.882;

2° Que el informe pericial químico n° 968 del laboratorio de Criminalística de la Policía de Investigaciones-Santiago fue elaborado por la perito químico Yelizaska Paola Kruuse Ferrada.

3° Que los informes periciales químicos fueron realizados los días 2 y 12 de septiembre del 2.002.

4° Que el objeto de la pericia química fue un cuchillo y una sustancia pardo-rojiza que impresionaba sangre y una muestra de sangre de Carlos Aguilera Chacana. Las conclusiones de ese informe son:

- a) Que se constató la presencia de sangre humana en el cuchillo y papel filtro
- b) Que la sangre humana existente en el cuchillo presenta una mezcla compatible con el perfil

genético de Carlos Enrique Aguilera Chacana y con otro individuo de sexo masculino.

5° Que el informe de lesiones n° 660 fue confeccionado por la doctora Ximena Alborno Castillo el día 31 de julio del 2.002. Fue practicado a Carlos Enrique Aguilera Chacana y las conclusiones son las siguientes:

a) Que el examinado Carlos Enrique Aguilera Chacana presentó lesiones consistentes en dos heridas cortantes dorsales no complicadas suturadas - herida cortante brazo derecho suturada - herida cortante brazo izquierdo suturada.

b) Que el pronóstico médico-legal de las lesiones fue de carácter leve, suelen sanar, salvo complicaciones, en un periodo anterior a los 14 días. Son compatibles con la acción de un elemento corto-punzante y/o cortante y las heridas requirieron de sutura.

6° Que el 9 de octubre del 2.002 Eduardo Bustos Parra, el Prefecto Subrogante de la Policía de Carabineros de Chile- de Antofagasta hizo denuncia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 17.798 sobre control de armas.

7° Que Richard Anthony Ossandón Servieti, cédula de identidad número 13.421.375-2, no registra antecedentes y autorización para el porte y tenencia de armas de fuego y otros elementos enunciados en el artículo 2 de la ley 17.798.

En cuanto al delito de secuestro.

QUINTO: Que, la existencia de los elementos del delito surgen a partir del relato de Hernán Wilson Ortiz Jiménez, quien expuso que el día de los hechos, entre las 14 y 14:30 horas, trabajaba en el recorrido de la línea de taxis colectivos en que se desempeña y pasaba por el troncal de calle Huamachuco cuando se baja una pasajera y quedó desocupado, en ese momento se subieron rápidamente cinco sujetos, tres atrás y dos adelante a quienes no quiso trasladar por su número, pero uno de ellos le pegó en la cabeza al parecer con el mango de un cuchillo, obligándolo a salir de su recorrido habitual y a llevarlos, indicándole en forma violenta que los condujera hasta calle Bellavista; agregó que al menos dos andaban armados -con cuchillos y una pistola-. Sostuvo que lo obligaron a desplazarse por distintas calles que le indicaban y que sintió temor por su vida, aseverando que iba muy asustado y ni siquiera se atrevió a mirarlos la cara, salvo a uno que pudo ver por el espejo retrovisor y que le iba pegando en la cabeza con el mango de un cuchillo que también pudo ver.

Agregó que, con posterioridad, se cruzaron con un carabiniere a quien le hizo señas con las luces y este quedó con dudas, mientras uno de los sujetos le decía que se apurara, por lo que hizo una maniobra brusca para llamar la atención del policía y este los siguió. Indicó que en calle Bonilla al llegar a una esquina detuvo el

auto y se bajó rápido, acercándose los carabineros a detener a las personas que iban en el vehículo. La declaración del ofendido concuerda en sus aspectos centrales con lo expresado por los funcionarios de carabineros José Manuel Torres Vergara, Luis Alfredo Méndez Contreras y Oscar Emiliano Rosas Pustela, estos últimos en prueba anticipada, aseverando el segundo de ellos -Méndez Contreras- que el día de los hechos, alrededor de las 16 horas, encontrándose de servicio de motorista en Avenida Circunvalación con Claudio Gay, recibió un Comunicado radial encargando un taxi colectivo con seis ocupantes por haber asaltado una sala de cervezas en el sector centro, utilizando cuchillos y que andaban armados, cruzándose con un colectivo que le hacía señas con sus luces, pudiendo ver al chofer que se mostraba afligido, lo que lo hizo sospechar, además hizo un adelantamiento con peligro de accidente por lo que procedió a seguirlo a distancia dando aviso a la Central de Comunicaciones para que le verificaran la patente y se estableció que era el móvil que buscaban.

Mientras lo seguía por calle Traiguén hacia el norte mantenía distancia, esperando cooperación. En el trayecto el chofer le hacía señas con las luces intermitentes; agregó que tomaron Avenida Circunvalación y al llegar a Puerto Natales con Independencia el vehículo frenó bruscamente y se bajó rápidamente el chofer con las manos en alto, quien le manifestó que los sujetos que estaban en el interior lo mantenían secuestrado y amenazado con cuchillos, procediendo a la detención de uno de ellos, mientras los carabineros Torres y Rosas detuvieron a otros dos, logrando darse a la fuga los demás.

El procedimiento policial es corroborado por los mencionados funcionarios -José Torres y Oscar Rosas- quienes son contestes en afirmar que el día de los hechos por un comunicado de la Central de Comunicaciones tomaron conocimiento del asalto y que los sujetos llevaban secuestrado a un chofer de taxi colectivo, escuchando la información aportada por el motorista por lo que le prestaron apoyo con la patrulla en la que se movilizaban, dándole alcance - en Avenida Oriental con Puerto Natales. En esta última calle se detuvo el taxi colectivo y descendió el chofer con las manos en alto, bajando rápidamente los otros cinco sujetos. Señalaron que iban atrás de Méndez, muy cerca viendo el vehículo, procediendo a detener a dos de ellos en un lugar próximo. José Torres precisó que estaba a unos cinco metros del vehículo cuando esto ocurrió y al sujeto que detuvo nunca lo perdió de vista, tomándolo a unos tres metros del vehículo. Por su parte Oscar Rosas indicó que al sujeto que detuvo no lo perdió de vista y lo alcanzó a unos quince metros del colectivo. Los otros dos se dieron a la fuga.

Los tres funcionarios policiales se expresan de manera también coincidente en que en el interior del taxi

colectivo habían cuatro cuchillos y debajo del mismo un arma, correspondiente a un revólver que fueron levantados del lugar por los carabineros Méndez y Rosas a quienes se les exhibieron y las reconocieron, siendo incorporados como evidencia por la Fiscalía.

Por último en dicha oportunidad, el tribunal pudo apreciar directamente las armas mencionadas como claramente demostrativas de los hechos de los testigos. Incluso respecto del revólver se confeccionó un peritaje conformado por las explicaciones y el informe del Perito balístico, Jorge Bizama Nazar, quien concluyó que se trata de un arma de fuego, adaptada como arma de fuego y apta para percutir.

Como es posible estimar existe coherencia en los dichos del ofendido son los otros testigos y la evidencia material aportada, pues -como dijo- eran cinco los sujetos que se subieron al taxi colectivo que conducía, según lo apreciaron los funcionarios aprehensores y todos estaban armados, cuatro de ellos con cuchillos que fueron encontrados por los policías en el interior del vehículo y uno con un revólver que estaba debajo del auto, sobre la calzada. La víctima por lo atemorizado que se encontraba, sólo logró ver dos cuchillos y el revólver en poder de los sujetos cuando lo golpeaban y se desplazaban en el interior del taxi, obligándolo a salir de su recorrido habitual y a trasladarlos por distintas calles que le indicaban. En su estado de temor no les miró la cara, salvo a uno de ellos a quien vio por el espejo retrovisor, preocupándose de conducir, no obstante pudo llamar la atención de un carabinero que divisó. Ese funcionario al que alude era el carabinero Méndez, quien prestaba servicio de motorista y se percató de su situación, notándolo afligido cuando lo vio pasar con los otros sujetos. También captó las señales que el ofendido le hizo con las luces del vehículo y maniobra de conducción antirreglamentaria a la que ambos se refieren y que lo hizo sospechar, optando por seguirlos a distancia y pedir verificación radial del vehículo a la Central de Comunicaciones, lo que fue escuchado por los otros aprehensores quienes estaban en una patrulla en otro sector y desde allí se dirigen a prestarle ayuda al motorista. Así es como se comprueba que el móvil había sido encargado a todas las unidades por cuanto los sujetos que huían en el mismo habían participado en un asalto e iban armados, llevaban secuestrado al taxista, de manera entonces que tales antecedentes debieron poner en alerta a los referidos funcionarios que lograron detener a los sujetos en una rápida, coordinada y simultánea acción.

SEXTO: Que, las pruebas analizadas en el motivo anterior conformadas por las declaraciones que fueron prestadas en el juicio por cuatro testigos, sobre hechos que protagonizaron directamente, informándolos al tribunal de manera detallada, certera y concordante, no desvirtuados por prueba en contrario, merecen la credibilidad del tribunal por haber dado en su presencia

razón suficiente y circunstanciada de sus dichos y de manera coherente se encuentran conformes con la prueba incorporada en la audiencia del juicio oral, consistente en las armas utilizadas y reconocidas por dos de ellos, conforman en conjunto un cúmulo de antecedentes que, atendida su gravedad y dirección son de tal entidad que, sobradamente, superan el estándar probatorio requerido para dar por acreditado, más allá de toda duda razonable, que:

El 28 de julio del 2.002, aproximadamente a las 14:20 horas, cinco sujetos abordaron un taxi colectivo en calle Huamachuco de esta ciudad, el cual era conducido por Hernán Wilson Ortiz Jiménez, a quien obligaron a que los trasladara a calle Bellavista, golpeándolo en la cabeza con el mango de un cuchillo para hacer que se apurara o bien para que siguiera la dirección que los ocupantes del vehículo le iban indicando, estando cuatro de ellos armados con cuchillos y uno con un revólver. En tales condiciones constriñeron a estacionarse frente a una sala de cervezas ubicada en dicha calle, donde bajaron tres sujetos y, posteriormente, regresaron ordenándole arrancar del lugar, circulando por diversas calles, indicándole el camino y la velocidad que debían seguir, siendo avistado por un carabiniero que se desempeñaba en moto, quien procedió a seguirlos, cerciorándose de que se trataba de un vehículo encargado, solicitó vía radial cooperación de otros policías para la detención de los ocupantes, lo que se produjo alrededor de las 16 horas en la esquina de Puerto Natales con Independencia cuando el conductor frenó bruscamente y detuvo el vehículo desde donde se bajó y los cinco pasajeros descendieron rápidamente, lográndose la detención de tres de ellos y recuperándose en el interior del taxi las armas que utilizaron.

Estos hechos configuran el delito de secuestro, previsto y sancionado en el artículo 141 inciso primero del Código Penal, cometido en perjuicio de Hernán Wilson Ortiz Jiménez pues resultó probado que cinco sujetos contra su voluntad, lo obligaron mediante golpes y amenazas con cuchillos y un revólver a conducir por distintas calles de la ciudad, por lo que le retuvieron privándole de su libertad de desplazamiento por un lapso aproximado de dos horas en que lo mantuvieron atemorizado dentro del vehículo.

SEPTIMO: Que la participación de los acusados se establece con los testimonios de Hernán Ortiz Jiménez y de los funcionarios de Carabineros José Torres Vergara, Luis Méndez Contreras y Oscar Rosas Pustela.

El primer testigo declaró en su calidad de víctima, pues era el chofer que manejaba el taxi colectivo el día de los hechos y sostuvo que fue abordado por cinco sujetos violentamente quienes lo golpearon con armas y lo obligaron a trasladarlos por distintas calles de la ciudad. Sus dichos fueron corroborados por las manifestaciones de los carabineros mencionados,

quienes indicaron en forma conteste que, al seguir el taxi colectivo en que se desplazaban los acusados, el chofer frenó bruscamente y se bajó con los brazos en alto, procediendo a descender rápidamente los otros cinco sujetos que intentaron darse a la fuga, logrando la detención en el lugar de tres de ellos a quienes reconocieron en la audiencia como los acusados, precisando que José Torres detuvo a Alejandro Paez, Luis Méndez hizo lo propio con Carlos Rodríguez y Oscar Rosas aprehendió a Richard Ossandón.

Los testimonios y reconocimientos precisos y categóricos de los tres funcionarios de carabineros que declararon en la causa, permiten acreditar la participación de los acusados en el delito de secuestro, por cuanto indicaron que los observaron cuando se bajaban del vehículo en que retenían a la víctima procediendo a detenerlos en el mismo momento y en las proximidades del lugar.

La contundencia de tal imputación que ha sido mantenida desde el comienzo de la investigación, es respaldada por la ausencia de motivos que pudieran hacer suponer que los aprehensores han sostenido - como una especie de montaje- una denuncia falsa durante todo el curso de la causa, ratificándola en el juicio oral.

Antes al contrario, la veracidad de sus afirmaciones se sustenta, en primer término, en la firmeza, multiplicidad y única dirección de la referida incriminación efectuada por los deponentes en forma tranquila, segura, coherente entre sí y sin márgenes de duda que haya percibido el Tribunal al presenciadas.

En segundo término cabe consignar su basamento en antecedentes objetivos que surgen de la versión del taxista, sobre su estado de temor, que fue captado por el funcionario Méndez, como también las maniobras que hizo para llamar su atención y la utilización por parte de los acusados de armas blancas y de fuego que fueron recuperadas en el interior del móvil y debajo de este, respectivamente, en el lugar de la detención. Dichas armas consistentes en cuatro cuchillos y un revólver corresponden en número a la misma cantidad de sujetos que se subieron al colectivo, y se sentaron dos adelante y tres atrás, esto es, cinco personas, tal y como lo señalaron el chofer y el carabiniero Méndez quien corroboró radiálmente la misma información que fue escuchada a través de la Central de Comunicaciones por los funcionarios Torres y Rosas que patrullaban otro sector.

Además los funcionarios policiales concurren al sector de la detención de los acusados paralelamente, llegando primero el motorista Luis Méndez quien los seguía a poca distancia y casi en el mismo instante los alcanzaron los demás carabineros que los tenían a la vista antes de que frenara el taxi colectivo. Lo expuesto se entiende con claridad en el contexto de una persecución policial donde los desplazamientos son

rápidos, como lo señalan los testigos, que lógicamente estaban atentos a lo que ocurría con el único vehículo que seguían y con sus ocupantes a los que no perdieron de vista en ningún momento y no podría haber sido de otra forma, pues sabían, por los informes recibidos de la central que iban armados, lo que lógicamente supone un mayor cuidado y atención en el procedimiento ante la eventualidad del uso del armamento.

Estos antecedentes forman convicción suficiente en este tribunal y permiten dar por acreditado, más allá de toda duda razonable que Carlos Alberto Rodríguez Rodríguez, Richard Anthony Ossandón Serviatti y Alejandro Ramón Páez Guerrero, intervinieron de una manera inmediata y directa, en la perpetración del delito de secuestro establecido en el juicio oral, por lo que de acuerdo al artículo 15 n° 1 del Código Penal, tuvieron participación en el mismo en calidad de autores.

En cuanto al delito de robo con violencia.

OCTAVO: Que, para estar ante el delito de robo con violencia imputado en la acusación, se requiere de apropiación de cosas muebles ajenas, con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, usando violencia en las personas.

NOVENO: Que, la apropiación de la especie se acredita con la declaración de las víctimas y de los funcionarios aprehensores.

En efecto, a dicho respecto cabe consignar, primeramente, lo señalado por la afectada Olga Tabalí Rojas en orden a que el día de los hechos, alrededor de las 16 horas, estaba en su lugar de trabajo que corresponde a la sala de cerveza "Blanco y Negro" ubicada en calle Bellavista n° 3.832 cuando entraron dos sujetos con bronca y con cuchillos en la mano, diciendo garabatos y buscando a alguien que le había pegado al primo. Agregó que los sujetos golpeaban las mesas con los cuchillos y le exigían que señalara donde estaba el dinero. Señaló que un atacó con un cuchillo a un cliente y ambos sustrajeron especie consistentes en una cartera de su propiedad, que contenía aproximadamente \$95.000 producto de las ventas, además de un monedero, también se llevaron su celular y 10 discos compactos con música. Preciso que el dinero y la mayor parte de los discos compactos eran de propiedad del dueño del local y que algunos discos eran suyos.

Al serle exhibida las evidencias aportadas por la Fiscalía, consiste en la cartera y el celular que fueron recuperados por carabineros al momento de la detención de los acusados, las reconoce como de su propiedad, al igual que los discos compactos algunos de los cuales son suyos.

Por otro lado Carlos Aguilera Chacana expuso que el sujeto que se le acercó le exigió dinero y ante su negativa y oposición a entregárselo, lo atacó mientras el otro sujeto asaltaba a los demás clientes.

Por último se consideran los dichos de funcionarios aprehensores José Torres, Luis Méndez y Oscar Rosas

quienes detuvieron a los sujetos en la esquina de las calles Puerto Natales con Independencia, cuando se daban a la fuga, recuperando parte de las especies sustraídas, consistentes en la cartera, el celular, cinco discos compactos y parte del dinero, algunas de las cuales se encontraban a en poder de ellos y fueron introducidas como evidencia por la Fiscalía.

De los antecedentes expuestos se desprende, de manera directa precisa, que dos sujetos se apropiaron de dichos bienes muebles, sin la voluntad de su dueño, denotando, además, por la misma circunstancia de la apropiación, que actuaron movidos por ánimo de lucro pues su comportamiento revela la intención de obtener un beneficio económico en su favor al haber sacado las especies aludidas de la esfera de resguardo de su titular, siendo recuperadas sólo después de ser detenidos por carabineros en un sector distinto cuando se daban a la fuga por la vía pública, alejándose del lugar.

Por lo anterior es posible dar por establecida la existencia de los elementos de apropiación de cosas muebles ajenas, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro.

DECIMO: Que, para la acreditación de la violencia como elemento del tipo penal materia de la acusación, prestó declaración la víctima Carlos Aguilera Chacana dando cuenta pormenorizada de los actos desplegados por los hechos, sosteniendo que más de dos sujetos, ingresaron a la sala de cerveza abriendo la puerta violentamente y que uno de ellos se le acercó exigiéndole que le entregue el dinero.

Ante su negativa y oposición a dárselo lo agredió con un cuchillo, tirándole puñaladas en forma directa por lo que intentó defenderse moviéndose de tal forma que pudiera evitar darle un lado un ángulo adecuado para que le ocasionara alguna lesión importante en la zona del tórax o de la espalda pues el sujeto, que era joven y ágil, intentaba enterrar le el cuchillo con estocadas donde fuera, logrando herirlo en los costados en varias ocasiones.

El testigo sigue con su relato, señalando que la agresión continuó hasta el sector de la entrada del local y hasta la calle donde huyó, resultando seriamente lesionado pues le salía mucha sangre. Dicha exposición fue corroborada en primer lugar por el taxista Hernán Ortiz Jiménez, quien vio salir del lugar a una persona ensangrentada. Esto ocurrió mientras permanecía en el colectivo con dos individuos, estacionado afuera de la sala de cerveza. Sostuvo que en el local se bajaron tres y pudo apreciar que desde el interior salió una persona herida y con sangre.

Las afirmaciones guardan relación entre sí, permitiendo fundar la conclusión de que Carlos Aguilera Chacana fue agredido con un cuchillo por uno de los sujetos que se movilizaban en el taxi colectivo donde en esos momentos era retenido por dos individuos Hernán Ortiz Jiménez.

Por otro lado la testigo Olga Tabalí Rojas, empleada del local, refirió haber visto cuando el agresor le enterró el cuchillo al ofendido en varias ocasiones.

Otro antecedente que aporta consistencia a los dichos del ofendido es la convención probatoria, en cuya virtud los intervinientes dieron por acreditado que el informe de lesiones N° 660 fue confeccionado por la doctora Ximena Alborno Castillo el día 31 de julio del 2.002; que fue practicado a Carlos Enrique Aguilera Chacana y sus conclusiones son las siguientes:

a) Que el examinado Carlos Enrique Aguilera Chacana presentó lesiones consistentes en dos heridas cortantes dorsales no complicadas suturadas - herida cortante brazo derecho suturada - herida cortante brazo izquierdo suturada.

b) Que el pronóstico médico-legal de las lesiones fue de carácter leve, suelen sanar, salvo complicaciones, en un período inferior a los 14 días. Son compatibles con la acción de un elemento cortopunzante y/o cortante y las heridas requirieron de sutura.

Finalmente los carabineros que detuvieron al sujeto lograron recuperar dentro del taxi colectivo donde intentaba huir con los otros hechores, un cuchillo tipo cocinero y que, de acuerdo a las convenciones probatorias, fue objeto de la pericia química, pues contenía una sustancia pardo-rojiza que impresionaba sangre, que se comparó con una muestra de sangre de Carlos Aguilera Chacana. Las conclusiones de este informe son:

a) Que se constató la presencia de sangre humana en el cuchillo y papel filtro, y;

b) Que la sangre humana existente en el cuchillo presenta una mezcla compatible con el perfil genético de Carlos Enrique Aguilera Chacana y con otro individuo de sexo masculino.

El cuchillo fue exhibido en la audiencia, apreciando el tribunal que sus características y dimensiones, con hoja larga y afilada, son demostrativas de los dichos del testigo. A ello se agrega, por último, que la Fiscalía introdujo en su declaración el reconocimiento de la chaqueta que portaba el día de los hechos y que exhibe cortes notorios en las zonas del cuerpo donde el ofendido manifestó haber resultado herido.

Por su parte Olga Tabalí Rojas, refiere actos de similares connotaciones, aseverando que los sujetos proferían insultos, al parecer buscando a una persona para pegarle, pero además, golpeaban las mesas con los cuchillos, rompiendo botellas y vasos preguntando por la plata. Agregó que ella tenía mucho miedo y arrancó hacia un sector del salón donde quedaron arrinconados con los demás clientes.

Al momento de su declaración se proyectaron en la sala fotografías del informe pericial fotográfico n° 216 de 27 de agosto de 2002, las que según convención probatoria fueron tomadas por doña Angélica Olea

Jiménez el 28 de julio del 2.002 y corresponden al interior y exterior del inmueble de calle Bellavista n° 3.882 donde funciona el local de expendio de alcoholes donde ocurrió el hecho, pudiendo apreciar el tribunal el frontis, la distribución interna del salón y sobre el mesón, botellas y vasos quebrados. La testigo explicó como ocurrió el hecho, apoyándose en las referidas fotos a manera ilustrativa. De acuerdo a lo expuesto aparece que la violencia ejercida sobre las víctimas, por el actuar de los hechores, encuadra en el concepto del artículo 439 del Código Penal, en el sentido de entender por tal, los malos tratamientos de obra y las amenazas para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas o cualquier otro acto que pueda forzar la manifestación o entrega, pues se dan los componentes del concepto, siendo posible concluir que en la especie se ejerció violencia sobre las personas de Olga Tabalí Rojas y de Carlos Aguilera Chacana, resultando este último con las lesiones descritas por convención probatoria en el momento y lugar de la sustracción.

Dicha violencia, además, por sus características y entidad es adecuada para constituir el tipo penal materia de la acusación, en una relación de medio a fin ejecutada para lograr la apropiación mediante la entrega o manifestación de las especies que les sustrajeron a las víctimas y en la oportunidad señalado en el artículo 433 inciso 1° del citado código que, para el caso, está referida a la cometida en el acto de producirse la referida apropiación.

UNDECIMO: Que, las declaraciones a que se alude en los motivos anteriores, prestadas por testigos que se vincularon a los hechos y adquirieron conocimiento personal de los mismos por distintos motivos como lo fueron en el caso de las víctimas que los protagonizaron directamente, informándolos al tribunal de manera detallada, certera y concordante, así como los carabineros que lograron detener a los sujetos recuperando parte de las especies, merecen todos la credibilidad del tribunal por haber dado en su presencia razón suficiente y circunstanciada de sus dichos y de manera coherente se encuentran conformes con los demás antecedentes incorporados en la audiencia del juicio oral e impresionaron como imparciales y verídicos, formando en conjunto con los peritajes realizados y la evidencia material aportada –especies recuperadas- un cúmulo de antecedentes que, atendida su gravedad y dirección, son de tal entidad que superan el estándar probatorio requerido para dar por acreditado, más allá de toda duda razonable, que:

El 28 de julio del 2.002, aproximadamente a las 16:00 horas, dos sujetos ingresaron a la sala de cervezas "Blanco y Negro" ubicada en calle Bellavista n° 3.832 de esta ciudad y utilizando un revólver y un cuchillo, insultaron y amenazaron a Olga Tabalí Rojas que trabajaba en el lugar para que les dijeran donde se guardaba el dinero de las ventas, acercándose uno al

clientes del local, Carlos Aguilera Chacana a quien le exigió dinero y ante su negativa lo atacó con un cuchillo, provocándole cuatro heridas cortantes en el dorso y ambos brazos de carácter leve, luego se dirigió a la parte posterior del mesón del local, desde donde sustrajo una cartera y un teléfono celular de la ofendida y \$95.000 producto de las ventas del local que estaba en el interior de la cartera. En forma conjunta y de la misma ubicación donde se encontraban las especies, el otro sujeto se apropió de una caja en la que se guardaba dinero de las ventas del local y varios discos compactos de música. Posteriormente, ambos sujetos huyeron en un taxi colectivo, siendo posteriormente detenidos en la esquina de las calles Puerto Natales con Independencia y recuperándose en su poder parte de las especies sustraídas.

Estos hechos tipifican el delito de robo con violencia cometido en las personas de Olga Tabalí Rojas y de Carlos Aguilera Chacana, previsto y sancionado en los artículos 432 y 436 inciso primero del Código Penal, supuesto que en el caso existió apropiación de cosas muebles ajenas, con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, ejerciéndose violencia para forzar su manifestación o entrega, mediante amenazas de causar un mal a las víctimas y ocasionando de manera efectiva a una de ellas, lesiones que por sus características y tiempo en sanar -menos de 14 días pueden ser clasificadas como leves, revistiendo así dichos actos la entidad necesaria para constituir el delito mencionado al encontrarse, además, vinculadas en tiempo y lugar con la apropiación.

DUODECIMO: Que, la participación de los acusados Richard Osandón Servieti y Alejandro Páez Guerrero quedó determinada por los dichos de los funcionarios policiales quienes los aprehendieron portando parte de las especies sustraídas y encontrándose dentro del vehículo en que se movilizaban las armas empleadas para cometerlo, lo que se ve fortalecido con las declaraciones de Juan Araya Carrasco quien dio cuenta del reconocimiento de los acusados, por los testigos del hecho, ese mismo día, la que se reiteró al día subsiguiente y que se ve ratificado por una serie de circunstancias objetivamente establecidas por los dichos de quienes vieron personalmente la comisión de este delito y, además, por la propia apreciación del tribunal de los mismos durante la audiencia.

En efecto, Juan Francisco Araya Carrasco, inspector de la Brigada de robos de la Policía de Investigaciones, aseveró que el día de los hechos se abocó a la investigación y entrevistó a Alexander Hortensio Zamorano González, quien vive en el inmueble de calle Bellavista n° 3.862, quien le manifestó que ese mismo día, siendo aproximadamente las 16.10 horas, saliendo del local donde reside, vio a Alejandro Páez caminando con un cuchillo en una de sus manos y al

lado había un vehículo color negro, donde estaba otro sujeto apodado "Richiarti" y que vive en el sector Bonilla, quien bajó del vehículo con un revólver color negro en su mano derecha y un polerón negro que enrolló en su mano izquierda amenazándolo y obligándolo a correr del lugar, por lo que corrió por Bellavista y antes de llegar a calle Rio de Janeiro se detuvo para saber que ocurría, pues estaba su madre -Ida González- dentro del local y a los pocos minutos vio nuevamente al "Richiarti", saliendo con una caja donde se guardaba el dinero y Alejandro Páez con el mismo cuchillo que le había visto, más una cartera, observando que ambos junto a otro sujeto subieron al vehículo y se fueron del lugar.

Expresó que Alexander Zamorano estaba asustado y la declaración se la tomó en otro lugar, en presencia de su madre -Ida González- pues su domicilio estaba en desorden y tenían temor de ir para allá. Agrega que el 30 de julio del 2.002, los testigos Olga Tabalí e Ida González identificaron en reconocimiento fotográfico del kardex Pericial a Alejandro Páez Guerrero como el sujeto que atacó con un cuchillo a Carlos Aguilera Chacana. Además el mismo día, ambas testigos y Alexander Zamorano reconocieron de la misma forma a los demás acusados.

Por lo expuesto resulta notorio y conocido de los intervinientes el sostenido reconocimiento del testigo Alexander Zamorano quien el día de los hechos y, posteriormente, al día subsiguiente, incluso en presencia de la defensora de los acusados, reconoció a Richard Ossandón Servieti como la persona que ese día ingresó al bar "Negro y Blanco" con un arma de fuego en su mano, lo amenazó y posteriormente salió portando una caja donde se guardaba el dinero, mientras que al acusado Alejandro Páez Guerrero como quien lo acompañaba, llevaba un cuchillo en su mano y luego salió de dicho local con una cartera.

Cierto es que este testigo en el juicio indicó que el día de los hechos no se encontraba en el lugar y que no vio nada, pues se fue a la playa a tomar sol y que si imputó a los acusados el delito fue, afirmando las preguntas sugestivas formuladas por la defensora, por qué estos habían agredido a un primo y por salvar "el honor de su padre" quien es el dueño del negocio.

Por lo pronto digamos que resulta extraño, por decir lo menos, que el testigo, el mismo día de los hechos, indicara las armas portadas por los acusados, que son precisamente las que los testigos presenciales del hecho indicaron que estos llevaban y posteriormente recuperara la policía en su poder. Además, debe tenerse presente que los testigos del delito expresaron que el más alto de los dos que entraron al bar llevaba un cuchillo y el más bajo un arma de fuego, características que, precisamente, reúnen los acusados Páez y Ossandón respectivamente como lo pudo apreciar personalmente el tribunal en la audiencia.

Debe tenerse en cuenta que las explicaciones para la retractación del testigo resultan inverosímiles. Así, si bien fue a la playa con un amigo -dicho de paso en el mes más frío del año- efectuó imputaciones de un gravísimo delito a terceros que apenas conocía para: "salvar el honor de su padre". Si su padre no estaba en el lugar, no fue víctima del delito, salvo en lo que respecta a la sustracción de una suma no importante de dinero, ¿que honor está en juego que explique su imputación supuestamente falaz?

El otro móvil para hacer esa imputación es el que un primo habría tenido problemas con los acusados. Si bien ello resulta también inverosímil para explicar tan grave imputación -si es que la misma es mendaz- más aún cuando el testigo relata que, por su parte" sólo ubicaba a los acusados, lo que permite desvirtuar que les tuviera una animadversión real y concreta, en cuanto relata el conflicto habido entre los acusados y un pariente de este testigo justifica y da motivo a la presencia de estos últimos en el local "Blanco y Negro", en la medida que, como relató el taxista Hernán Ortiz, los ocupantes del taxi hablaban de ir a ese local a agredir a una persona que había tenido problemas con uno de ellos.

Por último, debe indicarse que el tribunal pudo percibir directamente los signos de temor del testigo al declarar, respondiendo prácticamente con monosílabos las explicaciones que se le pedían sobre su retractación, aceptando pura y simplemente las afirmaciones que hacían los intervinientes, especialmente la defensa, mas indicando, como se dijo, que reconoció a los acusados y efectivamente prestó las declaraciones ante el Ministerio Público que le fueron leídas como ayuda memoria.

No está de más indicar que el tribunal no valora los registros de investigación en cuanto tal, sino que su convicción surge de los dichos de este testigo prestado en el juicio, al haber aceptado que prestó las declaraciones anteriores y reconoció a los acusados. Es decir, la persuasión que nace de los dichos de este testigo es producto de sus declaraciones en el juicio, fruto del interrogatorio directo de las partes, rigiendo plenamente los principios de inmediación y contradicción, y de la observación personal del tribunal de las actitudes del testigo, de todo lo cual mana la conclusión que la imputación reiterada que efectuara al principio de la investigación se ajusta a lo que el testigo presencié y que su retractación posterior es el fruto del temor.

Por las mismas razones, el tribunal valora positivamente el reconocimiento que la testigo Ida González, efectuara de los acusados en los términos señalados por el funcionario de la Policía de Investigaciones, Juan Araya Carrasco, pues su retractación en el juicio en cuanto señaló que al momento de los hechos estaba en la cocina y sintió ruidos pero no vio nada, es decididamente inverosímil en la medida que reconociendo que se encontraba en la

cocina del bar y que la misma tiene una ventana que da hacia el local, habiendo escuchado gritos y ruidos, no haya mirado hacia este para ver lo que su sucedía, lo que se opone con las reglas de la lógica y la experiencia. Por lo mismo la explicación de dicha retractación debe encontrarse en el temor que este tribunal percibió en ella y, como ya se señaló, en su hijo.

A lo anterior se añade la imputación sostenida de los funcionarios aprehensores que fue analizada en el delito de secuestro y es válida para ser tomada en cuenta aquí, por tratarse de delitos vinculados en tiempo y lugar en los que intervinieron conjuntamente Richard Ossandón Serviatti y Alejandro Páez Guerrero. A ambos los carabineros les encontraron especies del delito en su poder, pues Alejandro Páez Guerrero, portaba al momento de su detención el celular de propiedad de Olga Tabalí Rojas además, tenía la suma de \$ 15.000 - en billetes de \$ 1.000-, en su calcetín derecho y Richard Ossandón Serviatti mantenía la suma de \$ 15.500 entre su pantalón y el zapato de su pierna derecha.

Por otra parte el testigo Hernán Ortiz Jiménez, si bien en la audiencia señaló que no pudo ver las caras de los sujetos que lo abordaron, pues sostuvo que en esos momentos temía por su vida y no se preocupó de verlos, salvo a uno que pudo apreciar por el espejo retrovisor, al ser interrogado por el señor fiscal se le hizo leer su declaración anterior como ayuda de memoria, expresando que los sujetos que consiguieron detener fueron los que entraron al local a robar, luego preguntado por la defensora señaló que lo supuso, pues fueron detenidos por carabineros. Al ser preguntado por la defensa si fueron los mismos que fueron detenidos por los carabineros cuando detuvo el taxi respondió que no lo podría precisar pero que era obvio.

A estos testimonios y antecedentes, apreciados libremente, de manera necesaria y unívoca, permiten establecer mas allá de toda duda razonable que Richard Anthony Ossandón Serviatti y Alejandro Ramón Páez Guerrero intervinieron en el delito de robo con violencia acreditado en el juicio de una manera inmediata y directa, es decir, como autores del mismo de acuerdo al artículo 15 n° 1 del Código Penal.

DECIMOTERCERO: Que, en cambio, la misma prueba rendida por la Fiscalía permite establecer que el acusado Carlos Rodríguez Rodríguez intervino en el delito de robo con violencia acreditado en el juicio.

En efecto la absolución de Carlos Rodríguez en el referido delito, se impone desde que no resultó cabalmente acreditado que las cinco personas que se movilizaban en el vehículo de locomoción colectiva conducido por la víctima del delito de secuestro hayan acordado, previamente, que quienes ingresarían a la sala de cervezas "Blanco y Negro", además de agredir a un tercero no determinado, sustraerían especies que se encontrarán o portaran las personas que estaban en el

local, de lo que sigue que no se probó que su voluntad convergiera en la decisión de apropiación adoptada por los otros acusados.

A lo expuesto se agrega la limitación fáctica impuesta por el ámbito de la acusación, donde del hecho que se le imputa, consistente en haber permanecido fuera de la sala de cervezas mientras los acusados Ossandón Servietti y Páez Guerrero ingresaron y ejecutaron el robo con violencia, no permite establecer la participación de autor que se persigue en su contra por ese delito. En cuanto al delito de porte ilegal de arma de fuego.

DECIMOCUARTO: Que con relación a este ilícito el Ministerio Público aportó, en primer término, el testimonio de Hernán Ortiz Jiménez, quien vio un arma de fuego dentro del taxi en que se desplazaban y que portaba uno de los hechores. Además, se contó con los dichos de quien vio a uno de los sujetos que salía del local portando un arma de fuego que le mostró, lo que fue corroborado por los dichos del funcionario policial Juan Araya Carrasco, en el sentido que, -como se ha dicho- uno de los hechores portaba un revólver durante la comisión de los delitos de secuestro y de robo, que se ejecutaron en coetánea y lo utilizó en ambos contra las respectivas víctimas. Además, debe consignarse que, de acuerdo a los Carabineros José Torres, Luis Méndez y Oscar Rosas, el revólver fue recuperado debajo del colectivo en que se desplazaba, sobre la calzada, momentos después de la detención del sujeto ocurrida cerca del lugar. El funcionario Méndez reconoció el arma al serle exhibida en la audiencia y se incorporó la misma como evidencia material por la Fiscalía.

Por otro lado, periciado el revólver incautado en el procedimiento, el experto Jorge Bizama Nazar en su calidad de perito balístico, dio cuenta se trata de un arma a fuego que se encuentra adaptada como arma de fuego y es apta para ser percutida.

DECIMOQUINTO: Que, de esta manera, estamos frente a testimonios directos de un testigo que vio a un sujeto portar un arma de fuego el día de los hechos, la que fue incorporada al juicio, como asimismo, con el dicho de un segundo testigo y funcionarios de carabineros que, corroboran dicha apreciación en forma secuencial, esto es, durante la permanencia del sujeto en el taxi colectivo conducido por el primero, en el sector de la sala de cerveza donde se bajó y hasta el momento inmediatamente anterior a su detención, cuando debió arrojar el arma debajo del taxi al emprender la huida que no concretó.

Acreditado esta además está, además, con el mérito de lo informado por el perito Jorge Bizama, sobre la evidencia incorporada por la Fiscalía que estamos frente a un revólver adaptado como arma de fuego y que se encuentra apta para el proceso de disparo, todo lo cual, libremente analizado, lleva, de manera inequívoca, a establecer como un hecho de la causa que el día 28 de

julio del año 2.002 un sujeto llevaba consigo en la vía pública y en un local de cerveza un revólver adaptado como arma fuego.

Por último, debe tenerse presente que entre el Ministerio Público y la defensa del acusado se celebraron convenciones probatorias en orden a que el 9 de octubre del 2.002 Eduardo Bustos Parra, Prefecto Subrogante de la Policía de Carabineros de Chile - Antofagasta hizo denuncia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 17.798 sobre control de Armas y que Richard Anthony Ossandón Servietti, cédula de identidad número 13.421.375-2, no registra antecedentes y autorización para el porte y tenencia de armas de fuego y otros elementos enunciados en el artículo 2 de la ley 17.798, de manera que, conforme a lo establecido en el artículo 275 del Código Procesal Penal, tales hechos debían darse por acreditados en este juicio.

DECIMOSEXTO: Que los hechos acreditados en el considerando anterior tipifican el delito de porte ilegal de arma de fuego, establecido en el artículo 11 de la Ley 17.798 sobre Control de armas, pues el hechor poseía un revólver adaptado como arma de fuego sin tenerla inscrita a su nombre y la llevó consigo en la vía pública sin estar autorizado por la autoridad correspondiente.

DECIMOSÉPTIMO: Que la participación del acusado Richard Anthony Osandón Servietti en el delito de porte ilegal de arma de fuego acreditado en este juicio, se establece con el mérito que es posible atribuir a los testimonios de los funcionarios aprehensores que dieron cuenta del hallazgo del revólver en un lugar cercano y momento próximo a su detención, debiendo considerarse con igual finalidad los dichos de Alexander Zamorano y del investigador policial Juan Araya Carrasco que en esta parte presentan las características y se ratifican del mismo modo ya razonado respecto del delito de robo con violencia.

Así se trata de imputaciones precisas, directas e informadas que, libremente apreciadas, permiten establecer de modo irrefragable, como se adelantó, la participación de este acusado en el ilícito que se analiza, por haber intervenido de manera inmediata y directa en su perpetración, esto es, como autor de acuerdo al artículo 15 n° 1 del Código Penal.

En lo que se refiere a las alegaciones de la defensa del acusado en orden a que la prueba resulta insuficiente para establecer algún grado de responsabilidad en su contra, deberá estarse a los argumentos señalados en los motivos anteriores de esta sentencia, respecto de la participación del acusado en los delitos de secuestro y robo con violencia acreditados, que son plenamente aplicables, por la conexión tiempo y espacio que presentan los delitos que le son imputados y la identidad de la prueba rendida para demostrarla.

En cuanto a las circunstancias modificatorias y penalidad a aplicar:

DECIMOCTAVO: Que la defensa solicitó la absolución de los acusados fundada en que no se encuentra acreditado que hayan tenido participación en los delitos establecidos.

Los acusados prestaron declaración como medio de defensa. Señalaron de manera coincidente que el día de los hechos estaban bebiendo cerveza en una esquina, cuando repentinamente llegó un colectivo y se bajaron 5 o 6 sujetos que se dieron a la fuga, llegando carabineros que los detuvieron a ellos.

Previo al análisis de las afirmaciones de los acusados, se debe tener presente que sus declaraciones fueron prestadas después que se rindió toda la prueba de la Fiscalía, a pesar de la oportunidad dispuesta por el artículo 326 del Código Procesal Penal que ubica las mismas antes de la prueba e incluso, habiéndoseles preguntados por el señor Presidente de la Sala después de los alegatos de apertura si iban a prestar declaración respondieron que no por medio de su defensora.

Lo anterior, por cuanto se entendió por la mayoría de la Sala que era aplicable en la especie el artículo 98 del citado código que le reconoce al imputado el derecho a prestar declaración como medio de defensa durante todo el procedimiento.

No obstante debemos concordar en que las declaraciones de los acusados fueron realizadas en una oportunidad procesal y circunstancia que, objetivamente, les resta algún grado de credibilidad y valor, esto es, que sus afirmaciones fueron dadas con cabal conocimiento de las versiones de todos los testigos, de los peritos, de la evidencia y documentos que se presentaron en su contra y se rindió en su presencia.

En suma, los acusados declararon con pleno conocimiento, incluso de detalles que surgen de la prueba y que ellos tomaron en sus propias versiones dándole el sentido que escogieron.

En el caso que nos ocupa, atento lo expuesto en los motivos anteriores, se ha preferido dar credibilidad a las afirmaciones de los mencionados aprehensores a las que se concede crédito porque en sus datos objetivos coinciden con otros antecedentes aportados al juicio sobre la detención de los acusados que ratificaron ante el tribunal. Tales manifestaciones son corroboradas por las declaraciones testificales del inspector Juan Araya Carrasco, respecto de los reconocimientos practicados en presencia por Olga Tabalí, Alexander Zamorano e Ida González, en la forma señalada respecto de la misma prueba en el robo violencia y además por una serie de datos como el hallazgo del teléfono celular que portaba Páez Guerrero al momento de su detención y que fue reconocido en la audiencia por una de las víctimas del referido delito que fue cometido dentro del local "Blanco y Negro" desde donde fue sustraído, lo que necesariamente supone el acceso del acusado hasta el lugar donde se encontraba la especie.

Dicha especie según la testigo Olga Tabalí fue dejada sobre una mesa ubicada atrás del mesón donde estaba al momento de los hechos lo que pudo precisar y quedó claro en la audiencia con las fotografías del local que fueron proyectadas cuando declaró, pudiendo concluirse que el acusado debió cruzar todo el salón para tomar la especie. Además se le encontró parte del dinero que fue producto del mismo delito y que ocultaba en el interior de su calcetín.

Las explicaciones que dio al declarar no son creíbles. Desde luego por cuanto se contraponen no sólo a uno, sino a tres testimonios que fueron prestados por los funcionarios de carabineros José Torres, Luis Méndez y Oscar Rosas, cuyas declaraciones prestadas de manera sólida y coherente entre sí, no pudieron ser desvirtuadas por la defensa en sus aspectos centrales, donde precisamente son contestes al sostener que al acusado Alejandro Páez Guerrero, luego de ser detenido previa persecución, se le encontró el teléfono celular de la víctima entre sus ropas.

Por su parte, Páez Guerrero dijo que su error fue tirarse a recoger el celular que uno de los sujetos que se bajó del colectivo lanzó al suelo en su huida, lo que no es creíble.

En primer término porque nadie, ni los otros acusados, ni el testigo de la defensa Ramón Vega -que habría estado en el lugar- sostienen haberlo visto, ni tampoco avalan sus dichos ni siquiera de oídas.

En segundo término por ser contradictorio con el resto de su relato. En efecto, en el contexto en que se produjo la detención, donde había una persecución policial que según los dichos del propio acusado lo dejó sorprendido, es contradictorio y no da razón sostener que quisiera apoderarse del celular. Aun mas cuando mantenía en su poder otro aparato de similares características y que según dijo se lo habían regalado.

En tercer término, por cuanto fue posible apreciar que no da razón de sus dichos y que además son mendaces, debiendo concluirse que estuvieron destinados a eludir su responsabilidad en los hechos. Tal es así que en primer lugar reconoció haber mentido en esta causa para mejorar su posición dentro del caso cuando fue interrogado por el señor Fiscal a quien respondió que nunca antes había estado detenido, pero luego reconoció que se había formalizado investigación en su contra por el delito de homicidio frustrado, lo que le resta credibilidad. Pero además, cae en contradicción con el acusado Carlos Rodríguez cuando Inste en que los carabineros llegaron en lapsos distintos al lugar mientras que este último señala que llegaron en un mismo instante u oportunidad, lo que parece mas acorde con lo expuesto por los funcionarios policiales y con la forma como verosíblemente acaecieron los hechos, formando el convencimiento del tribunal.

Por último, estando acreditado que el acusado mantiene su domicilio en otro sector de la ciudad, intentó explicar

que su permanencia en el lugar donde fue detenido obedecía a que frecuentaba una cancha de fútbol de la población de nombre María Claudia, donde había estado junto a los otros dos acusados esa mañana, que en dicho recinto se habían conocido tiempo atrás, siendo en ellos costumbre ir a ver los partidos y que después de los partidos, a beber cerveza al lugar donde fueron detenidos y que la adquirían en un negocio cercano; dijo por último que estaba bebiendo cerveza cuando ello ocurrió. No obstante la prueba testimonial de la defensa y los documentos aportados consistentes en recortes de periódicos locales, lo presentan como un destacado jugador de fútbol amateur integrante de un conocido equipo de selecciones lo que resta razón a sus dichos de encontrarse lugar un día domingo bebiendo y que siempre iba, pues es sabido que las ligas de fútbol amateur funcionan precisamente ese día, cuando se programan los partidos de los equipos importantes y que una conducta como la descrita por el acusado - de espectador y luego bebiendo alcohol en la vía pública- no es normal en un deportista destacado.

La defensa junto con centrar sus esfuerzos en demostrar la supuesta insuficiencia de la prueba de cargo contra sus representados, también proporcionó al tribunal una versión alternativa sobre los hechos sobre la base de las declaraciones de dos testigos.

El primero de ellos Ramón Vega Espinoza declaró que estuvo el día anterior a los hechos en casa de un amigo que vive en la calle Puerto Natales- Moisés Morales-, cercana al lugar de la detención, y que al día siguiente vio como a las dos de la tarde en la esquina a los tres acusados, reconociéndolos en la audiencia, a los que conocía de antes porque había jugado a la pelota con alguno de ellos.

Luego de haberlos visto en la esquina, cuando nuevamente sale de la casa de su amigo, esta vez para fumarse un cigarro, ve detenerse a un taxi colectivo que venía muy rápido, y salir desde su interior a unas seis personas las que arrancaron en todas direcciones, huyendo del lugar. Al tiempo llegan carabineros quienes detienen a los acusados por estar parados justo en el lugar en el que el taxi se detuvo. Precisa que estaba solo fumando afuera de la casa de su amigo, y que el resto de las personas estaban dentro de la casa. Interrogado por el Fiscal sobre su parentesco con uno de los acusados, niega ser su primo.

El segundo testigo Moisés Morales Maldonado declara que también vio a los acusados el día de los hechos temprano como a las doce del día en la esquina de su casa ubicada en calle Puerto Natales, pero que al tiempo de la detención no estaba presente.

Las reseñadas declaraciones no han logrado desvirtuar el relato pormenorizado de los funcionarios policiales sobre las circunstancias de la detención de los acusados. Contrastadas ambas versiones, el tribunal asigna mérito para probar los hechos a los testimonios

de los carabineros que guardan correspondencia con lo expresado por el chofer del taxi en que se desplazaban los acusados, el que relató como desde el lugar del asalto hasta su completa detención en calle Puerto Natales no se detuvo para que subieran o bajaran sus ocupantes, así como también mantuvo contacto visual con el motorista de carabineros que inició su persecución y procedió a la detención del acusado Páez Guerrero.

Las declaraciones de los testigos de la defensa tampoco guardan relación con la hora de la detención de los acusados y el tiempo en que se suponen fueron vistos en el lugar en que el taxi terminó su huida. Los policías y los propios inculcados al declarar han señalado que la detención aconteció cercana a las cinco de la tarde, en tanto que el testigo Moisés Morales señala que los vio en la esquina de su casa temprano en la mañana cercano al mediodía, en tanto que Ramón Vega declaró que los hechos que relató pasaron como a las dos de la tarde.

Si la defensa pretendía desvirtuar los testimonios reseñados en las consideraciones precedentes, debió presentar el relato de al menos un testigo abonado y veraz, que se apoyara en las evidencias de la causa que tampoco fueron discutidas por la defensa como el lugar y la hora de la detención, para generar la duda que invocó como fundamento de la absolución.

Tampoco puede ser ajeno al tiempo de asignarle mérito probatorio al testimonio de Ramón Vega Espinoza la circunstancia de su parentesco, lejano ciertamente, con la parte que lo presenta.

Baste lo dicho para poner de manifiesto por qué esta Sala consideró que la Fiscalía dispuso de prueba de cargo, lícitamente aportada al juicio y suficiente en términos de estándar para condenar a los acusados y desestimar el alegato de la defensa.

DECIMONOVENO: Que favorece a los acusados Richard Ossandón Servietti y Alejandro Páez Guerrero la atenuante del artículo 11 n° 6 del Código Penal, consistente en su irreprochable conducta anterior, expresamente reconocida por el Ministerio Público en la acusación y que se acredita con el mérito que es posible atribuir a la circunstancia de que no registran anotaciones en sus respectivos extractos de filiación y antecedentes, a lo que se agregan las declaraciones que acerca de la conducta anterior de Richard Ossandón Servietti prestaron los testigos Teresa Zúñiga Irrázabal y Margarita Aguirre Díaz; y respecto de Alejandro Páez Guerrero el testigo Cristian Molina Varela. Con igual fin se consideran los documentos aportados por la defensa de ambos acusados consistentes en declaración de Raúl Marín Colina, Juan Pastenes Plaza y Patricio Saavedra Zamora, certificado de la Unidad Vecinal n° 22, Diploma del Club Deportivo Huracán, dos recortes de diarios locales donde aparece el acusado Páez Guerrero participando en un campeonato de fútbol, Diploma de la

I. Municipalidad de Quilpue y certificado de la Asociación de Fútbol de Antofagasta.

VIGÉSIMO: Que, se acogerá la solicitud del Ministerio Público de agravar la responsabilidad de los acusados Richard Ossandón Servietti y Alejandro Páez Guerrero en el delito de robo con violencia, con la circunstancia del n° 3 del artículo 456 bis del Código Penal, esto es, ser dos o más los malhechores, pues quedó demostrado en el juicio que ambos intervinieron como autores, dándose así el presupuesto establecido en la ley, debiendo estarse para así decidirlo con la posición doctrinaria y jurisprudencial mayoritaria que encuentra el fundamento de esta circunstancia en la participación en el ilícito de más de una persona, en términos que las posibilidades de la víctima de repeler o evitar la consumación del delito que se comete en su contra, sean menores o no existan.

En ese entendido, los supuestos de agravación concurren plenamente en el presente caso, pues que fueran dos los autores facilitó el accionar de ambos pues debió, razonablemente, acelerar los actos de apropiación y de violencia. Por lo demás así lo declararon los testigos Carlos Aguilera Chacana y Olga Tabalí Rojas quienes narraron que los sujetos ingresaron al local de alcoholes de manera violenta y que uno agredió físicamente al ofendido con un cuchillo, precisando la testigo que el otro la amenazaba, arrinconándose con los otros clientes y luego sustrajeron especies del lugar, constituyendo así, actos de colaboración que objetivamente disminuyeron las posibilidades de defensa de las víctimas.

VIGESIMOPRIMERO: Que, en el delito de robo con violencia, la atenuante de irreprochable conducta anterior que beneficia a Richard Ossandón Servietti y a Alejandro Páez Guerrero, se compensará racionalmente atendida su entidad, con la agravante de pluralidad de malhechores que les perjudica, por lo que pudiéndose recorrer toda la pena asignada por la ley, de conformidad a los artículos 68 y 69 del Código Penal, se les aplicará en su parte más baja.

En el delito de secuestro establecido en el juicio, a ambos acusados favorece la atenuante mencionada y no les afecta agravante alguna, por lo que se les impondrá el mínimo de la pena establecida en la ley, de conformidad a los artículos 67 inciso segundo y 69 del Código Penal, tal como lo pidió el Ministerio Público respecto de ambos.

Por último, en el delito de porte ilegal de arma de fuego acreditado, concurre a favor del acusado Ossandón Servietti la atenuante señalada y no le perjudican agravantes, por lo que de acuerdo al artículo 68 inciso segundo del Código Penal, se le aplicará el mínimo de la pena señalada en la ley, como lo solicitó el Ministerio Público.

VIGESIMOSEGUNDO: Que, en el caso de Carlos Rodríguez Rodríguez es aplicable el artículo 72 del Código Penal, por cuanto a la fecha de cometer el

delito de secuestro de que se trata, era menor de 18 años de edad y por sentencia ejecutoriada del Primer Juzgado de Menores de esta ciudad, fue declarado con discernimiento, según consta de los documentos aportados como prueba por el Ministerio Público, por lo que la pena corporal asignada a dicho ilícito, de presidio o reclusión menor en su grado máximo, deberá regularse en un grado inferior al señalado y no concurriendo atenuantes ni agravantes, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 67 y 69 del Código Penal, se le sancionará con la pena de presidio menor en su grado medio en su parte más baja, de acuerdo a lo solicitado por el Ministerio Público.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 11 n° 6, 14 n° 1, 15 n° 1, 18, 21, 22, 24, 25, 28, 29, 30, 31, 38, 39, 40, 47, 50, 67, 68, 69, 72, 74, 141 inciso primero, 432, 436 inciso primero, 439 y 456 bis n° 3 del Código Penal; artículos 4 y 11 de la ley 17.798, y; artículos 295, 297, 325 Y siguientes, 340, 341, 342 y 348 del Código Procesal Penal, se declara:

I.- Se absuelve a **CARLOS ALBERTO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, ya individualizado, del cargo que se le imputara de ser autor del delito de robo con violencia materia de la acusación.

II.- Se condena a **RICHARD ANTHONY OSSANDÓN SERVIETTI** y a **ALEJANDRO RAMÓN PÁEZ GUERRERO**, ambos ya individualizados, a cada uno a la pena de **CINCO AÑOS y UN DIA** de presidio mayor en su grado mínimo y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como **autores** del delito de robo con violencia cometido en las personas de Olga Tabalí Rojas y Carlos Aguilera Chacana y en perjuicio del local "Blanco y Negro" el 28 de julio del 2.002 en esta ciudad.

III.- Se condena a **CARLOS ALBERTO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, ya individualizado, a la pena de **QUINIENTOS CUARENTA Y UN DIAS** de presidio menor en su grado medio y a las accesorias de suspensión para cargo y oficio público durante el tiempo de la condena, como **autor** del delito de secuestro cometido en la persona de Hernán Ortiz Jiménez, el 28 de julio del 2.002 en esta ciudad.

IV.- Se condena a **RICHARD ANTHONY OSSANDÓN SERVIETTI** y a **ALEJANDRO RAMÓN PÁEZ GUERRERO**, ya individualizados, a cada uno a la pena de **TRES AÑOS y UN DIA** de presidio menor en su grado máximo y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autores del delito de secuestro cometido en la persona de Hernán Ortiz Jiménez, el 28 de julio del 2.002 en esta ciudad.

V.- Se condena a **RICHARD ANTHONY OSSANDON SERVIETTI**, ya individualizado, a la pena de **SESENTA y UN DIA** de presidio menor en su grado mínimo y a las accesorias de suspensión para cargo y oficio público durante el tiempo de la condena, como **autor** del delito de porte ilegal de arma de fuego, cometido el 28 de julio del 2.002, en esta ciudad.

VI.- Se condena a los sentenciados al pago de las costas de la causa.

VII.- No reuniéndose los requisitos de la ley 18.216, no procede conceder a los sentenciados, alguno de los beneficios alternativos que establece, por lo que deberán cumplir efectivamente las penas corporales impuestas.

Para dicho efecto Richard Ossandón Servietti cumplirá sus condenas en orden sucesivo, comenzando por la más grave, esto es, la de cinco años y un día de presidio mayor por el robo con violencia del acápite II, luego, la de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo por el secuestro de la decisión IV y, por último, la de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo por el porte de arma de fuego del contenido V.

Alejandro Páez Guerrero cumplirá sus condenas de la misma forma, esto es, en orden sucesivo comenzando por la más grave, debiendo primero cumplir la de cinco años y un día de presidio mayor por el robo con violencia del acápite II y, seguidamente, la de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo por el secuestro de la decisión IV.

Las penas señaladas se les computarán a Ossandón Servietti y a Páez Guerrero desde el 28 de julio del 2.002, fecha a partir de la cual se encuentran ininterrumpidamente privados de libertad en esta causa,

según consta del auto de apertura y de la prueba rendida en el juicio oral.

En el caso de Carlos Rodríguez Rodríguez, encontrándose cumpliendo condenas en las causas RUC n° 0200003685-7 y RUC n° 0200054868-8 del Juzgado de Garantía de Antofagasta donde fue condenado a las penas de tres años y un día por robo en lugar destinado a la habitación y de quinientos cuarenta y un días por robo en bienes nacionales de uso público, respectivamente, deberá cumplir a continuación de aquellas, la pena corporal de quinientos cuarenta y un días que le fue impuesta en esta sentencia, sirviéndole de abono el tiempo que permaneció privado de libertad en esta causa y el reconocido en las respectivas sentencias, según lo precise, de acuerdo a los registros jurisdiccionales, el señor Juez de Garantía en la etapa de ejecución del fallo.

VIII.- Se decreta el comiso de los cuatro cuchillos y del revólver utilizados en la comisión de los delitos.

Devuélvase la evidencia incorporada por la Fiscalía.

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

Regístrese.

Redactada por el Juez Marcos Kusanovic Antinopai.

Rit 69-2.002

PRONUNCIADA POR LOS JUECES SEÑOR DINKO FRANULIC CETINIC, MARCOS KUSANOVIC ANTINOPAI y SEÑORITA CARLA TRONCOSO BUSTAMANTE.

CORTE DE APELACIONES

- Acoge recurso de nulidad interpuesta por la Fiscalía anulando la sentencia del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal, así como la audiencia que le sirve de antecedente, por haberse incurrido en un error de derecho en su pronunciamiento.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Temuco.

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado por el delito de homicidio simple cometido en contra de su hermano, sosteniendo que al acusado le favorecía la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, y que le perjudicaba la agravante del artículo 13 del mismo cuerpo legal. La Defensa estimó acreditados tanto el hecho punible como la participación del acusado, y alegó en su favor las atenuantes de los números 6, 8 y 9 del artículo 11 del Código Penal. La Primera Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Temuco resolvió condenar al acusado como autor del delito de homicidio simple, reconociendo a su favor las atenuantes de los números 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal, y estableciendo en su contra la agravante alegada por la Fiscalía. A las dos atenuantes reconocidas les atribuyó una calidad de especial relevancia, en tanto que a la agravante le restó gravedad dada la dinámica de la relación parental entre el acusado y la víctima. En definitiva, y aplicando la compensación racional y no aritmética del artículo 68 del Código Penal, condenó al acusado a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo y accesorias legales, concediéndole el beneficio de la libertad vigilada. La Fiscalía interpuso recurso de nulidad por cuanto la sentencia se habría pronunciado incurriendo en un error de derecho al infringir el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, influyendo sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por cuanto condenó al acusado a una pena menor de la que le correspondía, y además le concedió un beneficio alternativo de la Ley 18.216 que no procedía. La Corte consideró que habiendo sido condenado el acusado como autor del delito de homicidio simple, delito que tiene una pena compuesta de dos grados, beneficiándolo dos atenuantes y perjudicándolo una agravante, correspondía hacer una compensación racional conforme lo establece el artículo 68 del Código Penal, el cual a su vez remite a los artículos 66 y 67 del mismo cuerpo legal. Sin embargo, la sentencia incurrió en un error de derecho al fijar una pena como si no hubiera existido la agravante que el mismo fallo reconoce como concurrente, no haciendo efectiva la compensación racional que exige la ley. Así, frente a dos atenuantes y una agravante compensadas racionalmente, el mejor escenario para el acusado era ser condenado a presidio mayor en su grado mínimo, con lo cual de paso deja de cumplir con los requisitos para acceder a un beneficio de los establecidos por la Ley 18.216.

Texto completo:¹

Temuco diecinueve de noviembre del año dos mil dos

VISTO, OÍDO Y CONSIDERANDO

PRIMERO: Que, en audiencia realizaría el día 14 del mes y año en curso se constituyó la Primera sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de esta ciudad, integrada por los jueces Christian Alfaro Muirhead, quien

la presidió; Leopoldo Vera Muñoz y Erasmo Sepúlveda Vida con la asistencia de los Fiscales adjuntos de Carahue, Pablo Sabaj Diez e Iván Isla Amaro y de la defensora pena Pública Maddeleyn Villegas Moreira para los efectos de conocer en juicio la acusación promovida por el Ministerio Público, en contra de ALIRO SEGUNDO MEDINA VILLA natural de Carahue, Cédula Nacional de Identidad N° 11.135.270-4, 37 años, soltero segundo

¹ Se incluye texto completo de la sentencia dictada en el nuevo juicio.

básico, domiciliado en sector Loncoyano, Trovolhue, comuna de Carahue, porque alrededor de las 13:00 horas del 13 de marzo del año en curso, mientras regresaba junto a su hermano Alamiro del Carmen por un camino interior del sector Los Placeres de Trovolhue, después de una ingesta de chicha en el domicilio de Enrique Breve Latorre, producto alcohol y rencillas anteriores, se originó una discusión entre ambos, ocasión en que Atrio Segundo extrajo un cortaplumas de una hoja de 11 centímetros de longitud con la cual propinó a su hermano una estocada en la región subclavicular izquierda que le causó su muerte en el mismo lugar. Ocurrido el hecho, el acusado regresó al domicilio de Enrique Breve, informando a este y a su hijo Carlos que había dado muerte a su hermano Alamiro, exhibiéndole el cortaplumas utilizado y les indicó el lugar donde ocurrieron los hechos, siendo detenido posteriormente por Carabineros en su domicilio ubicado en el sector de Loncoyano, encontrando en su poder el arma utilizada.

Sostiene el Ministerio Público que ese hecho tipifica el delito de homicidio simple, sancionado en el artículo 391 N° 2 del código Penal, perpetrado en calidad de autor por Aliro Segundo Medina Villa, de conformidad a lo establecido en el artículo 15 N° 1 del Código Penal.

SEGUNDO: Que, en presencia de su defensora, el acusado Aliro Segundo Medina Villa, fue debida y legalmente, enterado de los hechos transcritos, señaló que no declaraba y que se asilaba en su derecho a guardar silencio.

TERCERO: Que, el Fiscal en su alegato le cierre, luego de analizar la prueba rendida en la audiencia oral, manifestó que tanto la prueba rendida en la acusación fiscal, como la autoría y responsabilidad del enjuiciado, han sido debidamente probados. Agregó que en el hecho concurre a favor del imputado, únicamente la circunstancia atenuante de su irreprochable conducta pretérita descrita en el artículo 11 número 6 del Código Penal, materia de convención probatoria, y que le perjudica la agravante de parentesco descrita en el artículo 13 del código precitado, por lo que solicitó la pena de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo

CUARTO: Que la abogada Maddeleyn Villegas Moreira, por la defensa del encausado, tras examinar las probanzas, estimó acreditado tanto el hecho como la participación de su asistido como en la producción del mismo, pero argumentó que lejos de ser un homicidio brutal, se trata de un hecho lamentable que involucró a dos hermanos que amerita ser considerado en un contexto de alta ruralidad, de privación socio-cultural y de extrema pobreza. Señaló que no existen testigos presenciales del hecho, una vez ocurridos, su representado reacciona y comprende que su actuar fue incorrecto, vuelve a la casa de don Enrique Breve a quien relata lo sucedido, le indica el lugar donde quedó

tendido su hermano, le muestra el cortaplumas ensangrentado el cual no quiso recibir; luego, pudiendo huir, se dirige a su domicilio donde es detenido por Carabineros a quien hace entrega del arma homicida, esta narración del acusado fue vital para aclarar el hecho punible, determinar el autor y el arma empleada, la que fue recuperada solo en base al dicho de aquél, por lo que concurren en su favor las atenuantes del artículo 11 numerales 6°, 8° y 9° del Código Penal, que permiten se le otorgue algún beneficio alternativo, siendo apto para ello.

QUINTO: Que, son hechos de la causa, por haber sido materia de convención probatoria, los siguientes: a) que, Alamiro del Carmen Medina Villa, víctima, y Aliro Segundo Medina Villa, acusado, son hermanos, hijos del mismo padre y madre ; b) que, Aliro Segundo Medina Villa no registra anotaciones en su extracto de filiación y antecedentes; c) que, la sangre presente en el cortaplumas y camisa, acompañada por la fiscalía como evidencia material, corresponde al occiso, Alamiro del Carmen Medina Villa; y d) que, el imputado no tenía lesiones de ningún tipo, después de ocurridos los hechos por los que se le acusa.

SEXTO: Que, el Ministerio Público a objeto de acreditar los cargos, condujo a estrados a los testigos Enrique Manuel Breve Latorre y a su hijo Carlos Enrique Breve Sanhueza.

El primero –agricultor, 50 años- expuso que conoce desde niño a los hermanos Medina Villa, a quienes proporcionaba trabajos esporádicos en agricultura, como ser la saca de papas. Señaló que el día 13 de marzo no se encontraba en casa, pues había concurrido al Consultorio en busca de remedios para su cónyuge, regresando alrededor de las 16:00 horas. Como media hora después de haber llegado, esto es, 16:30 horas, vio llegar al patio de su casa, al acusado, quien a una distancia de 3 o cuatro metros le señaló “maté por puro hombre a mi hermano Milo”; como no le creyeron mostró el cortaplumas ensangrentado, y señaló el lugar en donde estaba botado. En ese momento se encontraban en su hogar el vecino Víctor Parra y sus hijos Carlos Enrique y Abder, quienes se dirigieron al sector señalado por aquel mientras le servía una caña de chicha al hechor, pues se veía un poco verde, como espirituado le pasó \$ 500 en moneda para que llamara a Carabineros, y como daba miedo lo echó. Después de haberse retirado de su hogar Aliro Segundo, fue al lugar señalado por este, encontrando en el lugar el cadáver de Alamiro del Carmen a unos 300 metros de su casa en un camino vecinal. En la audiencia reconoció la foto N° 2° demostrativa de la posición en que estaba el occiso.

El segundo -25 años, obrero agrícola- expuso conocer a los hermanos Medina Villa, quienes el día 13 de marzo estuvieron en su casa, bebieron una botella de chicha, y se fueron, no estaban curados, solo pasados a trago. Como a la media hora después de haberse

retirado, mientras se encontraba pintando oyó decir al acusado "maté al Milo de puro hombre", indicó el lugar donde quedó mostró el cortaplumas ensangrentado, quiso entregarlo a su padre pero éste lo rechazó. Con su hermano y un vecino fue al lugar encontrando a unos 300 metros de su casa tendido a la víctima en un camino vecinal, aún estaba vivo, pues habría la boca pero no respondía. El cortaplumas lo había visto antes en poder de Aliro Segundo, cuando sacaba papas, lo mantenía cerrado y lo guardaba en su cartera, éste hacía un año que había regresado de Santiago, y cuando estaban con trago ambos hermanos siempre discutían porque uno quería ser mas que el otro. Termina su testimonio reconociendo en la audiencia al acusado, las fotos 1º y 2º que se le exhibieron mediante sistema data show y el cortaplumas

Estas declaraciones se encuentran avaladas por el testimonio de funcionarios de Carabineros del retén de Trovolhué Fernando Enrique Avendaño Andrade y Waldo Alvaro Leal Herrera, quienes están contestes al señalar que el día 13 de marzo se recibió en la Unidad un llamado telefónico del consultorio por el cual se informaba de una persona herida grave con arma blanca en el sector de Los Placeres distante a unos 20 kilómetros. En el trayecto se encontraron con la ambulancia siendo informado que la persona había fallecido, y como en ella iba un cuñado del occiso le solicitaron cooperación para llegar al lugar, donde encontraron al señor Breve quien les señaló que el responsable era Aliro Segundo Medina proporcionándoles detalles del hecho. Seguidamente, se procedió a empadronar testigos, se aisló el sitio del suceso quedando resguardado por el Carabiniere Cristian Moya, y portando la orden de aprehensión correspondiente se dirigieron al domicilio del imputado. Como había luz interior, se identificaron, se le solicitó que se entregara, pero éste estaba agresivo, portaba en su mano un astil de hacha de metro y medio de longitud y profería groserías, pero se logró conversar, oportunidad en que se logró reducirlo y esposarlo, lográndose así su detención alrededor de las 22:00 horas. Agregaron que solo presentaba hálito alcohólico, en la audiencia reconocieron al acusado, las fotos números 1º y 2º y el cortaplumas impregnada de sangre.

SÉPTIMO: Que, con idéntica finalidad depusieron en calidad de peritos: 1) Sergio Andrés Herrera Umanzor, médico legista, expuso, haber realizado el protocolo de autopsia N° 138-2002 de Alamiro del Carmen Medina Villa, quien presentaba en la cara anterior del hemitorax izquierdo, región subclavicular izquierda, una herida cortopunzante de predominio vertical de 2,2 centímetros, de trayecto de arriba hacia abajo, y de adelante hacia atrás de aproximadamente 11 centímetros. Esta lesión transfixia el borde anterior del lóbulo superior pulmonar izquierdo, la arteria pulmonar y lesiona el saco pericárdico. Señaló

que la causa de su muerte fue una herida cortopunzante penetrante torácica complicada, vital y necesariamente mortal, causada por arma blanca y compatible con la acción de terceros, Su descripción fue apoyada por fotografías que complementan el informe de autopsia y que se tuvieron por incorporadas al juicio, adicionalmente se practicó examen de alcoholemia, que reveló un porcentaje de 2.66% gramos por mil en su sangre. Termina reconociendo en la audiencia las fotos exhibidas mediante sistema data show, su informe de autopsia y señala como arma compatible el cortaplumas recuperado y que fue presentado; y 2) Rodrigo Lara Looks, perito fotográfico de la Policía de investigaciones de Temuco, quien fijó el sitio del suceso, examinó el cadáver y tomó fotos que reconoció en la audiencia

OCTAVO: Que, igualmente, con la conformidad de la defensa, se incorporaron, por su exhibición o lectura, las siguientes probanzas instrumentales y documentales relacionadas con la existencia del hecho material: a) Informe de la autopsia practicado a Alamiro del Carmen Medina Villa, al que se adjunta un set de 22 fotografías; b) Certificado expedido por el Servicio de Registro Civil e Identificación, en el que consta la defunción de Alamiro del Carmen Medina Villa, a causa de herida corto punzante penetrante torácica complicada -homicidio-; c) informe pericial fotográfico del sitio del suceso emitido por el perito Rodrigo Lara Looks, fotógrafo de la Policía de Investigaciones de Temuco, y set de 11 fotografías del mismo; d) Un cortaplumas cacha color café, inscripción ASM y hoja de 10.7 centímetros de largo, y e) una camisa blanca listada maraca prisma, manga corta, que presenta dos rasgaduras en el extremo superior izquierdo y manchas pardo rojizas.

NOVENO: Que, el tribunal dará crédito al testimonio de Enrique Manuel Breve Latorre y Carlos Enrique Breve Sanhueza, no obstante, no ser testigos presenciales del delito, les consta la conducta previa desplegada por los participantes, la secuencia de los hechos de los cuales tomaron conocimiento por el dicho del propio acusado a solo minuto de haberse producido y vieron el arma empleada impregnada con sangre. Además, Carlos Breve concurrió de inmediato al lugar encontrando agónico al occiso; posteriormente lo hizo su padre -Enrique Breve- confirmándose de este modo lo expuesto por aquél, Asimismo, sus dichos concuerdan, con las pruebas rendidas, fotografías, tanto del sitio del suceso Como de la autopsia, y con las aseveraciones de los policías Fernando Enrique Avendaño Andrade y Waldo Álvaro Leal_Herrera, que intervinieron con posterioridad y practicaron las diligencias indagatorias pertinentes que culminaron con la detención del enjuiciado.

Por tales razones, los elementos de juicio que se analizan, complementado con aquellos hechos que fueron objeto de convención probatoria -como se dejara

establecido en la motivación quinta de este fallo, valorados con libertad, permiten tener por acreditado, que alrededor de las 16:00 horas del 13 de marzo de 2002, en circunstancia que los hermanos Alamiro del Carmen y Aliro Segundo Medina Villa transitaban por un camino interior del sector Los Placeres de Trovolhue, después de haber bebido una botella de chicha en el domicilio de Enrique Breve, Producto del alcohol y rencillas anteriores ambos discutieron, ocasión en que Aliro Segundo extrajo un cortaplumas, cuya hoja medía 10,7 centímetros de longitud, con la cual agredió a su hermano causándole una herida corto punzante penetrante torácica complicada en la región subclavicular izquierda, de predominio vertical; que mide 2,2 centímetros que penetró, aproximadamente, 11 Centímetros tansfixiando la arteria pulmonar; lesión reciente, vital y necesariamente mortal compatible con la acción de terceros y que le causó su muerte en el mismo lugar.

DECIMO: Que, los hechos así referidos configuran el delito, de homicidio simple de Alamiro del Carmen Medina Villa cometido el 13 de marzo de 2002, descrito y sancionado por el artículo 391 número 2º del Código Penal.

La intención homicida y el firme propósito de matar a su hermano, que impulsaron la conducta del acusado, surge en forma clara y precisa por el medio utilizado: provocar con elemento cortante, o sea, idóneo, lesiones en la región torácica de la víctima, causándole herida vital y necesariamente mortal, que comprometieron su vida.

Por otra parte, la pericia psiquiátrica elaborada por la señora Sonia Méndez Caro a que fue sometido el enjuiciado prueban con certeza que es imputable ante la ley, que al actuar del modo ya indicado, comprendió la criminalidad de su Conducta, pues no existe patología psiquiátrica que le impida discernir lo correcto de lo incorrecto.

UNDECIMO: Que, en mérito de lo referido, para convicción del tribunal, se encuentran debidamente acreditados los elementos normativos del tipo penal descrito, en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, puesto que Alamiro del Carmen Medina Villa, en la oportunidad precitada, fue agredido con un elemento corto punzante, sufriendo lesiones graves que le causaron su muerte; asimismo, ha quedado legalmente demostrado que el causado Aliro del Carmen Medina Villa quien las provocó, encuadrándose su accionar en la norma del artículo 15 N° 1 del mismo cuerpo legal, por haber intervenido en su ejecución, de una manera inmediata y directa.

Así, por lo demás, lo aceptó la defensa al no controvertir el hecho punible y la participación del imputado.

DUODECIMO: Que, sostuvo la defensa, que en la medición de la pena se debe considerar que al

encausado le beneficia las circunstancias atenuante de responsabilidad prevista en el artículo 11 numerales, 6º, 8º y 9º del Código Penal.

La primera -irreprochable conducta pretérita- se acoge, debido a que el acusado ha ostentado una conducta exenta de todo reproche; hecho acreditado con su extracto de filiación y antecedente, que carece anotaciones penales anteriores, y de lo acordado en la letra b)- de la cláusula 5º de la **convención probatoria**.

La segunda -si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado- se desestima, según el parecer de la mayoría y con el voto en contra del Juez Cristián Alfaro Muirhead en atención al remarcado ambiente de ruralidad y precariedad del acusado y sus vecinos, fundado en que la denuncia para que surta efectos legales debe hacerse antes los Tribunales de Justicia o la autoridad policial correspondiente, dado que el término "denunciado" no está tomado en sentido estrictamente jurídico, sino en su sentido natural y corriente que es el de comparecer ante la Justicia. Durante la vigencia del Código de Procedimiento Penal, esta opinión encuentra asidero en las disposiciones 81, 82 y 83, especialmente esta última que decía "todo el que tenga conocimiento de un hecho Punible, puede denunciarlo", Actualmente, desde el 15 de diciembre de 2000 rige en esta Región Código Procesal Penal, y en su artículo 173 señala: que la denuncia se podrá formular directamente al Ministerio Público, ante los funcionarios de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile, de Gendarmería de Chile, cuando se trate de delitos cometido dentro de los recintos penitenciarios, o ante cualquier tribunal con, competencia criminal, todos, los cuales deberán hacerla llegar de inmediato al Ministerio Público. Similar predicamento establece la ley 18.834, que fijó el nuevo estatuto administrativo, modificado por la ley 19.154 del 3 de agosto de 1992, en cuyo artículo 55 letra k) dispone que es obligatorio denunciar a la justicia los crímenes y simples delitos que se cometieren; hecho reiterado en la disposición 84 inciso 2º, relacionado con la defensa de los funcionarios públicos. En atención a que la denuncia en cuestión se realizó ante un particular -Enrique Manuel Breve Latorre-, se reitera su rechazo por carecer del mérito respectivo para configurar esta atenuante.

En cambio, se acogerá la tercera minorante de responsabilidad alegada, que se funda en la figura contemplada en el numeral 9º del artículo precitado, que permite atenuar la responsabilidad del acusado cuando éste ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos" y que basan en la actitud asumida por el imputado al minuto de ocurrido los hechos, los cuales pone en conocimiento de Enrique Breve Latorre, a quién narró lo acontecido, indicó el lugar donde quedó herido su hermano y quiso entregarle el arma blanca empleada, la que fue rechazado por aquél.

Seguidamente, estando en condiciones de ocultarse, se dirigió a su domicilio donde fue detenido entregando a los Carabineros el cortaplumas aún ensangrentado. -si el mismo día la policía tuvo conocimiento de los hechos, identificó a la persona que participó en su ejecución y recuperó el arma empleada, ello sólo fue posible merced a la colaboración prestada por el acusado, la que se estima sustancial, pues permitió el pronto esclarecimiento de estos hechos.

DECIMOTERCERO: Que, perjudica al encartado la circunstancia agravante descrita en el artículo 13 inciso 2º del Código Penal -ser el agraviado hermano legítimo del ofensor-, hecho acreditado con lo acordado en la letra a)- de la convención probatoria consignada en la cláusula 6º del auto de apertura, por la cual consta que, la víctima y el acusado, eran hermanos legítimos, del mismo padre y madre, circunstancia que era de conocimiento del enjuiciado.

DECIMO CUARTO: Que, sí bien es cierto que la legislación punitiva no entrega base alguna para clasificar las atenuantes en sí mismas, por su naturaleza intrínseca, es factible concluir que la categoría de "gran entidad" Puede atribuirse a todas las circunstancias atenuantes, cualquiera sea su naturaleza, atendiendo solamente a la calidad de los hechos que las constituyen, y tanto la jurisprudencia como la doctrina concuerdan en que esta materia queda librada a valoración de los jueces, en la especie, las dos circunstancias minorantes configuradas aparecen ante estos sentenciadores como de entidad relevante, si se considera que Aliro Medina Villa es un hombre de 37 años de edad, con apenas dos años de educación básica, sistema del cual desertó por privilegiar labores para aportar al sustento familiar, habiendo desarrollado toda su vida en un sector rural -Loncoyamo Bajo-, en el cual vive junto a su madre, a la cual mantiene con su trabajo en faena agrícolas, que se socializó en un contexto de alta ruralidad y de extrema pobreza, que a nivel comunitario no registra antecedentes formales e informales de desajustes conductuales ni delictuales. En cuanto a la trayectoria vital relacionada con el delito, se desencadena en forma previa a un conflicto con su hermano -la víctima- ya que éste no aportaba al presupuesto, familiar y destinaba gran parte de su dinero a la adquisición de alcohol. Por su precaria socialización y bajo repertorio social, el imputado no había podido resolver esta situación en términos más convencionales, según se infiere del informe presentencial emitido por Adiel Couchot Castillo, Asistente Social, Jefe del Centro de Reinserción Social de Temuco.

DECIMO QUINTO: Que, según hecho comprobado en esta causa, la víctima, Alamiro del Carmen Medina Villa era hermano del enjuiciado Aliro Segundo Medina Villa; de allí que, de conformidad con lo prevenido por el artículo 13 del Código Penal: ese vínculo, -pariente legítimo por consanguinidad en

segundo grado de la línea colateral-, se constituye en circunstancia que agrava su responsabilidad, según se indicó anteriormente. Sin embarro, no puede escapar a los sentenciadores que en este juicio quedó en evidencia que esta relación parental estaba muy deteriorada, ya que la conducta de Alamiro era objeto de la desaprobación de su hermano Aliro, debido a la escasa laboriosidad del occiso, a su renuencia a colaborar en las faenas agrícolas y al precario aporte del sustento familiar; así quedó de manifiesto con los atestados de Enrique Breve Latorre; de Carlos Breve Sanhueza, de los informes emitidos por la psiquiatra Sonia Méndez Caro y del Asistente Social Adlei Couchot Castillo. Como la doctrina coincide en dejar de cargo del Tribunal, el determinar el influjo del vínculo de parentesco sobre la responsabilidad penal, esta agravante será compensada, atendida la concurrencia de las minorantes que benefician al encartado, que aparecen de mayor entidad frente a aquella; compensación que, como se ha resuelto uniformemente, por la jurisprudencia de los tribunales chilenos, es de carácter racional, valorativo y no aritmético. En efecto, se ha resuelto que "el tribunal no está obligado a hacer una compensación aritmética de una circunstancia con otra o de dos con dos de especies opuestas, sino que puede aun compensar una atenuante con dos agravantes y agregar y no compensar, por repugnar esa operación, en fuerza de una gran disparidad entre las favorables y las contrarias al reo". (C. Suprema, 24 de agosto de 1939. Gaceta de los Tribunales, 1939, 2º semestre, N° 87, página 364).

DÉCIMO SEXTO: Que, el hecho incriminado en el presente caso es constitutivo del delito de homicidio simple y corresponde aplicar la pena que le asigna el numeral 2º del artículo 391 del Código Penal cuando es consumado, es decir, presidio mayor en su grado mínimo a medio. Como concurren en la especie dos atenuante de responsabilidad, a las cuales los sentenciadores han atribuido la calidad de especial relevancia conforme a las razones vertidas en los motivos, que anteceden, y una agravante que se compensa racionalmente, atendido el número y entidad de dichas circunstancias, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 68 del Código Penal, se impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de lo señalado por la ley, en la extensión que más adelante se dirá, y como el acusado cumple todos los requisitos que exige la ley 18.216, se le concederá el beneficio de libertad vigilada, bajo las condiciones que se indicarán.

Por estas consideraciones, y visto además lo dispuesto por los artículos 1, 11 N° 6, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 21, 24, 26, 29, 50, 68 y 391 N° 2, del Código Penal; artículos 1º, 4º, 37, 47, 173, 281, 295, 296, 297, 325 y siguientes, 340, 341, 342, 344, 346, 348 y 484 de Código Procesal Penal, y Ley 18.216 y su Reglamento, se resuelve:

I.- Que, se condena al acusado **ALIRO DEL CARMEN MEDINA VILLA**, ya individualizado, como autor responsable del delito de Homicidio simple de **Alamiro del Carmen Medina Villa**, perpetrado en el sector Los Placeres de Trovolhue, Comuna de Carahue, el 13 de marzo de 2002, a cumplir la pena de, **CINCO AÑOS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MAXIMO**, 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 de las costas de este juicio.

Con lo informado por Gendarmería de Chile en su informe presentencial, y reuniendo en la especie todas las exigencias del artículo 15 de la ley 18.216, suspéndase la ejecución de la pena privativa, de libertad aplicada al sentenciado Aliro Segundo Medina Villa y se le concede el beneficio de la libertad vigilada. Se fija como plazo de tratamiento y observación el de cinco años, debiendo, además, cumplir con las demás condiciones que señala el artículo 17 y su Reglamento. En el evento de que dicho beneficio fuere revocado, la pena se contará desde el día que se presente o sea habido, sirviendo de abono los días que permaneció privado de libertad, desde el 13 de marzo del año 2002, fecha de su aprehensión, hasta que la obtenga.

II.- Que, se ordena el comiso del arma incautada.

Devuélvase a la Fiscalía la evidencia documental que acompañó durante la audiencia.

Una vez ejecutoriada la presente sentencia, dése cumplimiento al artículo 468 del Código Procesal Penal, oficiándose a la Contraloría General de la República, Servicio de Registro Civil e Identificación y al Centro de Cumplimiento Penitenciario de Nueva Imperial, adjuntándose copia de esta sentencia con el atestado de encontrarse ejecutoriada.

Regístrese, comuníquese en su oportunidad al Juzgado de Garantía de Carahue para los efectos de su cumplimiento; hecho, archívese.

No firma la presente sentencia el Juez Leopoldo Vera Muñoz, no obstante haber concurrido al acuerdo por encontrarse haciendo uso de feriado legal, de conformidad a lo previsto en el artículo 37 inciso 1º del Código Procesal Penal.

Redacción del juez Erasmo Sepúlveda Vidal.

R.U.C. 02 00 031853-4

R.I.T. 075/2002.

Código 00702

Pronunciada por los jueces de la Primera Sala, Christian Alfaro Muirhead, quién la preside, Leopoldo Vera Muñoz y Erasmo Sepúlveda Vidal.

Temuco, veintitrés de diciembre del dos mil dos.

VISTOS:

En esta causa de la Primera Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Temuco, integrada por los jueces Christian Alfaro Muirhead, Leopoldo Vera Muñoz y Erasmo Sepúlveda Vidal, RUC 0200031853-4 y RIT 075/2002, con fecha 19 de Noviembre del 2002, se dictó sentencia contra el imputado Aliro Segundo Medina Villa, ya individualizado, condenándolo a sufrir la pena de 5 años de presidio menor en su grado máximo y accesorias correspondientes, otorgándole el beneficio de la libertad vigilada por la misma cantidad de años, por su participación de autor del homicidio simple de Alamiro del Carmen Medina Villa, cometido en el lugar Los Placeres de Trovolhue, comuna de Carahue, el 13 de Marzo de 2002.

En contra de la referida sentencia, el Ministerio Público de Temuco, representado por el Fiscal Adjunto de Carahue, dedujo recurso de nulidad con la finalidad de invalidar el juicio y la sentencia, por haberse incurrido en error de derecho en su pronunciamiento al infringir el art. 373 letra b) del Código Procesal Penal, con influencia sustancial en lo dispositivo de ella, pues ha condenado a una pena menor a la que corresponde y ha concedido un beneficio alternativo de la Ley 18.216 que es improcedente.

Se concedió el recurso y estimándose admisible esta Corte lo incluyó en la Tabla del 10 de Diciembre en curso y en dicha audiencia se escucharon alegatos de los Abogados del Ministerio, Público y de la Defensoría Penal Pública, luego de lo cual el tribunal citó para la lectura del fallo la audiencia del día de hoy, a la 9 hrs.

CONSIDERANDO:

1º).- El presente recurso se funda en que tratándose de un homicidio simple, previsto y sancionado en el art. 391 N° 2 del Código Penal, en que el imputado participa como autor, los sentenciadores le conceden las atenuantes del art. 11 N° 6 y 9 del Código Penal pero también le agravan las responsabilidades con la modificatoria de responsabilidad del art. 13 del mismo artículo, por ser el imputado hermano de su víctima. En consecuencia, el delito pesquisado tiene asignada una pena compuesta de dos grados y concurriendo circunstancias atenuantes y agravantes, conforme al art. 68 del Código Penal, debe hacerse una compensación entre ellas, atendiendo al número y entidad de unas y otras. El mismo art., en su inciso 3º, solo permite imponer pena inferior a la asignada el delito en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, si concurren dos o más circunstancias atenuantes y, no hay agravantes; y en su Inc. final ordena observar lo prescrito en los Arts. anteriores para casos análogos, con lo que

remite a los incisos finales de los Arts. 66 y 67 del Código Penal, que ordenan hacer una compensación racional de las modificatorias, graduando el valor de una y otras. Pero el legislador, en la hipótesis del inciso final del art. 68 del Código Penal, de concurrencia simultánea de atenuantes y agravantes, no autoriza ninguna rebaja de grado de la pena asignada por el legislador, limitándose a remitir a las disposiciones de los incisos finales de los Arts. 66 y 67 del mismo Código, los que prevén la referida compensación racional sin otorgar al juez facultad de rebajar la pena, la que si conceden expresamente los Inc. terceros de los Arts. 66, y 68, e Inc. 4° del art. 67.

Pero el sentenciador en el motivo 14°, señala que las dos circunstancias atenuantes que se conceden al imputado son de "entidad relevante" y en el motivo 15° señala que la agravante de parentesco "será compensada, atendida la concurrencia de minorantes que benefician al encartado, que aparecen como de mayor entidad frente a aquella; compensación que como se ha resuelto uniformemente por la jurisprudencia de los tribunales chilenos, es de carácter racional, valorativo y no aritmético". Lo anterior parece correcto, pero sorprendentemente en el motivo 16° señala que "como concurren dos atenuantes de responsabilidad, a las cuales los sentenciadores han atribuido la calidad de especial relevancia conforme a las razones vertidas en los motivos que anteceden, y una agravante que, compensa racionalmente, atendido el número y entidad de dichas circunstancias, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 del Código Penal, se impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de lo señalado en la ley, en la extensión que más adelante se dirá".

2°).- El razonamiento reproducido, sostiene la recurrente, constituye un evidente error de derecho, pues si los jueces hicieron una compensación entre las modificatorias, la que reconocemos es una facultad privativa, no puede de modo alguno hacerse de la forma que señala el fallo, pues si bien este no especifica de modo concreto como opera la compensación en cuanto a si para hacer desaparecer la agravante hace concurrir ambas atenuantes o sólo una de ellas, es claro que, en el mejor caso para el imputado, es decir, que se aplique el último criterio señalado, ello significa que a éste solo le subsiste una minorante. Lo anterior, porque "compensar", según el Diccionario de la Real Academia Española, es "igualar en opuesto sentido, el efecto de una cosa con otra", por lo que necesariamente en este proceso debió al menos desaparecer una de las atenuantes para producir igual efecto con la agravante. De otro modo no hay compensación sino sólo que la circunstancia agravante desaparecería por presencia de dos atenuantes, lo que la ley no establece ni permite, siendo la "mayor relevancia" de las, atenuantes, a que aluden

los jueces, un factor intrascendente legalmente, porque tampoco está previsto en el ordenamiento jurídico.

De esta manera, cuando la sentencia señala que concurren dos atenuantes y una agravante que se compensará racionalmente, para luego, contra toda lógica jurídica, no atribuirle efecto alguno a la agravante y fijar una pena tal y como si no hubiera existido esa agravante, la sentencia incurre en un error de derecho porque han procedido rebaja de pena no autorizada por la ley, ni siquiera es carácter de facultativa. En efecto, la sentencia recurrida desconoce de hecho circunstancia agravante que el mismo dio por establecida y el efecto en la determinación de la pena aplicable equivalente a no reconocer la existencia de la misma, restando aplicación en el caso concreto al art. 13 del Código Penal. Si bien es cierto es facultad del tribunal determinar la influencia del vínculo de parentesco sobre la responsabilidad penal, es decir, si es circunstancia atenuante o agravante, una vez que se ha concluido al respecto, debe operar como tal en el sistema de aplicación de las penas del Código Penal y no queda al libre arbitrio del sentenciador. Así, el legislador no faculta la rebaja de un grado bajo el mínimo sino cuando concurren dos o mas circunstancias atenuantes, sin agravantes salvo el caso del art. 68 bis, es decir, que concorra una sola minorante y ella se estime como muy calificada situación excepcional que no ocurre en la especie pues la Corte Suprema ha resuelto que ella opera en el caso en que exista una atenuante como única modificatoria y no para aquellos casos en que subsista una, luego de un proceso de compensación. En todo caso el art. 68 bis, no fue utilizado en este caso.

Estamos de acuerdo con los sentenciadores que la compensación no es matemática, sino racional, es decir, no necesariamente debe compensarse una por una, porque puede hacerse dos por una o una por tres, siempre que sea racional, pero en autos, no obstante que dice hacer una compensación racional en el hecho no lo hace y calcula la pena contradictoriamente con lo resuelto en el fallo, ignorando la compensación que el mismo señala.

En suma frente a dos atenuantes y una agravante, a lo más puede compensarse la segunda con una de las primeras, quedando subsistente una atenuante, la que solo produce el efecto de no poder aplicar la pena en su grado mas alto, por lo que en el mejor escenario para el imputado, debió castigarse con presidio mayor en su grado mínimo, y en caso alguno rebajar en un grado este mínimo legal. También se cometió error al concederle al imputado el beneficio alternativo de la Libertad Vigilada que contempla la Ley 18.216, pues no puede otorgarse si la pena excede de cinco años de presidio menor en su grado máximo.

Los vicios que se han señalado producen un evidente perjuicio que influyó substancialmente en lo dispositivo del fallo, al imponerse el imputado una pena

menor a la que en derecho corresponde, afectando de este modo la pretensión punitiva de este recurrente e infringiendo los Arts. 50, 66, 67 y 68 del Código Penal, y 15 de la Ley 18.216, por lo que de acuerdo a lo establecido en los Arts. 352, 372 y 373 letra b) del código Procesal Penal, solicita tener por interpuesto recurso de nulidad, acogerlo en todas sus partes y disponer la anulación del juicio oral en su totalidad y de la sentencia recurrida, determinando el estado en que debe quedar el procedimiento y ordenar la remisión de los antecedentes ante el tribunal no inhabilitado que deba conocer del nuevo juicio oral, por constituir la única manera de subsanar el perjuicio causado al Ministerio Público por el fallo recurrido.

3°).- Que en el caso de autos, de conformidad con lo establecido en los Arts. 50 y 391, N° 2 del Código Penal, la pena asignada al delito de homicidio, simple que responde el imputado en calidad autor, es la de presidio mayor en su grado mínimo a medio; es decir, se trata de una corporal formada de dos grados de una divisible. Como modificatorias de responsabilidad, según lo dejó establecido, la sentencia recurrida, concurren dos circunstancias atenuantes y una agravante. La determinación precisa de la pena entre el grado que va de 5 años y un día a 10 años o entre 10 años y 1 día a 15 años, conforme al Inc. final del art. 68 del Código Penal, se hace observando lo prescrito en los artículos anteriores para casos análogos. Los artículos anteriores a que alude son el 65 que regula la determinación de la pena cuando la ley señala una sola pena indivisible; el art. 66, si la ley señala una pena compuesta de dos indivisibles; y el art. 67 cuando la pena señalada al delito un grado de una divisible y el caso análogo a que se refiere los regula el art. 67 inciso final que señala que, "en el caso de concurrir circunstancias atenuantes y agravantes, se hará una compensación racional para la aplicación de la pena, graduando el valor de unas y otras". Antes, el art. 68 ordenó que "cuando la pena señalada por la ley consta de dos o mas grados, bien sea que lo formen una o dos penas indivisibles (cada pena es un grado y cada grado es una pena, Arts. 57 y 58 del Código Penal) y uno o más grados de otra divisible o diversos grados de penas divisibles, el tribunal al aplicarla podrá recorrer toda su extensión, si no concurren en el hecho circunstancias atenuantes y agravantes", luego regula que ocurre si hay una sola atenuante o una sola agravante (Inc. 2°); si son dos o más las circunstancias agravantes, sin que concurren atenuantes (Inc. 4°) y en el Inc. 3° señala que si son dos o mas las circunstancias atenuantes, sin agravantes, el tribunal podrá imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias.

Es decir, para casos como el presente en que la ley asigna al delito una pena de dos grados de una divisible concurrendo circunstancias atenuantes y

agravantes de responsabilidad penal, previo a la aplicación de las normas señaladas en los incisos 1°, 2°, 3° y 4° del referido Art. 68 del Código Penal, debe hacerse la compensación racional, graduando el valor de unas y otras, como lo señala el inciso final del Art.67 y de esa manera determinar si el hecho queda sin modificatorias de responsabilidad penal, en que la norma aplicable será el art. 68 Inc. 1° o queda con una sola atenuante o agravante, en que se aplicará el Inc. 2° de ese art.; o si queda con dos o más circunstancias atenuantes, en que regirá el Inc. 3° o si quedará con dos o mas agravantes, en que aplicará las normas del Inc. 4° del referido art. 68.

4°).- De lo dicho se desprende que la, compensación racional para la aplicación de la pena, graduando el valor de unas u otras, cuando concurren circunstancias atenuantes y agravantes, evidentemente implica una operación, en que unas y otras van desapareciendo hasta quedar sin atenuantes ni agravantes o solo con una o más atenuantes, o sólo con una o mas circunstancias agravantes. Sólo llevando a este nivel la operación de compensación resulta posible la aplicación de los principios generales sobre que efectos producen en la responsabilidad del inculpado de un delito que tiene dos o mas penas o dos o más grados de una pena, el hecho que no concurren ni circunstancias atenuantes ni agravantes; que concorra solo una atenuante o una agravante; o que concurren dos o más atenuantes o agravantes, que regulan específicamente en este caso los incisos 1° a 4° del Art. 68 del Código Penal.

Evidentemente la racionalidad de la compensación, con graduación del valor de unas y otras, implica la facultad de decidir, si hay más de una atenuante versus una o más agravantes, si para eliminar determinada agravante basta con una o mas circunstancias atenuantes, o, habiendo una sola circunstancia atenuante y dos agravantes, si aquella tiene racionalmente valor suficiente para eliminar las dos agravantes o una sola, y en virtud de lo anterior, concluir la subsistencia de una o más atenuantes o una o más agravantes, o de ninguna atenuante ni agravante. Si sólo concurre una atenuante y una agravante, como también la ley ordena hacer una compensación, no cabe sino concluir que una y otra tienen igual valor por lo que se eliminan recíprocamente y el hecho queda libre de atenuantes y agravantes, y para determinar la pena se aplicará esta regla, con lo que el tribunal queda facultado para recorrer toda la extensión de la pena.

Entonces, la compensación operará siempre que al menos haya una atenuante y una agravante, y habiendo más de una cualquiera de las anteriores debe determinarse si sobreviven atenuantes o agravantes y cuantas, pero considerando siempre que cuando procede esta operación desaparece una o algunas de ellas en cada grupo, porque la ley no admite que hayan

atenuantes y agravantes en el momento de determinar la pena, sino que esto debe hacerse cuando en virtud del referido proceso de eliminación (la compensación) desaparecieron todas, o quedaron unas u otras.

5°) De esta manera cuando en la sentencia de autos se dice que se compensa racionalmente las dos circunstancias atenuantes y una agravante concurrente, no puede concluirse que el excedente de circunstancias modificatorias son dos atenuantes, pues significa que la agravante no tuvo costo sobre las atenuantes, lo que se opone a la letra y espíritu de los Arts. 68 y, 67 del Código Penal; y al sancionar considerando solo la concurrencia de dos circunstancias atenuantes, ha hecho una errónea aplicación del derecho que hizo posible la rebaja de pena en un grado al mínimo de los que pretendía la recurrente consecuentemente, el otorgamiento de un beneficio alternativo de la Ley 18,216, de modo que aquella ha influido en lo dispositivo de la sentencia por lo que no cabe sino acoger el recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público a Fs. 26 de estos antecedentes.

Por estas consideraciones y visto, además, lo prevenido en los Arts. 50, 67, 68 y 391 N° 2 del Código Penal; 372, 373 letra b); 379, 384 y 386 del Código Procesal Penal, **SE ACOGE** el recurso de nulidad deducido a Fs. 26 de estos antecedentes Por el Ministerio Público de Temuco, en contra de la sentencia de fecha 19 de Noviembre en curso, escrita de Fs, 22 a 25, por la que se condenaba a Aliro Segundo Medina Villa, ya individualizado a sufrir la pena de cinco años de presidio menor en su grado mínimo y accesorias correspondientes, la que debía cumplir mediante el sistema alternativo de la Libertad Vigilada, por su participación de autor en el delito de homicidio simple en la persona de Alamiro del Carmen Medina Villa, declarándose que **SE ANULA** el juicio oral y la referida sentencia, reponiéndose el proceso al estado de proceder a la realización de un nuevo juicio por la sala no inhabilitada, que corresponda, del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Temuco.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Leopoldo Llanos Sagristá, quien fue de parecer de rechazar el recurso, sin perjuicio de hacer uso de la facultad conferida a este Tribunal por el Art. 375 del Código Procesal Penal y, en consecuencia, corregir la sentencia recurrida en aquella parte en que erróneamente aplicó el Art. 68 inciso final en relación con el Art. 67 inciso cuarto, ambos del Código Penal, haciendo la correcta aplicación de dichas disposiciones e imponiendo la pena que corresponda. Tiene para ello presente las siguientes consideraciones:

a) Que la causal del Art. 373 letra b) del Código Procesal Penal exige, para aceptar el recurso de nulidad por ese motivo, que la errónea aplicación del derecho influya "sustancialmente en lo dispositivo del fallo", esto es, que el error jurídico sea de tal entidad que desnaturalice la acción deducida al pronunciarse sobre

ella la parte decisoria de la sentencia; situación que a juicio del disidente no acaece en la materia propuesta, como quiera que la acción penal ejercida por el Ministerio Público y derivada del delito objeto del juicio fue acogida por el tribunal a quo. Luego, la falsa aplicación de la ley que regula el "quantum" de la sanción carece de la trascendencia que es requisito general de la institución de la nulidad procesal, más aun si dicho defecto puede ser corregido por otros remedios, como la aludida facultad correctiva antes citada.

b) Que a igual conclusión se arriba de la interpretación armónica de los diversos preceptos que reglamentan el recurso de nulidad, en especial, los Arts. 385 y 386 del Código Procesal Penal, en relación con los Arts. 373 y 374 del mismo código. En efecto el primero de ellos se refiere a la facultad del ad-quem de anular solo la sentencia, "sí la causal de nulidad no se refiriere a formalidades del juicio ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados" (describiendo luego los casos específicos en que sí es procedente); en tanto que el segundo obliga a anular el juicio oral y la sentencia "salvo los casos mencionados en el Art. 385". De ellos se infiere que la nulidad del juicio y la sentencia solo tiene lugar en presencia de la infracción de garantías constitucionales de orden procesal (causal del Art. 373 letra a) y de la vulneración de formalidades procedimentales o de la fundamentación de la sentencia en la valoración de la prueba (motivos absolutos del Art. 374). En consecuencia, las infracciones de derecho "in iudicando" (Art, 373 letra b) permiten anular solo la sentencia en los casos descritos en el Art. 385, en tanto que las "in procedendo", autorizan anular el juicio y la sentencia tratándose únicamente de los motivos antes expresados, de tal modo que cualquier otro error o infracción contenido en el fallo de los jueces de la instancia, o en el juicio, carece del carácter sustancial, esencial o trascendente previsto por el legislador e impiden, por tanto, hacer lugar al referido recurso.

Regístrese y devuélvanse los antecedentes para los fines señalados.

Redacción del Ministro Héctor Toro Carrasco, y del voto disidente, por su autor.-

Rol N° 722-2002 R.P.P.-

Pronunciada por los señores Ministros de la Segunda Sala

Presidente: don Héctor Toro Carrasco

Ministro: don Leopoldo Llanos Sagristá

Abogado Integrante: don Sergio Fonseca Fernández

Temuco uno de febrero de dos mil tres

VISTO, OÍDO Y CONSIDERANDO:

1°) Que, en audiencia realizada el día veintinueve de enero del año en curso, se constituyó la sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de ésta

ciudad, integrada por los jueces señores Félix Vega Etcheverry, quien la presidió; Oscar Viñuela Aller y Jorge González Salazar, se llevó a efecto la audiencia de juicio oral relativa ,al Rol Interno N° 75-2002, seguida en contra de **ALIRO SEGUNDO MEDINA VILLA** natural de Carahue, Cédula Nacional de Identidad N° 11.135.270-4, 37 años, soltero, segundo básico, agricultor, domiciliado en el sector Loncoyano, Trovolhue, Comuna de Carahue.

El Ministerio Público, parte acusadora, estuvo representado por los fiscales Pablo Sabaj Diez e Iván Isla Amaro, domiciliados en Lautaro N° 136 de Carahue. La defensa del acusado estuvo a cargo de la defensora penal pública Maddeleyn Villegas Moreira, domiciliada en Lautaro N° 130 de esa misma ciudad.

2°) Que, los hechos materia de la acusación, según auto de apertura de juicio oral, ocurrieron alrededor de las 13:00 horas del 13 de marzo del año recién pasado, mientras el acusado regresaba junto a su hermano Alamiro del Carmen, por un camino interior del sector Los Placeres de Trovolhue, después de una ingesta de chicha en el domicilio de Enrique Breve Latorre, producto del alcohol, se originó una discusión entre ambos, ocasión en que Aliro Segundo extrajo un cortaplumas con una hoja de 11 centímetros de longitud con la cual propinó a su hermano una estocada en la región subclavicular izquierda que le causó su muerte en el mismo lugar. Ocurrido el hecho, el acusado regresó al domicilio de Enrique Breve, informando a éste y a su hijo Carlos que había dado muerte a su hermano Alamiro, exhibió el cortaplumas utilizado y les indicó el lugar donde ocurrieron los hechos, siendo detenido posteriormente por Carabinero en su domicilio ubicado en el sector de Loncoyano, encontrando en su poder el arma utilizada.

Sostiene el Ministerio Público que ese hecho tipifica el delito de homicidio simple, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, perpetrado en calidad de autor por Aliro Segundo Medina, Villa de conformidad a lo establecido en el artículo 15 N°1 del Código Penal.

3°) Que, el Fiscal en su alegato de apertura y clausura, manifestó que, en el hecho concurre a favor del imputado, únicamente, la circunstancia atenuante de su irreprochable conducta pretérita descrita en el artículo 11 número 6° del Código Penal, materia de convención probatoria, y que le perjudica la agravante de parentesco descrita en el artículo 13 del código precitado, por lo que solicitó la aplicación de la pena de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo.

4°) Que, la abogado Maddeleyn Villegas Moreira, por la defensa del encausado, tras examinar las probanzas, estimó acreditado tanto el hecho como la participación de su asistido en la producción del mismo, pero argumentó que lejos de ser un homicidio brutal, se trata de un hecho muy lamentable que involucró a dos hermanos que amerita ser considerado en un contexto

de extrema pobreza, de alta ruralidad, de privación socio-cultural. Señaló que no existen testigos presenciales del hecho, una vez ocurridos, su representado fue a la casa de don Enrique Breve a quién relata lo sucedido, le indica el lugar donde se encontraba tendido su hermano, le muestra el cortaplumas ensangrentado, luego, pudiendo huir, se dirige a su domicilio donde es detenido por Carabinero a quienes hace entrega del arma homicida. Esta narración del acusado fue vital para aclarar el hecho punible, determinar el autor y el arma empleada, la que fue recuperada solo en base al dicho de aquél, por lo que concurren en su favor las atenuantes del artículo 11 numerales 6°, 8° y 9° del Código Penal, que permiten se le otorgue algún beneficio alternativo, siendo apto para ello.

5°) Que, son hechos de la causa, por haber sido materia de convención probatoria, los siguientes de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 275 del Código Procesal Penal, a) que, Alamiro del Carmen Medina Villa, víctima, y Aliro Segundo Medina Villa, acusado, son hermanos, hijos del mismo padre y madre; b) que, Aliro Segundo Medina Villa no registra anotaciones en su extracto de filiación y antecedentes; c) que, la sangre presente en el cortaplumas y camisa, acompañada por la Fiscalía como evidencia material, corresponde el occiso Alamiro del Carmen Medina Villa; y d) que, el imputado no tenía lesiones

6°) Que, el Ministerio Público, con la finalidad de acreditar sus cargos, ofreció, el testimonio de:

a) ENRIQUE MANUEL BREVE LATORRE, quien expuso que, el día 13 de marzo no se encontraba en su casa, pues había concurrido al Consultorio en busca de remedios para su cónyuge, y cuando regresó , llegó el acusado, quien le señaló "maté a mi hermano Milo, lo maté por hombre", Como él no le creyó, le exhibió el cortaplumas ensangrentado y le señaló el lugar donde estaba botado. En ese momento se encontraban en su hogar un vecino y sus hijos, quienes se dirigieron al sector indicado por aquél. Señalo además, que el enjuiciado le pidió \$ 500 para llamar a Carabineros, lo que en definitiva no hizo, fue su hijo quien dio aviso a la policía. Después de haberse retirado de su hogar Aliro Segundo, se dirige al lugar señalado por éste, encontrando el cadáver de Alamiro del Carmen a unos 300 metros de distancia de su casa en un camino vecinal. En la audiencia reconoció las fotos N° 1 y N° 2 demostrativas de la posición en que estaba el occiso.

b) CARLOS ENRIQUE BREVE SANHUEZA, quien expuso que los hermanos Medina Villa, el día 13 de marzo estuvieron en su casa bebiendo chicha y se fueron, el acusado no estaba curado, solo pasado a trago. Como a la media hora después de haberse retirado, mientras se encontraban pintando oyó decir al acusado "maté al Milo de puro hombre", indicó el lugar donde quedó, mostró el cortaplumas ensangrentado,

quiso entregarlo a su padre pero éste la rechazó. Con su hermano y un vecino fue al lugar encontrando a unos 300 metros de su casa tendido a la víctima en un camino vecinal, aún estaba vivo, pues su pecho se movía. El cortaplumas lo había visto antes en poder de Aliro Segundo, cuando éste sacaba papas. Agregó que fue el quien dio aviso a Carabineros, para lo cual tuvo que ir a un teléfono ubicado alrededor de ocho kilómetros de distancia. Termina su testimonio reconociendo en la audiencia al acusado, las fotos números 1° y 2° que se le exhibieron y el cortaplumas.

e) Los funcionarios de Carabineros Fernando Enrique Avendaño Andrade y Waldo Álvaro Leal Herrera, quienes están contestes en señalar que el día 13 de marzo del 2002, mientras se encontraban de servicio en la población junto al cabo Moya, recibieron un comunicado radial en el cual se les informaba de una persona agredida con arma blanca en el sector Los Placeres. En el trayecto se encontraron con la ambulancia siendo informado que la persona herida había fallecido y como en ella iba un cuñado del occiso, le solicitaron que los acompañara al lugar de los hechos donde encontraron un cadáver de sexo masculino. Allí estaba Enrique Breve quien les señaló que el responsable era Aliro Segundo Medina, proporcionándoles detalles del hecho. Seguidamente, se resguardó el sitio del suceso, quedando en este el Carabinero Christian Moya, después se dirigieron a domicilio del imputado. Allí, se identificaron, se le solicitó que se entregara, pero éste estaba agresivo, portaba en su mano un palo como un astil de hacha de un metro y medio de longitud y profería groserías, pero se logró convencerlo que saliera a conversar, oportunidad en que se logró reducirlo y esposarlo, lográndose así su detención, y al ser consultado el enjuiciado acerca del arma homicida, señaló que esta se encontraba en el bolsillo trasero de su pantalón. Agregaron que sólo presentaba hálito alcohólico. En la audiencia reconocieron, las fotos números 1° y 2° y el cortaplumas impregnado con sangre.

d) Christian Eduardo Moya Bello, quien a su vez expresó que él fue el encargado de resguardar el sitio del suceso, mientras sus colegas procedían a la detención del enjuiciado.

7°) Que, con idéntica finalidad depusieron en calidad de peritos: a) **Sergio Andrés Herrera Umanzor**, médico legista, quien expuso haber realizado el protocolo de autopsia N° 138-2002 de Alamiro del Carmen Medina Villa, él cual presentaba en la cara anterior del hemitórax izquierdo, región subclavicular izquierda, una herida corto punzante de predominio vertical de 2,2 centímetro, de trayecto de arriba hacia abajo y de adelante hacia atrás, de aproximadamente 11 centímetros, Esta lesión transfixia el borde anterior del lóbulo superior pulmonar izquierdo, la arteria pulmonar y lesiona el saco pericárdico. Señaló que la causa de su muerte fue una

herida corto punzante penetrante torácica complicada, vital y necesariamente mortal, causada por arma blanca y compatible con la acción de terceros. Además se le practicó el examen de alcoholemia post mortem, que reveló un porcentaje de 2,66% gramos por mil en su sangre. Terminó reconociendo como arma compatible el cortaplumas recuperado que le fue presentado; y b) Rodrigo Lara Looks, perito fotográfico de la Policía de fijó el sitio del suceso, examinó el cadáver y tomó fotos que reconoció en la audiencia.

8°) Que, igualmente, con la conformidad de la defensa, se incorporaron, por su exhibición o lectura, las siguientes probanzas instrumentales y documentales relacionadas con la existencia del hecho material: a) certificado expedido por el Servicio de Registro Civil e Identificación, en el que consta la defunción de Alamiro del Carmen Medina Villa, a causa de herida corto punzante penetrante torácica complicada-homicidio; b) El informe de Psiquiatría N° 392-2002 confeccionado por la médico Sonia Méndez Caro, quien informó haber examinado al acusado, señalando que se trata de un hombre que no presenta alteraciones del juicio de realidad, ni patologías que le impidan discernir, con un nivel de abstracción adecuado. Por último, indica que no se aprecia repercusión emocional respecto de los hechos, d) un cortaplumas cacha color café, inscripción ASM y hoja de 10,7 centímetros de largo, y e) una camisa blanca listada, manga corta, que presenta, dos rasgaduras en el extremo superior izquierdo y manchas pardo rojizas.

9°) Que, la defensa incorporó prueba documental, consistente en el informe Presentencial de Aliro Segundo Medina Villa, en el cual se expresa que, este es apto para la medida de libertad vigilada por carecer de compromiso criminógeno, el ilícito se define como episodio en su historia de vida y asociado a una situación conflictiva específica

10°) Que, las declaraciones de los testigos y peritos presentados por el Ministerio Público, hechos suyos por la defensa, provienen de personas que presenciaron los hechos a que se refieren, que impresionaron a los jueces como capaces de percibirlos y apreciarlos por sus sentidos, demostrando los peritos, dominio de su respectiva ciencia o arte; por lo que aparecen veraces y creíbles, razón por la cual este tribunal acogerá la prueba rendida por la parte acusadora, prueba que se encuentra acorde con la documental y la evidencia, material presentada por la Fiscalía.

Por lo que, apreciando la prueba rendida con libertad, según lo permite el artículo 297 del Código Procesal Penal, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y, los conocimientos científicamente afianzados, se tiene por acreditado, más allá de toda duda razonable, que el día 13 de marzo de 2002, en horas de la tarde, en un camino

rural del sector Placeres del lugar Trovolhue de la comuna de Carahue, Aliro Segundo Medina Villa agredió con una cortaplumas a su hermano Alamiro del Carmen Medina Villa, dándole una estocada en la región subclavicular izquierda causándole una herida corto punzante de 11 cms. transfixiando la arteria pulmonar; lesión reciente y vital y que le causó su muerte en el mismo lugar.

11°) Que, los hechos así referido configuran el delito de homicidio simple de Alamiro del Carmen Medina Villa, cometido el 13 de marzo e 2002, descrito y sancionado por el artículo 391 número 2° del Código Penal, con la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio y, acreditan fehacientemente que al acusado **ALIRO SEGUNDO MEDINA VILLA**, le corresponde una participación culpable y penada de autor, por haber intervenido de manera inmediata y directa en su ejecución.

12°) Que, en efecto, el delito y la participación del acusado, se acreditan con los testimonios de Enrique Breve Latorre, Carlos Enrique Breve Sanhueza, Fernando Avendaño Andrade y Waldo Leal Herrera; y el informe tanatológico del médico legista que estableció la causa de la muerte del occiso.

Asimismo, por lo demás, lo aceptó la defensa al no controvertir el hecho punible y la participación del imputado.

13°) Que, sostuvo la defensa, que en la medición de la pena se debe considerar que al encausado le beneficia las circunstancias atenuante de responsabilidad prevista en el artículo 11 numerales 6°, 8° y 9° del Código Penal.

La primera irreprochable conducta pretérita se acoge, debido a que el acusado ha ostentado una conducta exenta de todo reproche; hecho acreditado con la convención probatoria que establece que su extracto de filiación y antecedente carece de anotaciones penales anteriores.

La segunda si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado, se desestima, fundado en que la denuncia para que surta efectos legales debe hacerse antes los Tribunales de Justicia o la autoridad policial correspondiente, dado que el término "denunciado" no está tomado en sentido estrictamente jurídico, sino en su sentido natural y corriente que es el de comparecer ante la Justicia, el Código Procesal Penal en su artículo 173 señala que la denuncia se podrá formular directamente al Ministerio Público, ante los funcionarios de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile, de Gendarmería de Chile cuando se trate de delito cometido dentro de los recintos penitenciarios, o ante cualquier tribunal con competencia criminal, todos los cuales deberán hacerla llegar de inmediato al Ministerio Público. Que en el caso en cuestión, la noticia que se dio a Enrique Manuel Breve Latorre, por el acusado del hecho

ilícito perpetrado por él, se realizó ante un particular, por lo que carece del carácter de denuncia, la que tiene por objeto iniciar el procedimiento penal por lo que será rechazada por carecer del mérito respectivo para configurar esta atenuante.

Que tampoco se acogerá la tercera minorante de responsabilidad alegada, que se funda en la figura contemplada en el numeral 9° del artículo precitado, que permite atenuar la responsabilidad del acusado. cuando éste "ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos", y que se basan en la actitud asumida por el imputado, a minutos de ocurridos los hechos, los cuales pone en conocimiento de Enrique Breve Latorre, a quién narró lo acontecido, indicó el lugar donde quedó herido su hermano y quiso entregarle el arma blanca empleada, lo que fue rechazado por aquél. Colaborar "sustancialmente al esclarecimiento de los hechos" implica una voluntad de cooperación a la labor de investigar y esclarecer lo sucedido, la que debe ser primordial en que ello ocurra; en la especie, la conducta que desplegó el enjuiciado, con posterioridad al homicidio perpetrado por él, fue la de ocultarse en su hogar; dejando abandonado a su hermano moribundo, luego si bien pidió dinero para comunicarse, en definitiva no lo hizo y se fue hacia su domicilio, lejos del sitio de suceso y se resistió al arresto amenazando los funcionarios policiales con un madero de aproximadamente un metro y medio de largo. Por otro lado, la comunicación que hizo de los hechos al testigo Enrique Breve al expresarle "maté por puro hombre a mi hermano", más tiene por objeto jactarse de lo que había realizado, que poner en su conocimientos su participación en los hechos para colaborar en el esclarecimiento de estos y la denuncia del hecho fue realizada en definitiva por Carlos Breve.

14°) Que, perjudica al encartado la circunstancia agravante descrita en el artículo 13 inciso 2° del Código Penal, ser el agraviado hermano legítimo del ofensor, hecho acreditado con lo acordado en la letra a) de la convención probatoria consignada en la cláusula 6° del auto de apertura, por la cual consta que, la víctima y el acusado, eran hermanos legítimo, hijos del mismo padre y madre, circunstancia que era de conocimiento del enjuiciado.

15°) Que la pena asignada por, la ley al delito de que se trata, es de presidio mayor en su grado mínimo a medio y en conformidad a lo prevenido por el artículo 68 del Código Penal, al afectar al acusado una circunstancia agravante, y beneficiarles una atenuante, el tribunal hará una compensación racional de ellas quedando en condiciones de recorrer toda la extensión de la pena asignada al delito, imponiéndole una que, a la par, resulte más condigna con la gravedad de su conducta, las circunstancias que rodearon su accionar, como la importancia del bien jurídico vulnerado y atendida la extensión de la pena que se le impondrá, no

es merecedor de ninguno de los beneficios alternativos que contempla la ley N° 18.216.

Por estas consideraciones, y visto además las lo dispuesto por los artículos 1, 11 N° 6, 13, 14 N°1, 15 N° 1, 18, 21, 24, 26, 28, 50, 68 y 391 N° 2 del Código Penal; artículos 1°, 4°, 37, 47, 173, 281, 295, 296, 297, 325 y siguientes, 340, 341, 342, 344, 346, 348 y 484 del Código Procesal Penal, se declara:

I.- Que, se condena al acusado **ALIRO DEL CARMEN MEDINA VILLA**, ya individualizado, como autor, responsable del delito de Homicidio simple de Alamiro del Carmen Medina Villa, perpetrado en el sector Los Placeres de Trovolhue, Comuna de Carahue, el 13 de marzo de 2002, a cumplir la pena de **SIETE AÑOS DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MÍNIMO**, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y, la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de este juicio.

El sentenciado deberá cumplir íntegramente privado de libertad la condena impuesta por no ser acreedor a ningún beneficio, la que se le contará desde el día 16 de enero de 2003, época desde la que se encuentra privado, ininterrumpidamente privado de libertad, sirviéndole además de abono el tiempo que permaneció privado de libertad entre el 14 de marzo y el 14 de noviembre de 2002, según consta del expediente del juicio.

II.- Que, se ordena el comiso del arma incautada.

Devuélvase a los intervinientes las evidencias documentales que acompañaron durante la audiencia.

Se previene que el magistrado Oscar Luis Viñuela Aller, estuvo por acoger, además, la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, esto es, haber cooperado sustancialmente en el esclarecimiento de los hechos.

En efecto, según se desprende de la prueba rendida por el Ministerio Público, el acusado, una vez cometido el delito, volvió a la casa de Enrique Breve Latorre empleador esporádico de este, señalándole que había dado muerte a su hermano Alamiro, mostrándole el cortaplumas ensangrentado e indicándole el lugar donde se encontraba el cadáver, pidiendo dinero para llamar a Carabineros para denunciar el hecho, lo que en definitiva hizo el hijo del primero Carlos Breve, quien aseveró que el teléfono más cercano estaba en malas condiciones, y debió conseguir locomoción para llegar al próximo ubicado a unos 8 Km.; agregando además los funcionarios policiales, que para lograr comunicarse con

el señor Fiscal, se debió hacer un puente comunicacional con Puerto Saavedra, ya que no se podía hacer en forma directa, lo que demuestra lo aislado del sector. Que una vez en conocimiento de Carabineros, concurren al lugar, constatando la existencia del cadáver y posteriormente, se dirigen al hogar del acusado, dónde, aunque señalan que en principio opuso resistencia, en definitiva salió, haciendo entrega del arma homicida.

Que como queda claro el mérito de la prueba incorporada por la acusadora al juicio, estos antecedentes iniciales fueron sustanciales para lograr aclarar el ilícito y determinar su autor, siendo las otras pruebas posteriores -autopsia, documentos, fotografías – solo ratificadoras de las ya obtenidas, por lo cual, en la práctica, el caso quedo aclarado en las primeras horas, con los dichos de Aliro Medina a la familia Breve, es por ello, que a criterio de este juez, son suficiente para dar por acreditada dicha atenuante de responsabilidad.

Que, en atención que para este disidente, favorecen al acusado dos circunstancias atenuantes de responsabilidad, y le perjudica una agravante, se compensa, la presente con la especial del artículo 13 del Código Penal, quedando por ende una sola minorante, motivo por el cual, fue de parecer de aplicarle la pena de Cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo; sin beneficio alternativo de cumplimiento de ella, atendida la magnitud de la misma.

Una vez ejecutoriada la presente sentencia, dése cumplimiento al artículo 465 del Código Procesal Penal, oficiándose a la Contraloría General de la República, Servicio de Registro Civil e Identificación y al Centro de Cumplimiento Penitenciario de Nueva Imperial, adjuntándose copia de esta sentencia con el atestado de encontrarse ejecutoriada.

Regístrese, comuníquese en su oportunidad al Juzgado de Garantía de Carahue para los efectos de su cumplimiento, hecho, archívese.

Redacción del Juez señor Jorge González Salazar y la prevención por su autor.

R.U.C 2 00 031353-4

R.I.T. 075/2002.

Código 00702

Dictada por los jueces señores, Félix Vega Etcheverry, Presidente, de la Sala, Oscar Luis Viñuela Aller y Jorge González Salazar.

- **Acoge recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía revocando la resolución del Juez de Garantía, declarando que se hace lugar a la prueba testimonial del testigo protegido; declara inadmisibles los recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía por la inclusión de prueba de la Defensa.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Copiapó.

Resumen:

En primer lugar, la Fiscalía interpuso recurso de apelación respecto de la resolución del Tribunal de Garantía que excluyó como prueba la declaración de un testigo bajo reserva, por cuanto se habría dado una errada interpretación legal. Señaló que la reserva de identidad es una institución necesaria para proteger a testigos y víctimas, institución que se encuentra reconocida y reglamentada en el Código Procesal Penal. Agregó, además, que el principio general en esta materia es la inclusión de la prueba, procediendo su exclusión sólo por excepción por causales expresamente determinadas, causales que no concurrieron en este caso. La Defensa defendió la exclusión sosteniendo que el hecho de desconocer la identidad de un testigo afecta el derecho a defensa. La Corte resolvió que la omisión en la individualización del testigo no importa inobservancia de garantías fundamentales, por cuanto existe un sistema protector de testigos regulado en el artículo 308 del Código Procesal Penal. Al contrario, de no aceptarse la inclusión de este testigo se podría llegar a afectar el derecho al debido proceso infringiendo el artículo 276 del Código Procesal Penal.

Respecto del segundo recurso interpuesto por la Fiscalía, apelando por inclusión de prueba de la Defensa, éste fue declarado inadmisibles en atención a lo dispuesto por los artículos 276 y 277 letra f) inciso 2º del Código Procesal Penal que establecen la apelación para la exclusión.

Texto completo:

En Copiapó, a veintiséis de diciembre de dos mil dos, a las 9:00 horas, se lleva a efecto la audiencia del recurso de apelación de la resolución de fecha cuatro de diciembre del año en curso, dictada por el Juez Subrogante de Garantía de Diego de Almagro, don Juan Pascual de Pablo, ante los Ministros de la única Sala de esta Corte de Apelaciones, Presidente, Ministro Jaime Arancibia Pinto, Ministros señoras Luisa López Troncoso, y Ministro Señor Francisco Sandoval Quappe, con la asistencia de los abogados representantes de la Fiscalía de Diego de Almagro, señor Luis Soriano, y de la Defensoría Penal Pública, señor Rodrigo céspedes.

Otorgada la palabra al representante de la Fiscalía, respecto de la apelación referida al testigo bajo reserva de identidad, señala que existió una errada interpretación legal, agregando que el Ministerio Público ha observado las garantías constitucionales, según lo dispuesto en las normas respectivas del Código Procesal Penal, Constitución y el Instructivo N° 32 de la Fiscalía Nacional.

Sostiene que el testigo en cuestión es fundamental y directo, y su declaración se contiene en la carpeta de investigación y en una cinta que siempre estuvo a disposición de la Defensoría.

Por otra parte, afirma que la reserva de identidad es la única manera de proteger a víctimas y testigos, que la Defensoría sólo alegó el incumplimiento de poner el nombre del testigo sin especificar qué garantía fundamental se consideró amagada y que lo importante es la declaración del testigo y no su nombre.

Otorgada la palabra al representante de la Defensoría, manifiesta que el Fiscal también apeló de la inclusión, de prueba de la Defensa, apelación que pide rechazar por ser improcedente de acuerdo al artículo 277 inciso final del Código Procesal Penal.

En cuanto a la apelación referida al testigo bajo reserva de identidad, expone una serie de hechos, a saber, que en septiembre se ordenó la reserva de identidad del testigo, que el 8 de noviembre del año en curso el Fiscal presentó la acusación, sin individualizar al testigo con reserva de identidad, y que 20 días después éste último acompañó un sobre cerrado con contendría la individualización del testigo para ser remitido al Tribunal de Juicio Oral, todos hechos que fueron alegados ante el Juez de Garantía en la audiencia de preparación de juicio oral, negándose el Ministerio Público a individualizarlos, no obstante que la ley sólo permite la reserva del domicilio del testigo.

Sostiene más adelante que el no conocer la identidad de un testigo afecta el derecho de defensa, puesto que las preguntas de contra examen no sólo dicen relación con atacar la veracidad de las declaraciones sino que también, la credibilidad del testigo, y que por último, la Defensoría busca la corrección del procedimiento y evitar causales de nulidad.

Otorgada la palabra al señor Fiscal, para contra argumentar, señala que según la exposición del Defensor, aún no queda claro a qué garantía fundamental determinada se referiría la infracción,

observando que el principio general en esta materia es la inclusión de prueba, en tanto que la exclusión sólo procede como excepción por causales determinadas, citando como ejemplos la confesión bajo tortura, declaración obtenida por promesa o apremio, entre otros. Afirma que el defensor debió alegar este vicio en la oportunidad que señala el artículo 263 del Código Procesal Penal, y que, en todo caso, el Ministerio Público tampoco ha tenido acceso a los testigos de la defensa, haciendo presente el principio de la equidad.

Otorgada la palabra al señor Defensor, para contra argumentar, señala que el Ministerio Público ha pretendido introducir un testigo con infracción al Código Procesal Penal y a la garantía constitucional del derecho a la defensa. Hace un recuento en relación a circunstancias tales como que la Fiscalía no acompañó el cassette en que se consigna la declaración del testigo en comento en la oportunidad correspondiente, que no lo individualizó y que 20 días después presentó un sobre cerrado con sus datos como parte integrante de la acusación para que fuera remitido al Tribunal de Juicio Oral, por todo lo cual, llegado el momento, su parte debió pedir la exclusión de dicha prueba, agregando por último que, a diferencia del Ministerio Público, la Defensoría ha puesto en conocimiento del mismo toda su prueba en la audiencia de preparación de juicio oral.

Para constancia se levanta la presente acta, firmada por la relatora que autoriza.

Rol Corte N 339.

Ruc N° 0200052404-5.

Rit N° 281-2002.

Copiapó, veintiséis de diciembre de dos mil dos.

VISTOS:

Lo expresado por los intervinientes en la audiencia, el mérito de la carpeta tenida a la vista, apareciendo que la omisión en la individualización del testigo de que se trata, cuya identidad se mantiene en reserva, no importa inobservancia a garantías fundamentales, al encontrarse amparado el deponente bajo el sistema protector de estas personas consagrado en el artículo 308 del Código Procesal Penal, por manera que la exclusión de esta probanza no resulta pertinente, en tanto de mantenerse el criterio del, señor Juez a quo, eventualmente podría llegar a, vulnerarse en tal caso el derecho al debido proceso con infracción a lo previsto en el artículo 276 del Código Procesal Penal, y de conformidad además con lo dispuesto en los artículos 259, 276, 277, 307 y 308 del mismo cuerpo legal, **SE REVOCA** en lo apelado la resolución de fecha cuatro de diciembre de dos mil dos, dictada en audiencia, por el señor Juez de Garantía Subrogante de Diego de Almagro, en cuanto tuvo por excluida la declaración del

testigo protegido, y **SE DECLARA**, en cambio, que se hace lugar a dicha prueba.

Con respecto a la segunda apelación deducida por la Fiscalía, teniendo presente que la norma pertinente, artículos 276 y 277 letra f) inciso 2° del Código Procesal Penal, sólo permiten el recurso de apelación a dicha parte por la exclusión de pruebas decretadas por el Juez de Garantía, esto es, no se refiere en el presente caso a la situación de inclusión de determinada prueba, y atendido lo dispuesto además en el artículo 364 del texto legal antes citado, **SE DECLARA inadmisibile** el recurso deducido en contra de la resolución de fecha cuatro de diciembre pasado, que incluyó la prueba testimonial y pericial de la Defensoría.

Devuélvase.

Rol Corte N° 339.

Ruc N° 0200052404-5.

Rit N° 281-2002.

CERTIFICO: Que con esta fecha, se recibieron las copias autorizadas de la causa RUC N° 0200052404-5 y RIT N° 281-2002, por el delito de estupro, en contra de OSVALDO DEL CARMEN CONTRERAS CONTRERAS, desde la ltima. Corte de Apelaciones de Copiapó, conjuntamente con tres cintas magnetofónicas.

En, Diego de Almagro, a veintiocho de diciembre de dos mil dos.

CUMPLASE.

Remítase el auto de apertura de juicio oral y los antecedentes que correspondan al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, para los efectos de lo prescrito en el artículo 281 del Código Procesal Penal.

Agréguense los nuevos antecedentes producidos en las compulsas de estos, enmiendase la foliación, debiendo agregarse copia autorizada a las compulsas y guárdese en custodia del Administrador, conjuntamente con las cintas magnetofónicas.

Regístrese y notifíquese la presente resolución.

RUC N° 0200052404-5.

RIT N° 281-2002.

Proveyó don JUAN PASCUAL DE PABLO, Juez de Garantía Subrogante de Diego de Almagro.

En Diego de Almagro a veintiocho de diciembre de dos mil dos, notifiqué la resolución que antecede por el estado diario.

CERTIFICO: Que con esta fecha, se guarda en custodia las copias autorizadas de la causa RUC N° 0200052404-5 y RIT N° 281-2002, por el delito de estupro, en contra de OSVALDO DEL CARMEN CONTRERAS CONTRERAS, conjuntamente con tres cintas magnetofónicas. Diego de Almagro, a veintiocho de diciembre de dos mil dos.

- **Acoge apelación interpuesta por la Fiscalía revocando sentencia de Juez de Garantía que dejó sin efecto audiencia de formalización de la investigación.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Punta Arenas.

Resumen:

En la audiencia de control de detención, la Defensa planteó una incidencia de corrección de procedimiento, por cuanto la Fiscalía había optado por seguir el procedimiento ordinario de los artículos 166 y siguientes del Código Procesal Penal, en lugar del procedimiento simplificado de los artículos 388 y siguientes del mismo cuerpo legal, en un delito de conducción de vehículo motorizado causando lesiones graves y daños. La Fiscalía alegó que conforme al artículo 80 de la Constitución, Ley 19.640 y artículos 229 y siguientes del Código Procesal Penal, es el Ministerio Público, como titular de la acción penal pública, quien tiene la facultad de iniciar el procedimiento necesario para la prosecución del delito cometido, eligiendo al efecto el Estadio Procesal. Agregó, además, que es el artículo 388 del Código Procesal Penal el que limita o establece las normas para determinar el procedimiento a seguir. El Tribunal de Garantía dejó sin efecto la formalización de la investigación, por cuanto a su entender se debió seguir el procedimiento simplificado. Fundamentó su resolución en el artículo 14 letra e) del Código Orgánico de Tribunales y en el Auto Acordado N 2 del año 2001 de la Corte Suprema. La Corte de Apelaciones consideró que tanto el planteamiento de lo discutido, así como la decisión del asunto controvertido, se sujetaron al estatuto de la nulidad. Estimó que, siendo los requisitos para la procedencia de la nulidad procesal que se trate de una actuación judicial, que ésta sea defectuosa por no cumplir con las formas exigidas por la ley y que esto provoque un perjuicio reparable sólo por medio de la declaración de la nulidad, no se ve cómo el seguir el procedimiento ordinario puede producir un atentado contra las posibilidades de actuación de una de las partes reparable sólo por esta vía, tanto más que el nuevo procedimiento penal ha sido establecido como el procedimiento rector o básico. Así, en el caso planteado no concurren los requisitos del artículo 159 del Código Procesal Penal para declarar la nulidad. Por ello la Corte procedió a revocar la resolución de alzada, declarándose que la formalización de la investigación se mantiene subsistente y que se continuará la investigación del Ministerio público de acuerdo al procedimiento ordinario de los artículos 166 y siguientes del Código Procesal Penal.

A continuación se inserta el texto íntegro de la Audiencia en que se dictó la resolución recurrida y la sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas:

AUDIENCIA DE CONTROL DETENCIÓN

Punta Arenas, 24 de diciembre. de dos mil dos.-

Siendo las 16:13 horas, se da inicio a la presente audiencia presidida por el señor Juez Titular don Raúl Martínez Henríquez con la asistencia del Fiscal don Jorge Moraga Torres, del imputado Luis Hernán Ruíz Hurtado, asistido por la Defensora Local doña Gustava Aguilar Moraga, le asiste en esta audiencia el defensor local Ramón Bórquez Díaz.

El Fiscal solicita que las notificaciones se le efectúen por correo electrónico ya registrado. La Defensora solicita que las notificaciones se le efectúen por correo electrónico ya registrado.

El Magistrado apercibió a los intervinientes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 del Código Procesal Penal.

IMPUTADO: Se identifica con el nombre de Luis Hernán Ruíz Hurtado, chileno, cédula de identidad N° 11.357.074-1, domiciliado en Océano Indico N° 802 de esta ciudad.

FISCAL: Señala los antecedentes acerca de la detención del imputado, en cuanto al día, hora, lugar y circunstancias de flagrancia de ésta.

IMPUTADO: Manifiesta las circunstancias de su detención. En cuanto a sus derechos indica que se los leyeran y no tiene reclamos que formular.

DEFENSA: Respecto de la detención de su defendido, no formula reclamos al respecto.

FISCAL: En conformidad a lo establecido en el artículo 299 del Código Procesal Penal, viene en formalizar la Investigación en contra del imputado ya individualizado. Los hechos en que se funda esta formalización son los siguientes: En momentos previos a las 24:00 horas de la noche precedente, el imputado conducía el vehículo Hyundai, modelo Elantra, placa patente UU- 8881, por calle Martínez de Aldunate con dirección al norte, en manifiesto estado de ebriedad, al cruzar la intersección de calle Lord Tomas Cochrane, atropelló a Sandra Noemí Tacul Valdivia, quien en ese momento procedía a cruzar la calle Martínez de Aldunate de poniente a oriente. A raíz de este atropello, la Señora Tacul Valdivia, sufrió lesiones de carácter grave. Los antecedentes señalados configuran el delito contemplado en el artículo 121 inciso segundo de la ley de Alcoholes, por el cual se viene en formalizar, y señalándose que al imputado le ha cabido responsabilidad en calidad de

autor, en conformidad a lo preceptuado en el artículo 15N° 1 del Código Penal.

EL TRIBUNAL RESUELVE:

VISTOS

El Tribunal, no habiendo objeción respecto de la detención, la considera y declara legal, respecto de la formalización, se tiene por formalizada de conformidad a lo manifestado por el Ministerio Público.

DEFENSA: Viene en deducir un incidente de corrección de procedimiento, fundamentando sus dichos, solicitando que se deje sin efecto la formalización que ha hecho el Ministerio Público, por cuanto corresponde regirse por las normas del procedimiento simplificado o monitorio.

FISCAL: Solicita se rechace el incidente planteado.

EL TRIBUNAL RESUELVE:

VISTOS:

1.- Que, la abogada defensora doña Gustavo Aguilar Moraga solicita corrección del procedimiento, fundada en que el Señor Fiscal, ha formalizado la Investigación en Procedimiento Ordinario, cuando conforme lo prescribe el artículo 14 letra e) del Código Orgánico de Tribunales, dada la especie, corresponde regirse por las normas del Procedimiento Simplificado.

2.- Que, el Fiscal don Jorge Moraga Torres considera ajustado a derecho procedimiento adoptado por el Ministerio Público conforme al artículo 80 de la Constitución Política de la República, ley 19,640 y artículos 229 y siguientes, del Código Procesal Penal, por ser titulares exclusivos de la acción y en consecuencia, con fundamento legal para elegir el Estadio Procesal, y agregando además que para una correcta y adecuada interpretación del artículo 14 letra e) debe estarse en las normas interpretativas que señala el Código Civil en su artículo 19 y siguientes y en especial, que no se desatenderá su tenor literal cuando la disposición es clara a pretexto de consultar su espíritu y agrega además que el artículo 388 del Código Procesal Penal, es el que limita o establece el rango para los efectos de aplicar el procedimiento requerido por la defensa y que en la especie es evidente que la penalidad escapa a esa pretensión.

3.- Que, efectivamente el Ministerio Público puede elegir el Procedimiento en el ejercicio de su acción persecutoria, pero esta elección debe darse en el marco legal y Constitucional permitido. Y, a juicio de este Tribunal, haciéndose eco de los mismos fundamentos del Señor Fiscal en cuanto a las reglas de interpretación que señala el artículo 19 del Código Civil, el artículo 14 letra e) del Código Orgánico de Tribunales es claro, categórico y contundente en su texto y tenor por lo que a juicio de este Tribunal debe respetarse por los intervinientes lo que dispone el artículo 1° de la Ley N° 19.708 que expresamente consagra la aplicación del Procedimiento Simplificado a los delitos de la Ley de Alcoholes, con independencia de las penas que ellas

contemplan, actual artículo 14 letra e) del Código Orgánico de Tribunales, que regula el que todas las faltas e "infracciones", dando un sentido amplio a dicha acepción, deben conocerse y fallarse en conformidad al Procedimiento regulado en el Título 1 del Libro IV del Código Procesal Penal, esto es, el Procedimiento Simplificado.

4.- Por lo demás, la Excm. Corte Suprema de Justicia, zanjando legítimas discrepancias, mediante Auto Acordado N° 2 del año 2001, instruyendo a los Jueces de Garantía respecto la aplicación de la Ley de Alcoholes e interpretación al artículo 14 letra e) del Código Orgánico de Tribunales, ya referido precedentemente deja sentado que desde la vigencia de dicha norma, todas las infracciones, incluidos simples delitos, sin distinción de la pena que esa ley señale, le corresponden al Juez de Garantía, conocer conforme al Procedimiento Simplificado o monitorio, cuando este último corresponda. Por lo que le es necesario también hacer presente que el máximo Tribunal de la República debe y puede, en su calidad, instruir y recomendar a los Tribunales de la República respecto de la aplicación de las diversas normas legales, Instrucciones o recomendaciones que importan uniformar y aclarar aquellas disposiciones que pudieren, lo que no se da en la especie, tener sentido dudoso.

Por lo razonado, disposiciones citadas y Auto Acordado N°2 de fecha 22 de enero de 2001 de la Excm. Corte Suprema se deja sin efecto la formalización de la investigación realizada por el Ministerio Público a fin de que ejerza su exclusiva acción persecutoria, mediante el Procedimiento que señala la Ley al caso sublite.

FISCAL: Nada que agregar.

DEFENSA: Solicita la devolución de la licencia de conducir al imputado.

FISCAL: Se opone a la devolución de la misma.

TRIBUNAL RESUELVE:

VISTOS:

No habiendo requerimiento por el Ministerio Público, ni medidas cautelares, se ve compelido y obligado a hacer devolución de la licencia de conducir al imputado, y se decreta la libertad de éste en este acto.

Se pone término a la audiencia las 17: 10 horas.

RUC N° 0200153508-3

R.IT N° 13-2002.

CERTIFICO:

Que siendo las 17: 10 horas, se llevó a efecto la audiencia cuyo registro antecede, la que fue presidida por el señor Magistrado don Raúl. Martínez Henríquez con la asistencia del señor Fiscal Jorge Moraga Torres, del imputado Luis Hernán Ruiz Hurtado y de su defensor Gustavo Aguilar Moraga. Cumplió las funciones de encargada de actas doña Mónica Bozmovic Caro.

Punta Arenas, once de enero de dos mil tres.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que del planteamiento sentado por el Juez de la instancia en los fundamentos primero y segundo de la resolución de alzada, se infiere que lo que corresponde a esta Corte decidir, consiste en determinar -habida cuenta que estos antecedentes se han iniciado por el Ministerio Público para la investigación y juzgamiento de un ilícito de conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad causando lesiones graves y daños, previsto y sancionado en el artículo 121 de la Ley de Alcoholes N° 17.105 con la penalidad que en dicha norma se señala- si el Ministerio Público como organismo constitucional y legalmente titular de la acción penal pública tiene en esta condición la facultad de Iniciar y de proseguir la persecución para el castigo del delito referido por la vía del procedimiento ordinario, establecido en los artículos 166 y siguientes del Código procesal Penal, en base de los argumentos consignados en esa misma resolución; o si, por el contrario, carece de la expresada opción por tener imperativamente que sujetarse a las normas del procedimiento simplificado contemplado en los artículos 388 y siguientes del apuntado Código, postura esta última sostenida por la Defensoría Penal Pública, sobre la base de las argumentaciones que igualmente se consignan en el señalado fallo.

SEGUNDO: Que la cuestión o asunto así planteado devino, como se indicó en la resolución que se viene revisando, a virtud de la incidencia de corrección del procedimiento formulada en la audiencia de control de detención por la Defensoría Penal, y teniendo en consideración lo dictaminado por el Magistrado de primer grado, obviamente en lo resolutivo del fallo dejando "sin efecto la formalización de la investigación realizada por el Ministerio Público a fin de que ejerza su exclusiva acción persecutoria, mediante el procedimiento que señala la Ley al caso sublite"- importa todo ello que tanto el planteamiento de lo discutido como la decisión del asunto controvertido, se sujetaron al estatuto de la nulidad procesal.

TERCERO: Que la finalidad de la nulidad procesal, al decir del Profesor del ramo, Julio Salas Vivaldi en su Obra de "Los Incidentes", "es restarle valor a la actuación viciada, destruirla, tenerla como no sucedida -lo que acaeció en la especie-, ya que no constituye el medio idóneo -sigue diciendo el citado autor- destinado a cumplir el fin para el que fue prevista por el legislador. En fin, impedir que puedan atribuirse los efectos que la ley dispone para una correctamente ejecutada."

"Su fundamento no es otro que proteger el ordenamiento jurídico que rige el proceso, lograr el respeto de las normas procesales, y ello no solo interesa

a los litigantes perjudicados con la irregularidad del acto, sino también a la sociedad toda, que descansa y está estructurada por este ordenamiento jurídico que ella misma se ha dado."

Concluye el mismo tratadista que a través de ella se resguarda la garantía constitucional del llamado "debido proceso", fundado en la disposición del artículo 19 N° 30 inciso 5° de la Constitución Política de la República, que previene que "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado".

CUARTO: Que el artículo 159 del Código Procesal Penal, referido a la "**Procedencia de las nulidades procesales**", establece 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.**"

La referida disposición se concilia con la conceptualización que los tratadistas de Derecho Procesal entregan sobre la Nulidad de ese carácter, que entienden como "La sanción de ineficacia que la ley establece para las actuaciones judiciales que se realizan sin cumplirse con las formalidades legales que exige la ley". (Darío Benavente).

La noción de "**perjuicio**" dimana de la propia disposición legal in comento, cuando expresa que ella aparece "**cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento.**"

QUINTO: Que del análisis de la misma disposición, debe necesariamente inferirse que para la procedencia de las nulidades procesales, se hace menester la concurrencia copulativa de los siguientes presupuestos:

- a.- que verse sobre una actuación o diligencia de carácter judicial;
- b.- que dicha actuación o diligencia sea "defectuosa", entendiéndose por tal la que tiene la connotación de "imperfecta", según el sentido natural y obvio del término o, en otras palabras, cuando no cumpla con las formas o ritualidades exigidas por la legislación, en este caso, de carácter procesal penal; y
- c.- que exista un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad, debiendo dejarse además consignado que dicho "perjuicio" es un término definido expresamente por la Ley de la manera dicha mas arriba, por lo que deberá estarse necesariamente a esa definición, en consideración a lo preceptuado en el artículo 20 del Código Civil.

De todo lo anterior se desprende que la disposición legal precitada, tiene insito el principio que

los doctrinadores llaman "de trascendencia", que exige para sancionar un acto o diligencia ritual con nulidad procesal, precisamente, la existencia de un perjuicio.

SEXTO: Que del mérito general de los antecedentes no se divisa con la prosecución de la persecución penal pública por vía de procedimiento ordinario -establecido en el Libro Segundo del Código del ramo, artículo 166 y siguientes- pueda producir un atentado "contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el proceso"; según se expresa de laya textual en la definición legal antes citada; o, en otras palabras, al "pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución o en las demás leyes de la República", como reza su artículo 160, más aún si se tiene en consideración que es el señalado procedimiento el que tiene la categoría de rector o básico del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, de la manera explicitada, precisamente, por el artículo 166 y por toda la normativa contenida en el Libro Primero del código sobre "Disposiciones Generales" y particularmente en el Título I sobre "Principios básicos" y que definen o perfilan su carácter eminentemente garantístico.

SEPTIMO: Que en la dirección apuntada se plantea el Mensaje con que S.E. el Presidente de la República remitió para el conocimiento del Congreso Nacional el Proyecto sobre el Nuevo Código Procesal Penal, cuando expuso que "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 que resuelva por medio de una sentencia si concurren o no los presupuestos de aplicación de una pena o medida de seguridad".

OCTAVO: Que por todo lo razonado precedentemente no cabe sino concluir que en la especie no concurren de manera copulativa los requisitos prevenidos en el precitado artículo 159 del Código Procesal Penal para proceder a la declaración de nulidad de la manera efectuada por el Juez de Garantía, lo cual conducirá a estos sentenciadores a revocar la resolución de alzada,

NOVENO: Que atento a lo resuelto, se estima inoficioso emitir pronunciamiento respecto de las demás alegaciones formuladas por los intervinientes.

Por estos fundamentos, las disposiciones legales citadas y lo prevenido también en los artículos 171 del Código de Procedimiento Civil y 52 y 370 letra a)

del Código Procesal Penal, **SE REVOCA** la sentencia de veinticuatro de diciembre de dos mil dos, que se lee en el acta de igual fecha pertinente a la audiencia de control de detención, que corre a fs. 2 y siguientes de estos antecedentes, en cuanto por ella se dejó sin efecto la formalización efectuada en autos, y en su lugar se declara que la misma se mantiene subsistente; y que la investigación del Ministerio Público continuará de acuerdo al procedimiento ordinario contenido en los artículos 166 y siguientes del aludido Código Procesal Penal.

El Juez de primer grado tendrá presente lo dispuesto en el artículo 169 del Código de Procedimiento Civil, que manda que se deberá expresar en letras, entre otros, la fecha de la resolución que se expida.

Redacción del Ministro señor Renato Campos González.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 3-2002-RPP.

DICTADA POR LOS MINISTROS TITULARES DOÑA MARIA ISABEL SAN MARTIN MORALES, DOÑA VIRGINIA BRAVO SAAVEDRA, DON HUGO FAUNDEZ LOPEZ Y DON RENATO CAMPOS GONZALEZ. AUTORIZA DOÑA CECILIA AGUERO CALVO SECRETARIA TITULAR.

DE LECTURA DE LA SENTENCIA RECAIDA EN EL RECURSO DE APELACIÓN:

De conformidad a lo acordado en la audiencia de siete de enero del año en curso, el día de hoy se da lectura al fallo recaído en la causa 3-2002 rpp, con la asistencia de los Ministros señorita María Isabel San Martín Morales, Presidente de la Sala y del Tribunal, señora Virginia Bravo Saavedra, señor Hugo Faúndez López y señor Renato Campos González, pronunciada en la apelación interpuesta por el Ministerio Público en la causa seguida en contra de Luis Hernán Ruiz Hurtado.

Leído el texto por el señor Relator y Ministro de Fe que suscribe, se da término a la audiencia a las 13:17 horas, disponiéndose la agregación del fallo al legajo correspondiente y la confección de la presente Acta.

Extendida en Punta Arenas, a once de enero de dos mil tres.

Juan Enrique Olivares
Relator Titular
Ministro de Fe

- **Acoge apelación interpuesta por la Fiscalía revocando sentencia de Juez de Garantía que anuló de oficio audiencia de formalización de la investigación.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Punta Arenas.

Resumen:

La Defensa planteó en la Audiencia de Discusión de Medidas Cautelares una incidencia de corrección de procedimiento, cuestión que el Juez de Garantía declaró extemporánea, por cuanto se trataba de un vicio ocurrido en la primera audiencia, de control de detención. Sin embargo, el Tribunal de Garantía declaró de oficio nula la formalización de la investigación, por cuanto estimó que en virtud de lo establecido en los artículos 159, 160 y 163 del Código Procesal Penal procedía declarar la nulidad y corregir los procedimientos que presentaren algún vicio de forma que impidiera el pleno ejercicio de las garantías y derechos reconocidos en la Constitución o demás leyes de la República. La Corte consideró que tanto el planteamiento de lo discutido, así como la decisión del asunto controvertido, se sujetaban al estatuto de la nulidad. En especial considera que en materia de nulidad el Tribunal sólo excepcionalmente puede actuar de oficio, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 163 del Código Procesal Penal. Según lo dispone dicho precepto en su primera parte, en caso de advertir el Tribunal un posible vicio de nulidad, deberá comunicarlo a la parte que estime perjudicada con el vicio, para que ésta solicite la declaración de la nulidad en la oportunidad que establece el artículo 161 del mismo código. En el caso en cuestión, este procedimiento no se siguió y sólo se vino a discutir en la audiencia siguiente. Al respecto recuerda la Corte que de acuerdo al artículo 84 del Código de Procedimiento Civil, el juez no puede subsanar de oficio aquellas cuestiones viciadas en razón de haberse realizado fuera de plazo, por lo tanto no procedía anular de oficio. En una segunda línea de argumentación, y de acuerdo a lo establecido en la segunda parte del artículo 163 arriba aludido, para que el Tribunal proceda de oficio debe tratarse de una nulidad de las previstas en el artículo 160 del Código Procesal Penal. Estima la Corte que seguir el procedimiento ordinario en lugar del simplificado en ningún caso puede impedir el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos por la Constitución o en las demás leyes de la República, faltando entonces el requisito básico para que opere el referido artículo 160.

A continuación se inserta el texto íntegro de la Audiencia en que se dictó la resolución recurrida y la sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas:

AUDIENCIA DE DISCUSIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

Punta Arenas, veintiuno de diciembre de dos mil dos.

Siendo las 13:00 horas, se da inicio a la presente audiencia presidida por el señor juez titular don JAIME ALVAREZ ASTETE con la asistencia del fiscal don JUAN ALEJANDRO RODRIGUEZ MUÑOZ, asistido por Jorge Moraga Torres ambos domiciliados en José Menéndez n° 900 de esta ciudad y solicitan que las notificaciones se le efectúen por correo electrónico ya registrado en el tribunal, del imputado Pedro Enrique González Ojeda, asistido por su abogado defensor Gustava Aguilar Moraga, domiciliado en Colón N° 1.106, de esta ciudad.

FISCAL: Expone que en virtud a la audiencia efectuada el pasado 19 de diciembre de 2002, exhibe la alcoholemia practicada al imputado el cual arroja un gramaje de 1.92 gramos de alcohol por mil en la sangre, con lo cual acredita que el imputado condujo en estado

de ebriedad, además del dato de atención de urgencia y declaraciones de los aprehensores.

Tribunal, solicita que exhiba los antecedentes a la defensa.

DEFENSA: Solicita que la Fiscalía manifieste las medidas cautelares solicitadas.

FISCAL.: Solicita las medidas cautelares contempladas en la letra c) y d) del artículo 155 del Código Procesal Penal; y en cuanto a esta última, extender el ámbito territorial a dentro de la región, y la medida cautelar del artículo 122 bis letra c) de la ley 17.105.

DEFENSA: Promueve incidente de corrección de procedimiento en atención a lo dispuesto en el artículo 14 letra e) del Código Orgánico de Tribunales y al Auto Acordado N° 2 del año 2001 de la Excm. Corte Suprema, en razón de que correspondería aplicar en esta causa el procedimiento simplificado y sin perjuicio de ello, solicita que se rechace la medida de retención de licencia de conducir.

FISCAL: En relación al incidente de nulidad solicita sea rechazado, pues es extemporáneo la oportunidad en que se promueve; que la actuación que se pretende declarar nula no es una actuación judicial, y que con la sola declaración de nulidad no se causa perjuicio al imputado, de conformidad lo dispone el artículo 159 y 161 del Código Procesal Penal.

DEFENSA: Que el incidente no es extemporáneo, ya que esta audiencia fue fijada por el tribunal y no a solicitud del Ministerio Público, para discutir la procedencia de las medidas cautelares solicitadas; y por tanto, previo a resolver si proceden o no, hay que ver si se está en presencia de un procedimiento simplificado o no, que la discusión es una cuestión de procedimiento, puesto que para alegar si corresponden o no las medidas cautelares, se debe saber primeramente bajo qué normas de procedimiento se está.

EL TRIBUNAL RESUELVE:

VISTOS:

1°) Que la abogada defensor del imputado, doña Gustavo Aguilar ha solicitado al Tribunal como incidente de previo y especial pronunciamiento se corrija el procedimiento aplicado por el Ministerio Público en la especie, esto es, el ordinario; toda vez que se ha formalizado investigación en contra de su defendido no obstante que el artículo 14 letra e) del Código Orgánico de Tribunales y Auto Acordado N° 2 de la Excelentísima Corte Suprema ha establecido que cualquiera sea la pena que la ley asigne a las infracciones contempladas en la ley de alcoholes, estas deben proseguirse judicialmente mediante procedimiento simplificado.

2°) Que el señor fiscal don Juan Alejandro Rodríguez, ha solicitado se rechace el incidente planteado por la defensa; primero, por cuanto el incidente planteado recae sobre una actuación que no es judicial, como lo es la facultad privativa del Ministerio Público de formalizar investigación en contra de una persona, según lo dispuesto en el artículo 159 del Código Procesal Penal; segundo, por estimar extemporánea la solicitud en virtud a lo dispuesto en el artículo 161 del Código Procesal Penal, por cuanto la audiencia de formalización de la investigación se realizó el día jueves anterior, esto es, dos días atrás debiendo impetrarse cualquier incidente antes del término de dicha incidencia lo cual en la especie no ha ocurrido; y tercero, por no advertirse qué derecho se intenta subsanar, por medio de la declaración de nulidad ya que la formalización se realizó con todas las garantías para el imputado.

3°) Que en primer término, el tribunal rechaza la apreciación del Ministerio Público por cuanto el incidente planteado de corrección del procedimiento por haberse formalizado investigación en procedimiento ordinario no recaiga sobre una actuación judicial por estimar que esto es privativo del órgano persecutor penal, a saber el Ministerio Público toda vez que la presencia del Juez en una actuación, en el ejercicio de sus facultades y deberes constitucionales y legales, como precisamente lo requiere el artículo 229 del Código Procesal Penal en la formalización de la investigación lo constituye en una actuación judicial por esencia.

4°) Que por el contrario, el tribunal comparte el parecer del Ministerio Público en cuanto a que el incidente planteado por la defensa sería extemporáneo, toda vez que el artículo 161 del Código Procesal Penal, precisa que respecto de los vicios que se hubieren producido o verificado en una audiencia verbal deben promoverse por la parte interesada en la misma audiencia, precluyendo su derecho a impetrarla con posterioridad. Ello con la finalidad de evitar que dicho vicio pudiese ser alegado sólo en el momento más conveniente lo cual repugna a la buena fe que debe existir en la litigación de estos procedimientos,

5°) Que no obstante lo anterior, el tribunal estima que de conformidad a lo dispuesto en los artículos 159, 160 y 163 del Código Procesal Penal, puede y debe declarar nulidad de oficio y corregir los procedimientos que presenten algún vicio de forma cuando tal infracción impida el pleno ejercicio de las garantías y derechos reconocidos en la constitución o en las demás leyes de la República, como lo es para el caso sub lite, el de ser aplicado el procedimiento simplificado que solicita el imputado a través de su defensa y que el legislador le reconoce.

6°) El Tribunal no comparte la aseveración del ministerio público en cuanto a que sería dicho organismo el indicado para elegir el procedimiento a seguir en la persecución de algún delito, dadas sus facultades constitucionales y legales; toda vez que es propio de la esencia de este tribunal de garantía velar por que la persecución penal se realice dentro del marco legal instaurado para ello es decir, dentro de los parámetros de un debido proceso.

7°) Que en tal sentido, el tribunal no puede desconocer lo dispuesto en artículo 14 letra e) del Código Orgánico de Tribunales, el cual regula que todas las faltas e infracciones, entendiéndose un sentido amplio de la expresión, deben conocerse y fallarse en conformidad al procedimiento regulado en el Título I Libro IV del Código Procesal Penal, a saber el procedimiento simplificado.

8°) Lo anterior, por cuanto el legislador quiso establecer una regla especial de tramitación para este tipo de ilícitos denominándolos genéricamente como infracciones en el artículo 14 letra e) ya aludido.

Finalmente, si bien este tribunal no desconoce las legítimas discrepancias de interpretación al respecto, la Excelentísima Corte Suprema mediante el auto acordado denominado N° 2 del 2001, ha zanjado la situación aquí planteada, instruyendo a los jueces de garantía respecto de la aplicación de la ley de alcoholes en el sentido de interpretar el artículo 14 letra e) Código Orgánico de Tribunales, indicando que desde la vigencia de este precepto todas; las infracciones, incluidos los simples delitos sin distinción de la pena que señale la ley de alcoholes le corresponde al Juez de Garantía, quien debe conocer de ellos conforme al procedimiento

simplificado o al monitorio, este último cuando corresponda.

Por estas consideraciones, y vistos además lo dispuesto en el artículo 14 letra e) del Código Orgánico de Tribunales, artículos 159 y siguientes y artículo 388 del Código Procesal Penal, además del Auto Acordado N° 2 del 2001 de la Excelentísima Corte Suprema; se deja sin efecto la formalización de la investigación del Ministerio Público en la presente causa, conminándole a ajustar el procedimiento al establecido por el legislador para estos casos.

Que en razón de lo resuelto precedentemente, huelga pronunciarse acerca de la procedencia de las medidas cautelares personales solicitadas por el Ministerio Público, hasta tanto no se ajuste la persecución penal al procedimiento establecido por el legislador para tales casos.

FISCAL: Nada que agregar.

DEFENSA: Nada que agregar.

Se pone término a la audiencia.

RUC 0200151256-3

RIT N° 7

CERTIFICO

Punta Arenas, once de enero de dos mil tres

VISTOS y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que la cuestión o asunto que emplaza a esta Corte a resolver consiste en dilucidar si lo dictaminado por el Juez de Garantía anulando la formalización practicada en autos resulta o no ajustado a derecho, o en otros términos, si dicho pronunciamiento se encuentra dentro del ámbito de sus potestades para decidir de oficio, al haber estimado -como lo hizo- que la incidencia planteada por la Defensoría Penal Pública, de corrección del procedimiento, era del caso acogerla no obstante su declaración previa de extemporaneidad.

SEGUNDO: Que compartiendo estos sentenciadores la señalada declaración, es pertinente ahora proceder a esclarecer si lo obrado por el Magistrado en los términos descritos en el fundamento que precede ha sido ajustado a derecho.

TERCERO: Que a tales fines resulta menester señalar que la precisa materia referida a las "Nulidades Procesales" se encuentra normada por el Título VII del Libro I del Código Procesal Penal, en vigor en esta Duodécima Región de Magallanes y Antártica Chilena a partir del 16 de diciembre próximo pasado.

CUARTO: Que a los propósitos de lo que se viene diciendo, es de utilidad hacer especial mención a las disposiciones de los artículos 159, 160 y 163 del Código recién citado, que se refieren, respectivamente, a la procedencia de las nulidades procesales, a la

presunción de derecho del perjuicio y a la nulidad de oficio.

QUINTO: Que el artículo 159 del Código Procesal Penal, referido a la "**Procedencia de las nulidades procesales**", establece que "**Sólo podrán anularse las actuaciones o diligencias judiciales defectuosas del procedimiento que ocasionen 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.**",

La referida disposición se concilia perfectamente con la conceptualización que los tratadistas de Derecho Procesal entregan sobre la Nulidad Procesal, que entienden como "La sanción de ineficacia que la ley establece para las actuaciones judiciales que se realizan sin cumplirse con las formalidades legales que exige la ley", (Darío Benavente).

La noción de "**perjuicio**" dimana de la propia disposición legal in comento, cuando expresa que ella aparece "**cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento.**"

SEXTO: Que, por otra parte, el artículo 163 del Código del ramo estatuye: "**Nulidad de Oficio. Si el tribunal estimare haberse producido un acto viciado y la nulidad no se hubiere saneado aún, lo pondrá en conocimiento del interviniente en el procedimiento a quien estimare que la nulidad le ocasiona un perjuicio, a fin de que proceda como creyere conveniente a sus derechos, a menos que se tratare de una nulidad de las previstas en el artículo 160, caso en el cual podrá declararla de oficio.**"

Del precepto transcrito se infiere que, por regla general, el Juez no se encuentra dotado de potestad para formular de oficio declaración de la nulidad procesal, y es por esta razón que la señalada norma legal le ordena -en el evento que previene- comunicar al interviniente que estime perjudicado con el vicio, para que éste solicite, si así lo estimare, la declaración de la pertinente nulidad quien, en este caso, deberá obrar en tal dirección en la oportunidad que dispensa el artículo 161 del Código.

SÉPTIMO: Que, como consta de los antecedentes, en estos autos se han celebrado dos audiencias: la primera, de control de detención, atestada en el acta de fs. 2 y siguientes, de fecha dos de diciembre pasado; y la segunda, consignada en la datada el día veintiuno de dicho mes, rolante a fs. 6 y siguientes, sobre discusión de medidas cautelares, en la que el Ministerio Público procedió a formalizar la pertinente investigación, sin que en aquélla la Defensoría formulase pretensión de nulidad, por lo que el Juez -

acertadamente- la declaró improcedente por extemporánea en la resolución que se viene revisando.

OCTAVO: Que, entretanto, útil es dejar consignado que el vicio que a posteriori se representó se produjo en la primera de aquellas audiencias, vale decir, en la de control de detención; y que el juez -en la íntima convicción que le habría asistido sobre su existencia- no formuló la advertencia legal al eventual perjudicado interviniente, ni menos éste, como recién se dijo, opuso reparo alguno en la especie.

NOVENO: Que sólo resta determinar en correspondencia con lo consignado precedentemente si el tribunal pudo legítimamente obviar la omisión antedicha, esto es, la falta de reclamación oportuna del interviniente eventualmente perjudicado, y así proceder de oficio adoptando la decisión cuya enmienda conforme a derecho se pretende por la vía del recurso de apelación entablado por el órgano de persecución penal, basada, entre otras, en la disposición del artículo 160 del Código Procesal Penal.

DÉCIMO: Que conforme se dijera antes, del artículo 163 del Código del ramo, se infiere que sólo excepcionalmente el tribunal tiene facultad de declarar de oficio la nulidad procesal, y ello únicamente, la de las previstas en el artículo 160 que acaba de aludirse, según se franquea en la parte final de la disposición primeramente referida.

UNDÉCIMO: Que el artículo 160 del tantas veces citado Código Procesal Penal establece a la letra: **"Presunción de derecho del perjuicio. 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."**

DUODÉCIMO: Que del mérito general de los antecedentes no se divisa cómo la prosecución de la persecución penal pública por la vía del procedimiento ordinario -establecido en el Libro Segundo del Código del ramo, artículo 166 y siguientes- puede impedir "el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución o en las demás leyes de la República", más aún si se tiene en consideración que es el señalado procedimiento el que tiene la categoría de rector o básico del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, de la manera explicitada, precisamente, por el artículo 166 y por toda la normativa contenida en el Libro Primero del Código sobre "Disposiciones Generales" y particularmente en el Título I sobre "Principios básicos" y que definen o perfilan su carácter eminentemente garantístico.

DECIMOTERCERO: Que en la dirección apuntada se plantea el Mensaje con que S.E. el Presidente de la República remitió para el conocimiento del Congreso Nacional el Proyecto sobre el Nuevo Código Procesal Penal, cuando expuso que "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 de exigir la realización de un juicio público ante un tribunal imparcial que resuelva por medio de una sentencia si concurren o no los presupuestos de aplicación de una pena o medida de seguridad.

DECIMOCUARTO: Que por todo lo razonado precedentemente no cabe sino concluir que en la especie no concurre ninguno de los presupuestos prevenidos en el precitado artículo 160 del Código Procesal Penal, que autoriza la declaración de nulidad de oficio como la impetrada en estos antecedentes por el juez de primer grado.

DECIMOQUINTO: Que, a mayor abundamiento, debe señalarse que el artículo 164 del Código Procesal Penal, establece que las nulidades quedarán subsanadas si el interviniente perjudicado no impetrare su declaración oportunamente, situación que no acaeció en los autos.

DECIMOSEXTO: Que igualmente el inciso final del artículo del Código de Procedimiento Civil, aplicable supletoriamente por mandato legal, previene que "El juez podrá corregir de oficio los errores que observe en la tramitación del proceso. Podrá asimismo tomar las medidas que tiendan a evitar la nulidad de los actos de procedimiento. **No podrá**, sin embargo, subsanar las actuaciones viciadas en razón de haberse realizado éstas fuera del plazo fatal indicado por la ley."

DECIMOSÉPTIMO: Que lo expresado conducirá a estos sentenciadores a revocar la sentencia apelada y a disponer lo que se dirá en lo resolutive.

DECIMOCTAVO: Que no se hará lugar a la petición del Ministerio Público formulada adicionalmente en el sentido que esta Corte emita pronunciamiento respecto de las medidas cautelares por él solicitadas en la audiencia correspondiente, sobre la base de lo preceptuado en los artículos 208 del Código de Procedimiento Civil y 52 del Código Procesal Penal, por cuanto la incidencia de corrección del procedimiento y la resolución emitida por el Juez de la instancia, por así decirlo, congeló la situación "hasta tanto no se ajuste la persecución penal al procedimiento establecido por el legislador para tales casos"; y en razón de lo que esta Corte viene decidiendo, corresponde precisamente al Juez pronunciarse sobre ese determinado asunto.

DECIMONOVENO: Que el criterio anterior resulta mayormente garantístico para los intervinientes, por cuanto les deja a salvo el recurso de apelación en el evento que se estimen agraviados por una decisión librada en la materia, conforme a lo establecido en los artículos 155 y 149 del Código del ramo.

Por estos fundamentos, las disposiciones legales citadas y lo prevenido también en los artículos 171 Código de Procedimiento Civil y 370 letra a) del Código Procesal Penal, **SE REVOCA** la sentencia de veintiuno de diciembre de dos mil dos, que se lee en el

acta de igual fecha pertinente a la audiencia de la discusión de medidas cautelares, que corre a fs. 6 y siguientes de estos antecedentes, en cuanto por ella se dejó sin efecto la formalización efectuada en autos, y en su lugar únicamente se declara que la misma se mantiene subsistente; y que la investigación del Ministerio Público continuará de acuerdo al procedimiento ordinario contenido en los artículos 166 y siguientes del aludido Código Procesal Penal.

Redacción del Ministro señor Renato Campos González.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 1-2002-RPP.

PRONUNCIADA POR LOS MINISTROS TITULARES DOÑA MARÍA ISABEL SAN MARTÍN MORALES, DON HUGO FAUNDEZ LÓPEZ Y DON RENATO CAMPOS GONZÁLEZ. AUTORIZA DOÑA CECILIA AGÜERO CALVO, SECRETARIA TITULAR.

- **Acoge recurso de nulidad interpuesto por la Fiscalía anulando la sentencia del Juzgado de Garantía, así como la audiencia que le sirve de antecedente por una errónea aplicación del derecho en la sentencia.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Copiapó.

Resumen:

En procedimiento simplificado se condenó al acusado a una pena de multa de dos Unidades Tributarias Mensuales por el delito de conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad, suspendiendo la pena y sus efectos por seis meses. La Fiscalía interpuso recurso de nulidad primero por cuanto la sentencia se habría pronunciado con omisión en su parte resolutive; segundo, por cuanto se dio aplicación al artículo 395 del Código Procesal Penal, el cual sería inaplicable, y tercero, porque la Ley de alcoholes en su artículo 121 inciso 4° dispone que se aplicará como pena accesoria la suspensión de la licencia de conducir, y a su vez el inciso 5° del mismo artículo establece que no se podrá suspender esta medida, ni aún cuando el Juez hiciere uso de la facultad contemplada en el artículo 398 del Código Procesal Penal. La Corte rechazó el recurso respecto del primer motivo, por cuanto la sentencia cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 342 letras c), d) y e) del Código Procesal Penal. En cuanto al segundo motivo, también lo rechazó en atención a las modificaciones introducidas por la Ley 19.806, en relación al artículo 122 bis letra b) de la Ley de Alcoholes, que hace aplicable el artículo 395 del Código Procesal Penal. En cambio, acoge el recurso en lo referido a haberse impuesto sólo pena de multa, denegándose la suspensión de licencia de conducir. Fundó su fallo en que de acuerdo a lo señalado por el artículo 121 de la Ley 17.105, el manejo de vehículo motorizado en estado de ebriedad tiene asignada entre otras penas la de suspensión de licencia de conducir, pena que no puede suspenderse ni aún por aplicación de la facultad contemplada en el artículo 398 del Código Procesal Penal por disposición expresa del actual inciso quinto del referido artículo 121. A mayor abundamiento, sostuvo que la interpretación de las leyes debe fundarse en la coherencia del ordenamiento jurídico, lo cual asegura un principio básico de justicia. Entonces, si la Ley de Tránsito en su artículo 208 establece la suspensión de licencia de conducir por conducir un vehículo bajo la influencia del alcohol, tanto más procede en el caso de su conducción en estado de ebriedad.

A continuación, se transcribe texto íntegro de la sentencia del Tribunal de Garantía de Copiapó y fallo de nulidad de la Corte de Apelaciones de Antofagasta:

Copiapó, veintisiete de noviembre del dos mil dos.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Primero: Que ante este Juzgado de Garantía de Copiapó el Ministerio Público representado por el Fiscal Adjunto don Fred William Silva Valenzuela, ha deducido requerimiento en procedimiento simplificado en contra de Raúl Alejandro Olivares Otárola, cédula nacional de identidad n° 15.031.009-1, chofer, domiciliado en Andrés Bello 1621, Villa Patricio Linch, Copiapó, por cuanto el día 28 de agosto del año en curso, a las 08:45 horas, fue detenido en el pasaje Botón de Oro frente al n° 772, Población Rosario, por encontrarse conduciendo el vehículo patente GB 6838-4 en manifiesto estado de ebriedad, hechos que configuran a juicio del Ministerio Público, el delito de manejo en estado de ebriedad, previsto y sancionado en el inciso 1° del artículo 121 de la Ley de Alcoholes. Pide que el imputado sea condenado a la pena de presidio menor en su grado mínimo, accesorias legales y costas de la causa.

Segundo: Que en la audiencia del juicio oral del procedimiento simplificado celebrada el día veintidós de noviembre último, previo a ser advertido por el Juez que podía ser condenado a una pena privativa de libertad y multa, el imputado admitió la responsabilidad en los hechos que se le imputan. Con ese reconocimiento el tribunal dictó sentencia de inmediato, estimando innecesario determinar otras diligencias.

Tercero: Que para dar por acreditada la existencia del hecho antes referido, cuya responsabilidad admitió el imputado, el Juez ha tenido, además, en consideración los antecedentes expuestos en el requerimiento y que son los siguientes: **a).**- Parte de Carabineros n° 3186 de 23 de agosto de 2002, de la Segunda Comisaría de Copiapó, en el cual se indica que el estado de ebriedad del imputado le constó al personal aprehensor por su fuerte hálito alcohólico, su rostro congestionado, su incoherencia al hablar y su inestabilidad al caminar; **b).**- boleta de atención de urgencia en el que se indica como apreciación clínica "ebriedad manifiesta"; **c).**- informe de alcoholemia que da cuenta que el imputado presentaba a las 6:15 horas del día 23 de agosto del presente, **1,82** gramos de dosificación alcohólica en su torrente sanguíneo; **d).**- declaración del imputado ante el fiscal, quien admite que

conducía el vehículo ese día y que había consumido cervezas en forma previa.

Cuarto: Que con los antecedentes referidos y que son valorados por el tribunal con libertad, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, permiten tener por establecido que efectivamente el día de los hechos el imputado conducía un vehículo motorizado en estado de ebriedad, con lo cual se encuentra suficientemente establecida la existencia del delito previsto y sancionado en el artículo 121 inciso 1° de la Ley de Alcoholes.

Quinto: Que en cuanto a la participación que le ha cabido al imputado, con el mismo reconocimiento prestado en la audiencia, unido a los antecedentes referidos en los considerandos precedentes, se tendrá por establecida su participación en calidad de autor, por haber tomado parte en el citado delito en forma inmediata y directa.

Sexto: Que la defensa ha solicitado al Tribunal imponer solo la pena de multa a su defendido, en atención al reconocimiento de los hechos que ha prestado el imputado según lo dispuesto en el artículo 395 del Código Procesal Penal. Al respecto, cabe precisar que el imputado fue previamente advertido por el Juez, que en el evento de ser condenado la sanción podría consistir en una pena privativa de libertad y multa.

Séptimo: Que al admitirse responsabilidad en los hechos el Juez está facultado, conforme al referido artículo para imponer sólo la sanción pecuniaria, cuando no existan antecedentes calificados que ameriten la imposición de una pena privativa de libertad. Que no concurren en la especie dichos antecedentes calificados, y habiendo el imputado renunciado en la audiencia respectiva a la realización de un juicio oral, previo y público antes de ser condenado, dicha renuncia a un derecho constitucional y procesal, que implicó un reconocimiento de culpabilidad, no obstante el principio de inocencia legalmente vigente, no le puede resultar gratuita en el orden de sus garantías y derechos constitucionales, por lo que esta sentenciadora accederá a lo solicitado por la defensa en cuanto a aplicar al imputado únicamente una pena de multa, desechando así lo indicado por el Ministerio Público en cuanto a imponer al imputado las penas establecidas en el artículo 121 de la Ley 17.105.

Octavo: Que en cuanto a la solicitud de la Defensa de aplicar el artículo 398 del Código Procesal Penal, este Tribunal dará lugar a lo solicitado procediendo a suspender la pena y sus efectos, por estimar que existe mérito para considerar que concurren antecedentes favorables que no hacen aconsejable, en el caso concreto, la imposición de la pena al imputado; teniendo en consideración que el imputado es un hombre de trabajo, y que mantiene a un grupo familiar consistente en su mujer y dos hijos menores. Además se

tiene presente que el imputado goza de irreprochable conducta al no haber sido objeto de anotaciones prontuariales de ninguna especie, y mantener una conducta socialmente adecuada, lo cual indica que la efectiva imposición de la pena, resulta para el caso en concreto, desaconsejable.

Noveno: Que concurre en la especie la atenuante del artículo 11 n° 6 del Código Penal, esto es, la irreprochable conducta anterior, toda vez que el imputado no registra antecedentes penales anteriores, según consta de su extracto de filiación. Que concurriendo una sola atenuante y ninguna agravante, el tribunal procederá a aplicar la pena en su minimum, de conformidad con lo previsto en el artículo 68 del Código Penal.

Y con lo previsto en los artículos 47, 297, 340, 341, 342, 343, 344, 346, 348, 389, 394, 395, 396 y 398 del Código Procesal Penal, artículos 1°, 11 n° 6, 14 n° 1, 25, 30, 50, 68 y 69 del Código Penal, 121 y 172 de la ley 17.105, se resuelve:

I.- Que se acoge el requerimiento deducido por el Ministerio Público, representado por el Fiscal Adjunto don Fred Silva Valenzuela, en contra del imputado, don **Raúl Alejandro Olivares Otárola**, antes individualizado, y se le condena a una pena de multa de **Dos Unidades Tributarias Mensuales**, por su responsabilidad como autor del delito de conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad, establecido en el artículo 121 de la ley 17.105, hecho ocurrido el día veintitrés de agosto del año en curso, en esta ciudad.

II.- Si el imputado no pagare la multa impuesta, sufrirá por vía de sustitución y apremio la pena de prisión, regulándose un día por cada centésimo de unidad tributaria mensual a que haya sido condenado, sin que ella pueda exceder de 60 días.

III.- Que no se condena en costas al sentenciado por encontrarse representado por la Defensoría Penal Pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 600 del Código Orgánico de Tribunales.

Dése cumplimiento, oportunamente, al artículo 468 del Código Procesal Penal.

Que sin perjuicio de lo anterior, se suspende la pena impuesta y sus efectos por el plazo de seis meses. Transcurrido dicho tiempo sin que el imputado hubiere sido objeto de nuevo requerimiento o de formalización de la investigación, el Tribunal dejará sin efecto la sentencia y, en su reemplazo decretará el sobreseimiento definitivo de la causa.

Notifíquese, regístrese, anótese y archívese, en su oportunidad.

RUC n° 0200104166-8

Rol Interno n° 3091-2002

Pronunciada por doña Lara Barrios Melo, Juez de Garantía de Copiapó.

Copiapó, veintidós de enero de 2003.

VISTOS:

En antecedentes R.I.T. N° 3091-2002, R.U.C. N° 0200104166-8, del Juzgado de Garantía de Copiapó, don Fred Silva Valenzuela, Fiscal Adjunto del Ministerio Público, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 399, en relación a los artículos 352, 372 y siguientes del Código Procesal Penal, deduce recurso de nulidad contra la sentencia definitiva dictada en procedimiento simplificado, de fecha veintisiete de noviembre del año dos mil dos, mediante la cual se condenó a Raúl Alejandro Olivares Otárola, como autor del delito de conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad, establecido en el artículo 121 de la Ley 17.105, y cometido el 23 de agosto de 2002, a sufrir la pena de multa de dos Unidades Tributarias Mensuales, suspendiendo la pena impuesta y sus efectos por el plazo de seis meses. Invoca como causales, en primer término, la señalada en el artículo 374 letra e), en relación con el artículo 342 letra e), ambos del Código Procesal Penal, toda vez, que en su concepto, en la dictación de la sentencia recurrida se habría omitido en su parte resolutive el pronunciamiento de la condena del imputado; y en segundo término, la establecida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, ya que según el recurrente, se habría efectuado una errónea aplicación del derecho, influyendo esto sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Como fundamentos de derecho, manifiesta, respecto de la primera causal alegada, que concurre en la especie un motivo o causal de nulidad absoluta contemplada en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, y que relaciona con el artículo 76 del Código Penal, haciendo presente también que el artículo 121 inciso cuarto de la Ley 17.105 de Alcoholes, plantea que se aplicará como pena accesoria, además de las establecidas en el Código Penal, el retiro o suspensión de carnet, permiso o autorización, de conducir vehículo, por el término de seis meses a un año en los delitos previstos en el inciso primero. Manifiesta, asimismo, que el inciso quinto del mismo artículo y Ley, establece que las medidas indicadas en el inciso precedente no podrán ser suspendidas, ni aún cuando el Juez hiciere uso de la facultad contemplada en el artículo 398 del Código Procesal Penal. Concluye, en cuanto a la primera causal invocada, que la sentencia es absolutamente nula, toda vez, que no condena o absuelve al imputado por el delito atribuido y representa sobre la base de diversas disposiciones legales que el Juez deberá informar al imputado todas las penas copulativas y accesorias que de acuerdo a la Ley debiera imponérsele, cualquiera sea su naturaleza. Insiste en que, no obstante lo anterior, la sentencia recurrida sólo condena al imputado a la pena de multa de Dos Unidades Tributarias Mensuales, sin hacer referencia alguna a la sanción de retiro o suspensión de licencia,

como tampoco a las penas accesorias. Como segunda causal fundante del recurso, se hace referencia al artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, expresándose que en la sentencia recurrida de nulidad, se habría hecho una errónea aplicación del derecho, lo que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Que respecto de esta segunda causal, advierte como primer error de derecho que en el caso de que se trata se ha dado aplicación al artículo 395 del Código Procesal Penal, el cual resultaría inaplicable en la especie y manifiesta diversas razones doctrinarias y de texto legal al efecto. Agrega que una segunda aplicación errónea, consistió en que no se condenó al imputado a la pena accesoria de suspensión de licencia de conducir, y cita en favor, de su argumentación, lo dispuesto en el nuevo artículo 122 bis de la Ley 17.105, introducido por la Ley 19.806, del 31 de mayo de 2002, y concluye finalmente solicitando que se anule el juicio y la sentencia impugnada, determinando el estado de procedimiento en que debe quedar y el Tribunal no inhabilitado que deba conocer el nuevo juicio, ordenando se remitan los autos para dicho efecto.

CONSIDERANDO:

1.-) Que la primera causal de nulidad invocada, dice relación con el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, causal que procede cuando, en la sentencia, se hubiera omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342 letras c), d) o e), causal invocada que se rechaza, teniendo en consideración que la sentencia recurrida contiene los requisitos señalados en dicha disposición legal. Ocurre que, en la sentencia se observa todas y cada una de las exigencias que la parte recurrente estima omitidas, al constatar que contiene la parte expositiva, las razones legales necesarias para calificar jurídicamente el hecho y su circunstancia y para fundar el fallo, como también, la resolución condenatoria.

2.-) Que en lo que toca a la segunda causal de nulidad invocada, en su primer aspecto, cabe tener presente que los argumentos en que se funda, se encuentran superados ante la claridad del precepto modificatorio introducido a la Ley de Alcoholes a través de la Ley 19.806 de 31 de mayo de 2002, de la cual se desprende en su artículo 122 bis, letra b), la aplicabilidad al caso de que se trata, de lo previsto en el artículo 395 del Código Procesal Penal, por todo lo cual, en esta parte el referido recurso no podrá prosperar.

3.-) Que la segunda causal de nulidad en que se funda el recurso, se refiere al hecho de haberse impuesto al sentenciado la pena de multa de Dos Unidades Tributarias Mensuales, como autor del delito de conducir un vehículo motorizado en estado de ebriedad, denegando aplicarse la pena accesoria de suspensión de carnet, permiso o autorización para conducir vehículos motorizados por el lapso de seis

meses a un año, con infracción a lo previsto en el artículo 121 de la Ley de Alcoholes, habiéndose de este modo incurrido en error de derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

4.-) Que la pena de multa impuesta a través de la sentencia atacada de nulidad, se enmarca en la normativa de la Ley 19.806 "Adecuación del Sistema legal Chileno a la Reforma Procesal Penal, de 31 de Mayo de 2002, modificatoria entre otros aspectos del artículo 121 de la Ley 17.105, de Alcoholes, Bebidas Alcohólicas y Vinagres", que en lo pertinente sustituyó la pena de multa asignada al delito de que se trata, de medio a dos Sueldos Vitales Mensuales, por la de dos a diez Unidades Tributarias Mensuales, llegando de este modo a agravar el marco penal existente en la materia.

5.-) Que se ha sostenido por el recurrente de nulidad que el Tribunal conjuntamente con la pena de multa, debió imponer al sentenciado la de suspensión de su Licencia de Conducir, fundado para ello en el texto actual del artículo 121 de la ley 17.105, según modificación introducida por la ley 19.806, de 31 de Mayo de 2002, que impide al Juez en todo caso suspender los efectos del retiro o suspensión de la licencia de conducir, aún cuando el Juez hiciera uso de la facultad contemplada en el artículo 398 del Código Procesal Penal, y que lo dicho se traduce en un error en la aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

6.-) Que conforme ha sido resuelto en innumerables fallos anteriores de este Tribunal, el hecho de que se trata, constitutivo del delito de manejar vehículo en estado de ebriedad, de acuerdo a lo que señala el artículo 121 de la Ley 17.105, tiene asignada entre otras penas, la accesoria de retiro o suspensión del carné, permiso o autorización para conducir vehículos motorizados por el término de seis meses a un año, la que no podrá suspenderse, en tanto que en lo que toca al alcance del precepto que se estima infringido, esto es, el artículo 395 del Código Procesal, es indudable que cuando se ha requerido por un simple delito como el de manejar vehículo motorizado en estado de ebriedad, al que la ley le señala la accesoria especial a que se ha hecho alusión, ésta no ha podido dejar de imponerse aún cuando el Juez hiciera uso de la facultad contemplada en el artículo 398 del Código Procesal Penal, como por lo demás lo establece expresamente el actual inciso 5° del artículo 121 de la Ley 17.105 modificado - como se dijo - por la Ley 19.806, de 31 de mayo de 2002, lo que no ha venido sino que a reafirmar el parecer sustentado por esta Corte sobre el particular.

7.-) Que razonando de este modo, se concluye que en el caso en estudio, al no imponerse en definitiva al sentenciado, además de la pena de multa, la pena accesoria de suspensión de su licencia o permiso de conducir vehículos motorizados por el término correspondiente, no cabe sino concluir que ha existido

una errónea aplicación de derecho en la dictación de la sentencia, en los términos que se reclaman, lo que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por lo que a este respecto, y específicamente en cuanto a la segunda causal de nulidad invocada en su segundo aspecto, el presente recurso deberá ser acogido.

8.-) A mayor abundamiento, existe acuerdo unánime en la doctrina, que toda interpretación debe fundarse en la coherencia del ordenamiento jurídico. En efecto, se afirma que de esta coherencia depende que se haga realidad, desde una perspectiva lógica y práctica, el ideal de justicia. La coherencia del orden normativo asegura un principio básico de justicia. Lo señalado deberá relacionarse, con el hecho de que la Ley de Tránsito N° 18.290, en su artículo 208 establece que quien conduce un vehículo bajo la influencia del alcohol, sufrirá la suspensión de su licencia de conducir, sin perjuicio de las multas que sean procedentes, y en este caso que se trata de conducción en estado de ebriedad, se daría la paradoja de que la sanción no incluiría la pena de suspensión de licencia de conducir, lo que constituiría una circunstancia de quiebre de la coherencia de nuestro ordenamiento jurídico.

Por estas consideraciones, con lo dispuesto además en los artículos 385 y 386 del Código Procesal Penal **SE ACOGE** el recurso de nulidad deducido por el Fiscal Adjunto señor Fred Silva Valenzuela a fojas 32 contra la sentencia de veintisiete de noviembre de dos mil dos escrita a fojas 26 y siguientes, la que en consecuencia es nula, como asimismo lo obrado en la audiencia que le sirve de antecedente, materia del acta de fojas 21 de esta carpeta R.U.C. 0200104166-8, R.I.T. 3091-2002 del Juzgado de Garantía de Copiapó, debiendo devolverse los antecedentes al Juzgado ya referido a fin de que el Señor Juez no inhabilitado que corresponde proceda a citar a las partes a una nueva audiencia en juicio simplificado y continuar con la tramitación del mismo por todas sus etapas.

Dése a conocer a los intervinientes que asistan a la audiencia fijada al efecto sin perjuicio de su notificación por el estado diario.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Abogado Integrante Señor Álvarez.

R.U.C. N° 104166-8

R.I.T. 3091-2002

Rol Corte N° 335

Pronunciada por los Ministros Titulares: señor JAIME ARANCIBIA PINTO y señor FRANCISCO SANDOVAL QUAPPE, y el Abogado Integrante señor ALEJANDRO ÁLVAREZ DAVIES. No firma el Ministro señor Arancibia, no obstante haber concurrido al acuerdo, por encontrarse ausente haciendo uso de feriado legal. Autoriza la Secretaria Subrogante, señora ADRIANA ROJAS CHÁVEZ.

- **Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la Defensa del condenado por el Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta como autor del delito de contrabando.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Antofagasta.

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de contrabando aduanero establecido en el artículo 168 inciso 3° de la Ordenanza de Aduanas y sancionado en el artículo 176 N° 1 del mismo cuerpo legal. Fundó su acusación en que el acusado ingresó un vehículo desde la Primera a la Segunda Región sin el pasavente respectivo. En cuanto a las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, estimó que le perjudicaba la agravante del N° 14 del artículo 12 del Código Penal. El Tribunal condenó por el delito de contrabando previsto en el inciso 4° del artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas y sancionado en el artículo 176 N° 1 del mismo cuerpo legal. Además, acogió la agravante solicitada por la Fiscalía, habida consideración que se acreditó que el acusado cometió un nuevo delito después de haber quebrantado una condena. La Defensa recurrió de nulidad por estimar que la agravante del N° 14 del artículo 12 del Código Penal no se había verificado, toda vez que su defendido, al gozar del beneficio de la reclusión nocturna, no estaba cumpliendo efectivamente las penas que se le habían impuesto. La Corte estimó que la agravante sí concurría atendido que la esencia de la reclusión nocturna es ser un medio alternativo de cumplir una condena, computándose por cada noche de encierro un día de privación o restricción de libertad, implicando en su cumplimiento práctico el acatamiento efectivo de la condena impuesta.

A continuación, se transcribe texto completo de la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta y el fallo de nulidad de la Corte de Apelaciones de Antofagasta:

Antofagasta, veinticuatro de diciembre del año dos mil dos.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, con fecha diecinueve del presente mes y año, ante ésta Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, presidida por la juez señora Virginia Soublette Miranda e integrada por los jueces señora Myriam Urbina Perán y don Dinko Franulic Cetinic, se llevó a efecto la audiencia del juicio oral de la causa N° 54-2002, seguida en contra de **MARCELO ENRIQUE FREDES PAVEZ**, chileno, comerciante, de 31 años de edad, domiciliado en pasaje 5, casa 075, Graneros, cédula nacional de identidad N°11.890.629-2.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, con domicilio en calle Carlos Condell N° 2.235 de esta ciudad, representado por la Fiscal adjunto de María Elena doña Vivian Quiñones Antivilo, asistida por la abogada asesora doña Lorena Ulloa Reyes.

La defensa del imputado estuvo a cargo de la abogada de la Defensoría Penal Pública señorita Loreto Flores Tapia, domiciliada en calle Balmaceda N° 2536, 4° piso de Antofagasta.

SEGUNDO: Que el Ministerio Público, al deducir acusación en contra del acusado, según se lee en el Auto de Apertura del juicio oral, la fundó en que en

los primeros días del mes de abril pasado, en la ciudad de Iquique, el acusado actuó como intermediario en la venta del vehículo patente UL-7644-3, marca Mitsubishi, modelo Délica, donde intervinieron como vendedor don Marcelo Alejandro Burboa Sepúlveda y como comprador don Javier Olave Muñoz, los puso en contacto y, se comprometió con el comprador, a entregar el vehículo liberado en la ciudad de Tocopilla, a cambio del pago de una comisión. Con fecha 09 del mismo mes, en horas de la madrugada, el acusado junto a Richard Donoso Brito, ingresaron el vehículo desde la Primera Región a la Segunda, encontrándose restringida su circulación a la zona franca, sin haber obtenido el pasavante respectivo. Vehículo que es avaluado en la suma de 103 Unidades Tributarias Mensuales.

En cuanto a la calificación jurídica, el Ministerio Público señaló que los hechos descritos configuran el delito de contrabando aduanero, establecido en el artículo 168 inciso 3° de la Ordenanza de Aduanas, sancionado en el artículo 176 N° 1 de dicho cuerpo legal. Delito que se encuentra en grado de consumado, correspondiéndole al acusado la participación de autor, según lo dispone el artículo 15 N°1 del Código Penal.

Alegó la fiscalía, que al acusado le perjudica la agravante del artículo 12 N° 14 del Código Penal, este es, cometer el delito mientras cumple una condena o después de haberla quebrantado y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento. Señala que Fredes Pavez fue condenado por el Primer Juzgado del Crimen de Rancagua, con fecha 09 de febrero del 2000 a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio y 61 días de presidio menor en su grado

mínimo, multa de 11 UTM por el delito de estafa, concediéndosele el beneficio de la reclusión nocturna, el que le fue revocado con fecha 06 de marzo del 2002 por rebeldía.

Finalmente, la Fiscalía solicita que se imponga al acusado Marcelo Enrique Fredes Pavez la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio y multa de 206 UTM, más las accesorias del artículo 30 del Código Penal y costas de la causa.

TERCERO: Que la defensa del acusado sostuvo, en primer término, que la acusación no puede estar referida al inciso 3° del artículo 168 de la Ordenanza de Aduana, porque dicha disposición dice relación con la introducción al territorio nacional de mercancías de lícito comercio pero evadiendo el pago de los tributos correspondientes, y es un hecho público y notorio que la ciudad de Iquique pertenece al territorio nacional, por lo que disiente de la calificación jurídica que ha hecho el Ministerio Público; por lo demás, existe una figura en el inciso 4° de la citada norma, que también se refiere a una forma de contrabando, consistente en introducir mercancías extranjeras desde un territorio de régimen tributario especial a otro de mayores gravámenes, o al resto del país. Tampoco se probó la autoría directa del acusado en el hecho que se le imputó, pues él solo sirvió de intermediario en una compraventa de un vehículo, que es un acto perfectamente lícito y, la persona que fue detenida conduciendo el referido móvil, en la Segunda Región, es aquella que fue condenada, en procedimiento abreviado, por el delito de contrabando, quien en ese momento, sólo iba acompañado de su pareja Jennifer Flores. Por lo mismo, la fiscalía no acreditó que el acusado haya introducido el vehículo patente única UL-7644 desde la Primera a la Segunda Regiones, por lo que solicitó su absolución.

CUARTO: Que para acreditar el hecho en que fundó su acusación, el Ministerio Público hizo comparecer a estrados, en primer lugar a don Marcelo Alejandro Burboa Sepúlveda, quien declaró que a mediados de marzo del año en curso, puso a la venta su vehículo marca Mitsubishi, modelo Délica, color verde dorado; un amigo llamado Jorge González, tramitador de Zofri le presentó a Marcelo Fredes quien tenía contacto con personas extranjeras que compraban vehículos en la zona franca, fue así que el día 04 de abril pasado, el señor Fredes lo llamó por teléfono, señalándole que tenía un comprador para vehículo, diciéndole que había tratado como precio la suma de \$1.600.000, como él le había manifestado que el precio era de \$ 1.500.000, Fredes obtendría una comisión de \$ 100.000, e incluso le pidió si podía bajar el precio a \$ 1.450.000, para poder quedarse con una comisión de \$ 150.000, a lo que le respondió que no tenía problemas, quedaron de juntarse en Zofri hasta donde concurriría con el señor Olave, que era el futuro comprador. Allí se encontró con ambos y luego que éste último revisara el vehículo y quedara

conforme, le extendió un cheque del Banco Estado por la suma de \$ 1.600.000, quedando de acuerdo en que se encontrarían en la tarde en la Notaría para legalizar el trámite, como él le había señalado que entregaría el móvil sin accesorios, se dirigió a su casa para sacar la radio, dándose cuenta que había una filtración, por que lo llevó a un taller, como se hizo tarde no pudo llegar a la Notaría. Fredes lo llamó por teléfono, preguntando qué pasaba, él le explicó y quedaron de juntarse en un servicentro, fue hacia dicho lugar, allí estaba el señor Javier Olave, su señora y su hija y también el señor Fredes, procediendo a hacerle entrega del vehículo, con la documentación, haciéndole presente que el permiso de circulación estaba vencido, quedando de juntarse, nuevamente, en la Notaría al día siguiente en la mañana; así ocurrió, como él se atrasó un poco, Fredes lo llamó por teléfono, cuando llegó le consultó a éste si había sacado el certificado de dominio vigente, a lo que respondió que no, por lo que él le dio dinero para que fuera al Registro Civil a hacer dicho trámite, cuando regresó, la Notaría estaba muy llena, por lo que sugirió que fueran a otra, así lo hicieron dirigiéndose a la Notaría Yáver, mientras tanto Fredes fue a buscar al señor Olave a su hotel. Agregó, que cuando llegaron, sólo él firmó el contrato, pues el señor Olave no lo hizo, no tiene bien claro por qué, ya que prácticamente no conversaban entre ellos, todo se hacía por intermedio del señor Fredes; el precio de la venta sí quedó especificado. Continuó señalando que, alrededor de una semana después, un día en la mañana lo llamó por teléfono Fredes, diciéndole que el vehículo estaba detenido en María Elena y que tendrían que hacer algo, manifestándole que no tenía nada que ver, pues lo había vendido, además le dijo que él sabía perfectamente que el vehículo tenía restricción de circulación y ni siquiera contaba con pasavante. Como la situación le pareció extraña, fue a verificar el cheque al banco, donde le dijeron que la cuenta estaba vigente pero no tenía fondos, y además, tenía orden de no pago; también consultó si el señor Olave seguía trabajando en el banco y le manifestaron que ya no, por lo que se decidió a depositar el documento, porque le dijeron que esa era la única forma de saber el motivo de la orden de no pago. Agregó, que posteriormente se dirigió donde el señor Olave, allí lo atendió la señora, quien se molestó porque había depositado el cheque; ya que tenía como fecha el 26 de abril, antes de retirarse le dejó su número telefónico para que su esposo se contactara con él. De inmediato se dirigió al hotel donde se hospedaba Fredes, al principio lo negaron, pero luego se asomó por la ventana y bajó, allí le preguntó qué pasaba con el vehículo, pues él sabía que éste no podía salir de la zona franca y antes de que pudiera responderle, llegó Investigaciones, pues lo andaban buscando, no sabe bien por qué y se los llevaron a ambos a la Prefectura, allí estuvieron mucho rato, como había pasado bastante

tiempo, le dijeron que fuera a almorzar, por lo que se dirigió a casa de una tía que vivía cerca, estando allí recibió un llamado del señor Olave, quien le dijo que como el contrato prácticamente no se había realizado, pues él no lo había firmado y, como el vehículo no estaba en su poder y además había sido engañado pues se le dijo que estaba liberado, él tampoco recibiría el dinero; el testigo señaló que le manifestó que el vehículo no podría haber estado liberado porque en tal caso el precio habría sido mucho más alto, finalmente, Olave le dijo que no habría trato y que sería la última conversación al respecto y si habría algo más, eso se vería en un juicio. Posteriormente se dirigió nuevamente a la Prefectura, donde pudo hablar con Marcelo Fredes, quien le dijo que él tenía los medios para pagarle el cheque, o si salía pronto en libertad le podría devolver un vehículo similar o varios vehículos que completaran el precio; preguntándole qué había pasado, le dijo que los niños habían pasado por un control de Aduana, él nuevamente le señaló que cómo era eso posible, si el vehículo no podía salir de la zona franca y no tenía pasavante, preguntándole inmediatamente si había sacado dicho documento, a lo que respondió que no; agregó el testigo, que finalmente Fredes le manifestó que contaba con un juego de llaves del vehículo y, que tenía los medios para poder recuperarlo, siempre que no lo denunciara; esa fue la última vez que habló con dicha persona.

También prestó declaración don Javier Olave, quien señaló que con fecha 31 de marzo del presente año jubiló anticipadamente del Banco Estado, fue así que, el 01 de abril se dirigió con su esposa a la ciudad de Iquique, aunque no tenía la intención de comprar un vehículo, pero como le hablaron bastante sobre esa posibilidad, se fue entusiasmando con la idea de adquirir uno que fuera petrolero, cotizó bastante y aquellos que decían "liberados", tenían un precio que no estaba a su alcance. Un día cuando iba caminando por una calle lateral de la Zofri, vio un taller grande con vehículos de muy buen nivel, había un furgón Mitsubishi en muy buenas condiciones que le gustó, preguntándole si estaba liberado, a lo que el dueño del taller quien se llamaba Julio Montero, le respondió que sí, pero que en todo caso los trámites no lo hacía él sino otra persona que le fue presentada en ese momento y que era Marcelo Fredes, al preguntarle a don Julio si le aceptaría un cheque a fecha, le respondió que era un poco difícil, entonces Marcelo que dijo que podía llevarlo donde le podrían cambiar el documento y así pagarle al contado al señor Montero, fueron a un lugar, pero el negocio no resultó, Marcelo le manifestó que tenía un amigo que vendía un vehículo de iguales características a aquel que le había gustado; fue así que, se pusieron de acuerdo para encontrarse al día siguiente 04 de abril, en la Zofri; agregó, que efectivamente aquel día llegó Marcelo con un señor en un vehículo, pero en realidad no le gustó

tanto como el otro, Fredes le insistía que estaba muy bueno y que le serviría para hacer su viaje a Santiago, que era la idea que él tenía. El testigo señaló que como confiaba en lo que Marcelo le decía y, quería ser asesorado por alguien, vio el vehículo, lo revisó y decidió comprarlo, entregándole un cheque por la suma de \$ 1.600.000 al dueño del móvil, quedando de juntarse esa tarde a las 16:00 horas en la Notaría, pero a la hora señalada sólo llegó él, por lo que se molestó y quería anular el negocio, además, había tenido un problema con su señora, por el hecho de haber entregado el cheque sin que le pasaran el vehículo; después de una hora o más de estar esperando, llamó a Marcelo para decirle que deseaba desistirse del negocio y, aún más, volvió donde don Julio para ver el otro vehículo, aquel que primeramente le había gustado, este caballero le señaló que al día siguiente le podría dar una respuesta definitiva, pero Marcelo insistió que el vehículo que él le ofrecía estaba en mejores condiciones que el de don Julio, por lo que volvió a convencerlo, pero le puso dos condiciones, que el vehículo se lo pusieran en Tocopilla y que el contrato quedara abierto, es decir, él sólo firmaría una vez que el furgón estuviese en Tocopilla y completamente saneado, recién entonces, él viajaría a Iquique y firmaría el contrato; todo ello lo hacía por la desconfianza que le había entrado, agregó el testigo; así lo hicieron, firmando solamente el vendedor, llevándose Marcelo el contrato con los demás papeles comprometiéndose que el día 08 de abril a las 10:00 horas estaría con el vehículo en la Shell de Tocopilla. El testigo señaló que por todo el trámite debía pagarle a Fredes una suma de dinero entre los \$ 200.000 a \$ 250.000; como no llegó, trató de comunicarse por teléfono con Marcelo, cuando lo logró, éste le manifestó que era otra persona la que lo traería, posteriormente Fredes lo llamó por teléfono diciéndole que al niño que manejaba el vehículo lo habían detenido en María Elena por no tener licencia de conducir, ante esto, el se comunicó con un amigo que trabaja en el BancoEstado de esa localidad, quien hizo las averiguaciones correspondientes, comunicándole que el problema era con el vehículo y no con la licencia de conducir; frente a toda esta situación, al día siguiente concurrió al banco y dio orden de no pago al cheque, por incumplimiento comercial.

Declaró también, doña Jennifer Flores Martínez, expresando que es pareja de Richard Donoso Brito, a quien Marcelo Fredes ubicó para que trasladara un vehículo desde Iquique a Tocopilla, por lo que el día 08 de abril del presente año, alrededor de las 22:00 horas salieron los tres rumbo a Tocopilla, por la carretera de Alto Hospicio Viajaban en un furgón de color verde, que ella creía que era de propiedad de Marcelo, pues él lo conducía; cuando llegaron a la Aduana de Quillagua, Marcelo Fredes se bajó, quedándose ella y su pareja en el vehículo, luego Richard también bajó a comprar algo,

enseguida regresó y después lo hizo Marcelo, siguieron viaje y momentos después, al llegar a un puente, Fredes señaló que debía regresar a Iquique, diciéndole a Richard que debía llevar el vehículo a Tocopilla y allí, en la Shell lo estaría esperando una persona a quien debía entregárselo, quien, a su vez, le daría dinero; continuó señalando la testigo, que Marcelo se bajó y ellos continuaron el viaje, pero como se terminó el petróleo del vehículo, debieron orillarse en la carretera y pasar la noche, ya en la mañana Richard se consiguió combustible con un camionero y pudieron seguir, hasta que los detuvo carabineros en un cruce, diciéndoles que el parachoque del vehículo no era original, le pidieron los documentos a Richard, éste les pasó una carpeta, después el carabinero les dijo que tenían que acompañarlo a María Elena, donde quedaron detenidos, les tomaron declaraciones, y tuvieron que pasar la noche allí, siendo puestos en libertad al día siguiente. Finalmente, expresó que Marcelo le fue presentado a su pareja, Richard Donoso, como una semana antes, por un mecánico llamado Julio. Al ser contraiterrogada, manifestó que no vio a Marcelo subirse a un bus.

El testigo Omar Alejandro Guevara Rivero, sargento de carabineros, señaló que el día 09 de abril pasado, alrededor de las 10:00 horas, en el cruce de la carretera A5 y B24, venía un vehículo por la primera, desde el norte, se le hizo un control de rutina, era un furgón color verde, conducido por un joven que no tenía licencia de conducir, sólo portaba un comprobante que indicaba que se le había extraviado, por lo que le señaló que le iba a cursar una infracción, luego le pidió los documentos del vehículo, le pasó una carpeta, al revisar el permiso de circulación se dio cuenta que el vehículo estaba con régimen aduanero, le solicitó el pasavante, a lo que el joven respondió que no tenía idea que era eso, pues él no lo había pasado por la Aduana, sino que esto lo hizo otra persona, que él sólo había sido contratado para llevar el vehículo hacia Tocopilla, donde una persona lo estaría esperando y le pagaría \$ 100.000. Frente a esta situación lo llevaron a la tenencia, allí, previa consulta a la señorita fiscal, lo dejaron detenido por contrabando aduanero. Agregó, que el vehículo era un furgón Mitsubishi de color verde, que era conducido por el joven a que ha hecho referencia, que tenía unos 21 años de edad, de apellido Donoso Brito, acompañado de su cónyuge, una joven de unos 18 años. También declaró el carabinero Luis Alejandro Arroyo Yáñez, quien acompañaba al sargento Guevara como conductor del vehículo policial, en los momentos en que controlaron a un furgón verde, en cuyo interior iban dos personas, uno joven llamado Richard Donoso, quien lo conducía y la señorita Jennifer Flores, al pedirle los documentos, se percataron que no tenía licencia de conducir, sólo una constancia de la pérdida de la misma y el vehículo no contaba con pasavante, manifestando el conductor que él no había pasado el vehículo por la Aduana, sino que lo

hizo otra persona que se devolvió a Iquique en un bus; los condujeron a la tenencia y luego de consultar a la fiscal, los dejaron detenidos por contrabando.

Compareció en calidad de perito, el funcionario de la Policía de Investigaciones de Iquique, don Francisco Urbano Linares, quien exponiendo brevemente el contenido y conclusiones de su informe, señaló que su Unidad recibió un decreto de la fiscalía de María Elena ordenando entrevistar a funcionarios de Aduana para determinar el ingreso a la Segunda Región del vehículo patente UL-7644, como asimismo, entrevistar a Richard Donoso Brito, imputado en el delito de contrabando, éste le manifestó que Marcelo Fredes lo había contratado para que condujera un vehículo desde la Avanzada de Quillagua hasta Tocopilla, donde debía entregarlo a una persona que lo esperaría en un servicentro y que Fredes conduciría desde Iquique a dicha Aduana. Agregó el perito, que según lo expuesto por Donoso, así ocurrió, pues Marcelo Fredes manejó hasta la Aduana de Quillagua, donde se bajó, regresando luego al vehículo y después de atravesar la barrera, continuaron unos 100 metros, allí les dijo que regresaría a Iquique y le entregó una carpeta con los documentos del vehículo, luego que Donoso durmiera un rato, continuó su viaje en la mañana, siendo posteriormente detenido por carabineros de María Elena. Señaló además el perito, que se procedió a investigar el nombre de los funcionarios aduaneros que habían estado de turno esa madrugada en la Avanzada de Quillagua, eran cuatro fiscalizadores, de los cuales se entrevistó a tres, quienes señalaron que no estaba registrada la salida del referido vehículo desde la Primera Región hacia el resto del país, lo que, según el perito le consta por los documentos que tuvo a la vista. Agregó, que uno de los fiscalizadores le expresó que podría ser que el vehículo haya ingresado por un paso no habilitado, por lo que se procedió a hacer inspecciones oculares a lugares aledaños a la Avanzada de Quillagua, como asimismo a otras áreas del límite de ambas regiones, no encontrándose un cruce que permitiera el paso de un vehículo con las características del que se investigaba. También señaló el perito que en la Avanzada existe un retén de carabineros, que hace un control de tipo selectivo del cual no queda ningún tipo de registro. Ante una pregunta de la señorita fiscal, el perito manifestó que entre la Aduana y el puente hay entre 5 a 10 kilómetros, y una persona puede hacer ese recorrido a pie, señalando además, que entre la 01 y las 02 de la madrugada, pasan buses por ese sector.

Finalmente declaró el perito Walcott Delgado González, contador auditor quien señaló que procedió a tasar el vehículo station wagon, usado marca Mitsubishi, modelo Délica, color verde dorado, patente UL-7644, para determinar el valor aduanero más 7% de derechos aduaneros, I.V.A, recargo mercancía usado y verificación de aforo, lo que dio el siguiente resultado: valor aduanero US \$ 3.335, más la suma de todos los recargos que

ascienden a US \$ 1.059, que es la cantidad que dejó de percibir el Estado por la internación del referido vehículo; siendo la tasación total, correspondiente al valor aduanero, de US \$ 4.394,43, los que conversos a pesos, de acuerdo al valor aduanero del mes de abril, del 2002 da una suma de \$ 2.926.427 y que corresponden a 103 UTM, respecto a la unidad tributaria mensual del mismo mes y año. Agregó el perito, que el artículo 94 de la Ordenanza de Aduana establece que el Banco Central, una vez al mes, debe fijar un valor aduanero que dura del 1 al día 30 y que el valor aduanero del mes de abril del 2002 era de 665.94. Para llegar al valor aduanero, se utilizó el procedimiento que establece el punto 3 del capítulo 2° de la Ordenanza.

Por último, la señorita fiscal incorporó al juicio los siguientes documentos, mediante su lectura resumida: copia del cheque serie AH 0607225 de la cuenta corriente N° 1500042202 del Banco Estado, por la suma de \$ 1.600.000, el que fue reconocido por el testigo Javier Clave como copia de aquel que extendió al vendedor del vehículo patente UL-7644, don Marcelo Burboa, quien también lo reconoció, documento que tenía como fecha el 26 de abril del 2002; contrato de compraventa del citado vehículo, que aparece firmado por don Marcelo Burboa Sepúlveda, como vendedor, autorizada su firma con fecha 05 de abril del 2002 por el Notario Sergio Yaber Simón, y en blanco el espacio correspondiente al comprador, siendo el precio de venta la suma de \$ 1.600.000, documento que al ser exhibido al testigo Burboa fue reconocido por éste, como aquel que firmó en la Notaría; certificado de inscripción y anotaciones vigentes del vehículo patente UL-7644, station wagon, marca Mitsubishi, modelo Délica 2.5, color verde dorado, aparece como propietario don Marcelo Burboa Sepúlveda y como limitación al dominio se señala: vehículo con circulación restringida a Zona Franca SRF fecha 15 de marzo de 2001; oficios ordinarios N° 001681 y N° 1940 de Director Regional de Aduanas de la Primera Región, de fechas 19 de julio y 08 de agosto del año en curso, respectivamente, que señalan que el vehículo patente UL-7644 no registra salida desde la Primera Región hacia el resto del país, como asimismo no registra ingreso o egreso por la Avanzada de Quillagua; oficio N° 65 de fecha 19 de abril del 2002 de la Tenencia de Carreteras de María Elena que indica que el mencionado vehículo fue entregado en dependencias del Servicio Nacional de Aduanas de Tocopilla el día 11 de abril del presente año; oficio del Banco del Estado de Tocopilla de fecha 16 de abril del año en curso, que indica como motivo de la orden de no pago es, incumplimiento comercial y fue ingresada el 10 de abril del 2002 a las 10:10 horas; dos fotografías de un furgón color verde, patente UL-7644 vehículo, las que fueron exhibidas a cada uno de los testigos que comparecieron al juicio, siendo reconocido dicho móvil como aquel al que se referían en sus declaraciones;

finalmente la fiscal incorporó como documentos los informes periciales de los peritos que declararon en estrados, don Francisco Urbano Linares y don Walcott Delgado González.

Quinto: Que sobre la base de la prueba rendida por el Ministerio Público, a la que se ha hecho referencia en el considerando precedente, apreciada libremente por el tribunal, se puede establecer la efectividad de los hechos en que fundó su acusación, consistentes en que el día 09 de abril del presente año, el vehículo marca Mitsubishi, modelo Délica, color verde dorado, patente única UL-7644, tasado en 103 unidades tributarias mensuales, fue introducido desde la Primera a la Segunda Regiones, no obstante tener circulación restringida a Zona Franca y sin ser presentado a la Aduana respectiva. En efecto, de los testimonios de los funcionarios de carabineros Omar Guevara Rivero y Luis Arroyo Yáñez, se desprende que el referido vehículo fue detenido en el cruce de la carretera 5 norte con aquella que va hacia la localidad de María Elena y que corresponde a la Segunda Región. Por su parte, los oficios N°001681 y 1940 del Director Regional de Aduanas de la I Región, documentos que fueron incorporados al juicio mediante su lectura resumida, dan cuenta que el vehículo patente UL-7644 no registra salida desde esa región hacia el resto del país, como asimismo, no registra ingreso o egreso por la Avanzada de Quillagua.

SEXTO: Que tal hecho es constitutivo del delito de contrabando, previsto en el inciso 4° del artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas y sancionado en el artículo 176 N° 1 del mismo cuerpo legal. La citada disposición señala que "...Asimismo, incurre en el delito de contrabando el que introduzca mercancías extranjeras desde un territorio de régimen tributario especial a otro de mayores gravámenes, o al resto del país, en algunas de las formas indicadas en los incisos precedentes", en la especie, el hecho está relacionado con lo dispuesto en la parte final del inciso 3° "...mediante la no presentación de las mismas a la Aduana".

Si bien, de los antecedentes aportados en la audiencia, se desprende que el vehículo pasó por la Avanzada de Quillagua, su no presentación en la Aduana respectiva, hace que estemos en presencia de lo que la doctrina denomina contrabando clandestino.

SÉPTIMO: Que para determinar la participación del acusado Marcelo Fredes Pavez en referido delito, se cuenta con la imputación precisa y directa de la testigo Jennifer Flores Martínez, quien de modo categórico lo sindicó como la persona que manejó el vehículo desde Iquique hasta la Aduana de Quillagua, bajándose posteriormente diciendo que debía regresar a la ciudad de Iquique, por lo que Siguió manejando su pareja Richard Donoso hasta que fueron detenidos en el cruce hacia la localidad de María Elena. Lo que fue corroborado con los dichos de los funcionarios de

carabineros Guevara y Arroyo, quienes en momentos inmediatamente posteriores a la detención de Donoso Brito, escucharon decir a éste, que había sido el acusado el que le pidió que manejara el vehículo hasta Tocopilla, pues él tenía que regresar a Iquique, habiéndose bajado momentos después de pasar por la Aduana de Quillagua.

A lo anterior debe agregarse lo expuesto por don Marcelo Burboa Sepúlveda y por don Javier Olave Muñoz, quienes estuvieron contestes en señalar que fue Marcelo Fredes quien sirvió de intermediario en la compraventa del citado vehículo, comprometiéndose con Olave para llevarlo hasta la ciudad de Tocopilla, quedando de juntarse, el día 08 de abril a las 10:00 horas en el servicentro Shell de esa localidad.

OCTAVO: Que los antecedentes anteriormente reseñados, forman convicción en este tribunal y permiten dar por acreditado, más allá de toda duda razonable, que a Marcelo Fredes Pavez le ha cabido participación en calidad de autor en el delito de contrabando señalado en el motivo sexto de este fallo, habiendo intervenido en él, de una manera inmediata y directa.

NOVENO: Que por lo mismo, deberá rechazarse lo expuesto por la defensa en el sentido de que no fue su representado quien introdujo a la Segunda Región el vehículo patente UL-7644, sino que ello fue ejecutado por otra persona, la que fue condenada por el delito de contrabando, en procedimiento abreviado. Trató de levantar duda respecto a la declaración de la testigo Jennifer Flores, señalando que existe contradicción entre lo expuesto por ésta en este juicio y lo declarado el 09 de abril en Fiscalía, para tal efecto la confrontó con este último testimonio, donde ella expresó que iba dormida cuando pasaron la aduana y cuando se despertó Marcelo ya no estaba, en circunstancias que en estrados señaló que en la Aduana Fredes se bajó con unos papales, mientras ella y Richard permanecían en el vehículo, después volvió, levantaron la barrera y pasaron, y a los pocos minutos Marcelo se bajó para regresar a Iquique. No obstante ello, estos sentenciadores estiman que tal contradicción no existe, pues en ambas declaraciones, la testigo alude a la presencia de Marcelo Fredes en el vehículo.

En cuanto al otro punto señalado por la defensa, que dice relación con la calificación jurídica, en cuanto a que no podría el hecho estar referido al inciso 3° del artículo 168 de la Ordenanza de Aduana, como lo ha señalado la fiscalía, sino al inciso 4° de esa disposición, el tribunal invitó a las partes a alegar sobre dicho punto. En todo caso, las figuras típicas establecidas en ambos incisos no difieren en cuanto a su penalidad.

DECIMO: Que respecto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal del acusado, la fiscalía señaló que lo perjudica aquella contemplada en el artículo 12 N° 14 del Código Penal, esto es, haber

cometido el delito después de haber quebrantado una condena y en el tiempo en que puede ser castigado por el quebrantamiento. En efecto, de los documentos incorporados al juicio mediante su lectura, consistentes en: extracto de filiación y antecedentes del acusado, fotocopia autorizada de las sentencias de primera y de segunda instancia pronunciadas en causa rol N° 65.577 y acumuladas del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua y de la resolución que revoca el beneficio de la reclusión nocturna, certificación de la Secretaria del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua y, oficio del Alcaide del Centro del Cumplimiento Penitenciario de dicha ciudad, consta que Marcelo Fredes Pavez fue condenado a las penas de 541 de presidio menor en su grado medio y 61 días de presidio menor en su grado mínimo, como autor de estafas, concediéndosele el beneficio de la reclusión nocturna, sentencia que quedó ejecutoriada el 31 de octubre del 2001, siéndole revocado dicho beneficio por resolución de fecha 06 de marzo del 2002 del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua, la que fue confirmada por la ltma. Corte de esa ciudad con fecha 28 de mayo del presente año.

UNDECIMO: Que en consecuencia, como la pena señalada al delito del que ha resultado responsable el acusado Marcelo Fredes, consta de dos grados y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 del Código Penal, existiendo una agravante y ninguna atenuante, no se podrá imponer el grado mínimo, por lo que corresponde aplicar la pena de presidio menor en su grado medio.

DUODECIMO: Que en el presente caso, no se reúnen ninguno de los requisitos contemplados en la Ley 18.216, para otorgar al acusado alguno de los beneficios allí contemplados, por lo que deberá cumplir efectivamente la pena corporal que se le imponga en la parte resolutive de esta sentencia.

DECIMOTERCERO: Que la representante del Ministerio Público, por expresa petición del Servicio Nacional de Aduanas, solicitó un pronunciamiento respecto del vehículo que ha sido objeto de este juicio, el que fue incautado y que se encuentra, en la actualidad, en dependencias aduaneras de Tocopilla.

Que en tal sentido, no habiendo, el órgano acusador, formalizado en contra del propietario del vehículo patente UL-7644, don Marcelo Burboa Sepúlveda, y además, no habiéndose solicitado el comiso del mismo, procede que éste sea devuelto a dicha persona, a cuyo nombre aparece inscrito en el Servio de Registro Civil e Identificación, según del documento incorporado al juicio por la Fiscalía.

Y, visto, además lo dispuesto en los artículo 1°, 12 N° 14, 15 N° 1, 18, 24, 26, 30, 50, 68, 69 y 70 del Código Penal; artículos 47, 295, 296, 297, 325 y artículos 340, 341, 342, 344, 346 y 348 del Código Procesal Penal, y artículos 168 inciso 4° y 176 N° 1 de la Ordenanza de Aduanas, se declara:

I.- Que se condena a **MARCELO ENRIQUE FREDES PAVEZ**, ya individualizado, a la pena de **quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio y al pago de una multa de 103 unidades tributarias mensuales**, como autor del delito de contrabando, perpetrado el 09 de abril del año 2002.

II.- 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.

III.- Si el sentenciado no pagare la multa a que ha sido condenado, sufrirá por vía de sustitución y apremio, la pena de reclusión, regulándose un día por cada 0,10 unidades tributarias mensuales, sin que ella pueda nunca exceder de un año.

IV.- Que no reuniéndose los requisitos de la Ley 18.216, no se otorgará al sentenciado ninguno de los beneficios allí señalados, debiendo cumplir, efectivamente, la pena corporal impuesta en esta sentencia la que se contará desde que la misma quede ejecutoriada. A continuación, deberá dar cumplimiento al saldo que le resta de la pena impuesta por el Primer Juzgado del Crimen de Rancagua en causa rol N° 64.577 por estafas, en la que le fuera revocado el beneficio de la reclusión nocturna.

V.- Devuélvase a su propietario, don Marcelo Burboa Sepúlveda, el vehículo marca Mitsubishi, color verde dorado, patente única UL- 7644. En su oportunidad, ofíciase a los organismos que corresponda para comunicar lo resuelto y remítanse los antecedentes necesarios al señor Juez de Garantía de María Elena para la ejecución de la pena.

Regístrese.

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

No firma, no obstante haber concurrido a la audiencia y al acuerdo, la Juez Virginia Soublette Miranda, por encontrarse con feriado legal.

Rit N° 54-2002.

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

Antofagasta, once de Febrero del año dos mil tres.

VISTOS:

Con fecha 22 de Enero del año en curso, ante la Primera Sala de esta Corte de Apelaciones, se realizó la audiencia para conocer el recurso de nulidad deducido en representación del imputado **MARCELO ENRIQUE FREDES PAVEZ**, por la Defensora Penal Pública doña Loreto Flores Tapia, en contra de la sentencia pronunciada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de

Antofagasta. causa **RUC 0210005033-4 y RIT 5757-2002**, en la cual se condenó a su representado a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, al pago de una multa de ciento tres Unidades Tributarias Mensuales y a la accesoria legal pertinente, por su participación en calidad de autor del delito de contrabando perpetrado el 09 de Abril del año 2002.

En estrados la recurrente representada por el Defensor Público, abogado señor Rodrigo Araya Peña, reiteró los fundamentos consignados en el recurso tendientes a probar que en el pronunciamiento de la sentencia se hizo una errónea aplicación del derecho, al considerar como circunstancia agravante de responsabilidad penal la reseñada en el Artículo 12 N° 14 del Código Penal, y para lo cual, haciendo referencias a la condena anterior impuesta al imputado por delitos de estafa, y a la concesión del beneficio de la reclusión nocturna que le fuera otorgado y revocado, insistió que la reincidencia que se le atribuye es la llamada ficta, esto es, aquella que se presenta cuando el sujeto condenado por sentencia firme, delinque nuevamente sin haber cumplido la anterior, situación en la que se encuentra el imputado, atendido el beneficio de la Ley 18.216 de que gozaba para el cumplimiento de la pena.

Por su parte, el Ministerio Público, representado por el abogado Asesor de la Fiscalía Regional, doña Loreto Ulloa Reyes, pide el rechazo del recurso, por estimar que efectivamente perjudica al acusado la circunstancia contemplada en el Artículo 12 N° 14 del Código Penal, como lo demuestran los antecedentes incorporados al juicio, reseñados en el motivo décimo del fallo recurrido y en los cuales consta que **MARCELO FREDES PAVÉS** fue condenado a sendas penas por su participación de autor de delitos de estafa, y que mientras gozaba del beneficio de la reclusión nocturna que se le había concedido para el cumplimiento de las penas y que fuera revocado por resolución de 06 de Marzo del 2002, confirmada por sentencia de fecha 28 de Mayo del mismo año, cometió el delito que motivó la intervención del Ministerio de su representación.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO

PRIMERO: Que la recurrente, para atacar de nulidad la sentencia de fecha 24 de Diciembre del 2002, y pedir que se dicte otra que la reemplace, en la cual se imponga a su representado la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, argumenta que por no haber éste cumplido efectivamente las penas impuestas, al gozar del beneficio de la reclusión nocturna, no se ha verificado en su contra la reincidencia ficta que le atribuye el Ministerio Público, contemplada en el Artículo 12 N° 14 del Código Penal.

SEGUNDO: Que los antecedentes consignados en el motivo décimo del fallo que se revisa, y a los cuales hizo especial referencia el Ministerio Público, indican que cuando el imputado incurrió en el delito de contrabando investigado en autos, se encontraba sujeto al régimen de la reclusión concedida por el Primer Juzgado del Crimen de Rancagua en la causa Rol N° 65.577 y acumuladas.

TERCERO: Que, acorde con los planteamientos de ambas partes, cabe determinar si concurren los supuestos que exige el N° 14 del Artículo N° 12 del Código Penal, para dar vida a la circunstancia agravante que se discute por la Defensora Pública del acusado.

CUARTO: Que en esta tarea, las hipótesis que dicha disposición prescribe son la comisión de un nuevo delito mientras se cumple condena por uno o más delitos anteriores o después de haberla quebrantado y dentro del plazo en que el agente puede ser castigado por el quebrantamiento.

QUINTO: Que el beneficio de la reclusión nocturna concedida al imputado para el cumplimiento de las penas por los delitos de estafas, conforme se ha indicado en el motivo décimo de la sentencia que se revisa, consiste, siguiendo el Artículo 7 de la Ley 16.216, en el "encierro en establecimientos especiales, desde las 22:00 horas de cada día hasta las 6 horas del día siguiente."

SEXTO: Que, según se desprende del ordenamiento consignado en el Resuelto IV del fallo de primer grado, al disponer que el condenado deberá dar cumplimiento al saldo que le resta de las penas impuestas por los anteriores delitos de estafa, por haberle sido revocado el beneficio de la reclusión nocturna, deja establecido que aquel acató parcialmente el período de encierro nocturno como medio alternativo del cumplimiento de las sentencias impuesta por los citados delitos anteriores, y en tal estado de incumplimiento, quebrando el modo especial de cumplir las condenas pretéritas encierro en

límites, las cuales, en todo caso, son susceptibles de ser convertidas en reclusión nocturna, en el evento de ser quebrantadas.

DECIMO: Que, en la forma en que se ha razonado, sólo cabe admitir que el Tribunal de Juzgado Oral aplicó acertadamente el derecho, en la aceptación de la circunstancia agravante contemplada en el Art. 12 N° 14 del Código Penal, al concurrir el supuesto que esta disposición contempla, en cuanto a la comisión de un nuevo delito, después de haber quebrantado las condenas que el encartado estaba cumpliendo.

Por estas consideraciones, y visto lo dispuesto en los artículos 372 y siguientes del Código Procesal

un establecimiento carcelario incurrió en el delito de contrabando perseguido por el Ministerio Público.

SÉPTIMO: Que, si bien es cierto et Artículo 1° de la Ley 18.216 establece que al concederse algunos de los beneficios que él mismo detalla, entre los que se encuentra la reclusión nocturna, se suspende la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad, no es menos cierto que por su esencia la reclusión nocturna es un medio alternativo de cumplir una condena con los efectos señalados, donde el condenado por cada noche de encierro computa a su favor un día de privación o restricción de libertad, que como se dijo. se abona el tiempo de su condena, como en la especie ha ocurrido, según se consigna en el motivo sexto del presente fallo, dándose cumplimiento al Artículo 11 de la citada Ley 18.216,-

OCTAVO: Que, así razonado, de conformidad a la facultad regulada que establece el Artículo 297 del Código Procesal Penal, es dable apreciar que el encartado después de haber quebrantado la condena que debía cumplir bajo el medio alternativo de la reclusión nocturna, al cometer el delito de contrabando el día 09 de Abril del 2002, configuró para su agravación, la circunstancia contemplada en el Artículo 12 N° 14 del Código Penal

NOVENO: Que, estas conclusiones se oponen a las peticiones de la Defensora en cuanto a no tener por cumplidas las penas anteriores, y en virtud de lo cual insta por la no verificación de la comentada circunstancia agravante, al tenerse en cuenta que, como se dijo, la reclusión nocturna, en su cumplimiento práctico, significa el acatamiento efectivo de la condena, como sui géneris modalidad alternativa de cumplirla, pues cada noche de encierro es una real privación de libertad, aclaración que aparece más nítida frente a los otros beneficios que otorga la Ley 18.216. en que si. por su naturaleza, se suspende la ejecución de las penas que se imponen dentro de sus Penal, se rechaza, sin costas, el recurso de nulidad interpuesto por la Defensora Penal Pública, doña Loreto Flores Tapia, en representación de MARCELO ENRIQUE FREDES PAVES, en contra de la sentencia de fecha 24 de Diciembre de 2002, escrita a fojas 1 de estas compulsas, dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta.

Regístrese y devuélvanse

ROL N° 188

Redacción del Abogado integrante señor ALFONSO LEPPES NAVARRETE.

Pronunciada por la **PRIMERA SALA**, integrada por las Ministros titulares, Sra. Helvetia Castrillón Cofré y Sra. Laura Soto Torrealba y el Abogado integrante, Sr.

Alfonso Leppes Navarrete. Autoriza el Secretario Subrogante, Sr. Erick Espinoza Cerda. No firma la Ministro Titular, Sra. Helvetia Castrillón Cofré no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo, por encontrarse con feriado legal.

En Antofagasta, once de febrero de dos mil tres, notifiqué por el Estado Diario la resolución que antecede.

II. SENTENCIAS COMENTADAS



AUDIENCIA DE CAUTELA DE GARANTÍAS E IMPUTADO INDETERMINADO

*Luciano Hutinel Penjean
Abogado Unidad Especializada de Probidad, Delitos
Económicos y Funcionarios.
Ministerio Público*

I INTRODUCCIÓN

Con fecha trece de enero de 2003, el tribunal de garantía de la ciudad de Aysén dictó un fallo acogiendo un recurso de reposición interpuesto por el Fiscal Adjunto Jefe de esa ciudad don Lorenzo Avilés Rubilar, en contra de la resolución de este juzgado por medio de la cual se citó a audiencia de cautela de garantías respecto de imputados indeterminados, motivada por la petición de los defensores locales doña Ruth Vallejos Cuitiño y don Martín Bernales Odino, y en cuya virtud el Ministerio Público señaló que no se verificaron los supuestos para proceder a un control de garantías al no haber una investigación dirigida contra un imputado determinado, lo que privaría a los solicitantes para comparecer, en una calidad que no sea otra, que por sí mismos. En seguida se indicó que de verificarse dicha audiencia, esta situación se traduciría en una grave intromisión en la autonomía de que goza el Ministerio Público en su proceder, originando un conflicto de atribuciones al no existir además ningún conflicto en el orden temporal que dilucidar. Finalmente el Ministerio Público argumentó que las cargas y deberes procesales tienen su origen en la ley y no en las decisiones jurisdiccionales, no existiendo en este sentido una norma que establezca la obligación de entregar información por parte de las fiscalías que no sea en relación con un imputado determinado, situación que en la especie no ocurre.

II LOS HECHOS

Con fecha 29 de diciembre de 2002 los Defensores Locales de Puerto Aysen, Ruth Vallejos Cuitiño y Martín Bernales Odino presentaron ante el Juez de Garantía de esa ciudad, una solicitud de audiencia de cautela de garantías en virtud del artículo 10 del Código Procesal Penal, argumentando para ello, que su objeto sería adoptar las medidas necesarias para que imputados “desconocidos” para la Defensoría, pero “determinados”, puedan acceder a una asesoría adecuada desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra, todo esto en razón por una parte de la negativa de Carabineros a proporcionarles la individualización de las personas que se encontraban detenidas y el motivo de su detención, y por la otra, la negativa de la Fiscalía Local de otorgar individualización de los detenidos y puestos en libertad con citación al Ministerio Público.

III MINISTERIO PÚBLICO

La Fiscalía Local de Puerto Aysen una vez acogida esta solicitud por el Juez de Garantía dedujo recurso de reposición, basado en los siguientes argumentos:

1. La petición fundante de dicha resolución, solicita: “**SE CITE A UNA AUDIENCIA PARA EJERCER CONTROL DE LAS GARANTIAS DE TODO IMPUTADO DE UN DELITO**”, por supuestas infracciones a los artículos 5, 7, 93 letra a) y b), y 104 del Código Procesal Penal.
2. Sin embargo, la norma invocada para solicitar la audiencia de control de garantías - artículo 10 del Código Procesal Penal - razona sobre la base de los elementos siguientes:
 - a.- Existencia de un investigación;
 - b.-Que dicha investigación sea dirigida en contra de un sujeto preciso y determinado a quien se le atribuye participación en un hecho punible, es decir, se requiere **la existencia de imputado**.A mayor abundamiento, el artículo 7° del citado cuerpo normativo, señala que la calidad de imputado se adquiere desde la **primera actuación del procedimiento**. A su vez, el inciso 2° del mismo artículo, confirma la idea señalada en cuanto se requiere la existencia de un procedimiento penal iniciado, para reconocer dicha calidad.

Ninguno de estos elementales requisitos se cumplen en la especie.

3. En el mismo orden de ideas, la ley 19.718 que crea la Defensoría Penal Pública, señala que su finalidad es **“proporcionar defensa penal a los imputados o acusados... que carezcan de abogado”**, lo cual es reafirmado por el artículo 25 del mismo cuerpo legal a propósito de las facultades de los defensores locales. Nuevamente fluye de la simple lectura de la ley, que los solicitantes se encuentran facultados para comparecer sólo en representación de **imputados determinados**.
4. Conforme a lo señalado, forzoso es concluir que los solicitantes, esto es doña Ruth Vallejos Cuitiño y don Martín Bernales Odino, **comparecen por sí** y no en representación de imputado o acusado en particular. Tampoco ellos han sido ni están siendo objeto de investigación por parte de esta Fiscalía, y en consecuencia no hay garantía que cautelar a su favor.
5. El inciso segundo del artículo 7 de la Constitución Política del Estado, señala que **“Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas, pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la constitución y las leyes”**.
 Aceptar la procedencia de la petición formulada por los solicitantes constituye una intromisión grave en la autonomía de rango constitucional que ostenta el Ministerio Público (artículo 80 A de la Constitución Política) y, en particular, a la facultad que la letra a) del artículo 17 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, le otorga al Fiscal Nacional para fijar los criterios de actuación del Ministerio Público, a fin de dar cumplimiento a los objetivos establecidos en la Constitución y las Leyes: **“El Fiscal Nacional dictará las instrucciones generales que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos punibles, ejercicio de la acción penal y protección de las víctimas y testigos”**.
6. Conforme a lo dispuesto por los artículo 4 y 14 del Código Orgánico de Tribunales, el asunto en comento, no está dentro de aquellos que deban ser conocidos por el tribunal de vuestra señoría, toda vez que de la simple lectura de la presentación queda en evidencia que no existe cuestión o asunto **determinado** en el cual ella recaiga, como tampoco imputado alguno respecto del cual Su Señoría deba cautelar sus garantías, ni intervinientes a quienes le empezca su resultado.
7. Es del caso tener presente que la jurisdicción por definición tiene por objeto solucionar controversias concretas en el orden temporal y acaecidas tal como lo confirman el inciso 2° del artículo 3° del Código Civil y el inciso 1° del Art. 5° del Código Orgánico de Tribunales. De tal modo que toda petición que se haga ante un órgano jurisdiccional debe necesariamente ser planteada en el curso de un proceso penal determinado y tener como base la ocurrencia de un hecho que revista los caracteres de delito y respecto del cual se hubiese ejercido la acción penal en orden a dar por iniciada una investigación criminal. En este punto la defensa yerra al solicitar una audiencia de cautela de garantías sin dicha referencia, por cuanto está solicitando al Tribunal de Garantía un pronunciamiento respecto de una petición que no se sustenta en lo antes señalado. Situación que a todas luces reafirma la idea de la improcedencia de la solicitud en cuestión.
8. En otro orden de ideas, las obligaciones, deberes y cargas procesales solo tienen su origen en una norma legal y mal puede, de acuerdo al imperio del principio de legalidad, generarse por vía judicial imperativos procesales y menos aún sin respecto a caso en concreto alguno. Por el contrario, el CÓDIGO PROCESAL PENAL razona sobre la base de requerimiento de información basado en la existencia de un imputado preciso y determinado según lo confirma el artículo 96 de este cuerpo legal: **“Todo abogado tendrá derecho a requerir del funcionario encargado de cualquier lugar de detención o prisión la confirmación de encontrarse privado de libertad una persona determinada en ese o en otro establecimiento del mismo servicio y que se ubicare en la comuna”**.
9. De aceptarse la procedencia de la resolución objeto del recurso de reposición, se originaría la delicada consecuencia de provocar un **conflicto de atribuciones entre el Ministerio Público y el Tribunal de Garantía**, (que estaría infringiendo el Art. 4° del Código Orgánico de Tribunales), porque, como ya se dijo, se vulneraría el carácter autónomo que posee el órgano persecutor, al tratar de intervenir el Juzgado de Garantía en las facultades, atribuciones y organización interna del Ministerio Público y en el modo como cumple los objetivos que le fija la ley.
10. En consecuencia, de todo lo anteriormente expuesto, queda claro que la petición y su proveído no cumplen con los requisitos básicos para una supuesta cautela de garantías, atendida la indeterminación del imputado y de un procedimiento al cual se circunscriba. Además, puede constituir una intromisión grave en las facultades del Ministerio Público, toda vez que los comparecientes pretenden que el tribunal imparta criterios generales de actuación, lo cual no es resorte del Tribunal.

IV DEFENSORÍA PENAL

Una vez notificada la reposición a la defensoría, presentaron un escrito respondiendo a dicho recurso sobre la base de las siguientes consideraciones:

- 1) Solicitan el rechazo del recurso, ya que a su juicio no se cumple con el requisito de producir agravio para una de las partes, en este caso el Ministerio Público, ya que a su entender la realización de la audiencia solicitada de ninguna manera puede provocar agravio, máxime si ella tiene por objeto la sustanciación del proceso a través de la resolución de un conflicto, en este caso planteado por la Defensa; por lo que en definitiva solicitan que la discusión y la resolución tanto de la incidencia planteada por el Ministerio Público en su reposición, como de la cautela de garantía se lleve a cabo en una audiencia oral y pública tal como lo exige el nuevo Código Procesal Penal.
- 2) En subsidio, contestan los argumentos de la Fiscalía, señalando en síntesis que la Fiscalía se equivoca al señalar que no existen imputados indeterminados, ya que a juicio de la Defensoría se trataría de imputados determinados pero desconocidos, fundándose para ello en el hecho que las detenciones y las citaciones se realizaron respecto de alguna persona, que existe y es determinada, sólo que desconocida. Agregan que el hecho que sus identidades no sean dadas a conocer a la Defensoría no las convierte en personas inexistentes, pero sí, a su juicio, en personas indefensas, y que es deber legal de la Defensoría otorgar defensa penal a imputados que carezcan de abogado, confiriéndoles por el sólo ministerio de la ley patrocinio y poder suficientes. Niegan asimismo la afectación a la autonomía de que goza el Ministerio Público, aludida en el recurso, indicando que este organismo no puede atribuirse facultades sin control jurisdiccional que afecten garantías constitucionales de cualquier persona. Concluyen señalando la falta de sentido de la oposición de la Fiscalía a la realización de la audiencia -- dado el significado de legitimación de actuaciones secretas de facto que ello implicaría -- contrariándose los principios de transparencia y publicidad.

V FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal de Garantía falló en el siguiente sentido:

- 1) Respecto de la solicitud de audiencia cuyo objeto, señala el fallo, no es otro que provocar el análisis de una actitud genérica adoptada por personal de Carabineros y por la Fiscalía Local de Puerto Aysén frente a requerimientos informativos emanados de la entidad solicitante, se pronuncia en orden a indicar que si bien la solicitud es fundada, carece de la particularidad propia de un asunto controvertido concreto que se someta a la decisión jurisdiccional, lo cual queda de manifiesto, inclusive, en la falta de mención o referencia a un imputado determinado o preciso, cuyas garantías corresponda cautelar;
- 2) Por otro lado, agrega que la competencia de los Jueces de Garantía se circunscribe expresa y básicamente a las materias previstas por el artículo 14 del CÓDIGO ORGÁNICO DE TRIBUNALES y, al respecto su letra "a" da cuenta del deber de aseguramiento de los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal. Por tanto la actuación jurisdiccional está dirigida a pronunciarse respecto de personas concretas y precisas y a situaciones y conflictos concretos de relevancia jurídica (que es lo que se conoce como *ius dicere*), pero no a emitir pareceres en abstracto;
- 3) En razón de lo anterior señala que la cautela de garantía invocada y cuyo resguardo corresponde a los jueces, exige un sujeto preciso a quien tutelar por no estar en condiciones de ejercer sus derechos, situación que no se verifica en la petición de la defensoría, máxime si su intervención no fue requerida por imputado alguno;
- 4) Que no pugna con lo anterior lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 19.718 que otorga patrocinio y poder *ipso iure* al defensor designado por el imputado, hallándose en consecuencia habilitado para actuar por él, el letrado libremente escogido, según el artículo 42 de la misma ley, o bien el aceptado o ratificado; constituyendo la actuación oficiosa y exenta de voluntad de su destinatario, una excepción esencialmente transitoria, conforme se desprende del inciso final del artículo 25 de aquella ley; de manera que mal podría concluirse la procedencia de la generación de una audiencia motivada por defensores, cuya intervención no ha sido requerida por imputado alguno ni ha sido impuesta por designación para un objeto preciso;
- 5) A mayor abundamiento, señala que permitir una discusión teórica, aún cuando con efecto genérico en el orden práctico - en una audiencia oral y pública - sin referencia a un sustrato subjetivo esencial (imputado determinado) y objetivo concreto (situación jurídica particular), se traduciría en sobrepasar el efecto relativo de toda determinación jurisdiccional, redundando en la eventual ingerencia en procedimientos propios de otros actores del sistema procesal penal;

- 6) Finalmente hace mención genérica a los principios de publicidad y transparencia que deben estar presente en el nuevo proceso penal.

VI COMENTARIO

La especial petición formulada por la Defensoría y el posterior fallo a que dio origen merecen los siguientes comentarios:

I.- EN CUANTO A LA FINALIDAD DE LA AUDIENCIA DE CAUTELA DE GARANTÍAS

1.- La razón de ser del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, de acuerdo a la historia fidedigna de su establecimiento, fue otorgar tutela a las garantías del imputado que no estuviera en condiciones de ejercer los derechos que el ordenamiento jurídico le otorga. Es ilustrativo tener presente que la expresión "**no estar en condiciones**", restringe el ámbito de aplicación de esta audiencia sólo a aquellos casos en que el imputado sea una persona que, con posterioridad al hecho que se investiga, vea debilitadas de tal manera sus aptitudes, que si bien pudiere ser dudoso que queden comprendidas dentro del concepto normativo de enajenado mental, no se presenten en cambio, mayores vacilaciones para concluir que no pueden acogerse en plenitud a la garantía de un racional y justo procedimiento que Constitución le asegura, ni a las garantías judiciales que expliciten en mayor medida la Convención Americana de Derechos Humanos, o el Pacto de San José de Costa Rica, en particular las que configuran el derecho de defensa ("Código Procesal Penal, Anotado y Concordado", Emilio Pfeffer, p. 28)

2.- Lo anterior reafirma lo señalado en el escrito de reposición, en cuanto a que el juez de garantía debe velar por la idoneidad en el ejercicio de las garantías respecto de un sujeto preciso, toda vez que si se solicita la audiencia del artículo 10 antes mencionado, deberá suministrarse los elementos de convicción que permitan establecer el supuesto normativo del inciso primero de dicho artículo, esto es, estar en presencia de un sujeto que no se encuentra en condiciones de ejercer sus garantías judiciales, debido a que sus condiciones de salud mental se hallan afectadas de modo tal que se encuentra imposibilitado de discernir respecto de cual es la mejor forma de hacer valer sus derechos en juicio.

II.- EN CUANTO AL AGRAVIO

La resolución que acogió la solicitud de audiencia habría incurrido en los siguientes agravios:

a) Se establece un trámite inexistente, por cuanto si bien formalmente se solicita la citación a una audiencia de cautela (trámite contemplado en la ley), el fondo de la petición no reúne los presupuestos que justifiquen su celebración; de tal suerte que el juez de garantía en el hecho, está accediendo a celebrar una audiencia, que al no cumplir con los elementos señalados, da origen a un trámite inexistente;

b) De acuerdo con todo lo anteriormente expuesto, la audiencia a la cual se ha citado no tiene por objeto efectuar un control de las garantías de un imputado, sino que busca establecer por vía jurisdiccional criterios generales de actuación vinculantes para el Ministerio Público, lo cual atenta contra la autonomía de que goza este organismo, consagrada en el artículo 80 de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA, y en la facultad exclusiva del Fiscal Nacional para impartir instrucciones de carácter general.

III.- EN CUANTO A LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR

Los argumentos sustentados por el Ministerio Público en el recurso de reposición, se han visto reafirmados por un pronunciamiento en este sentido, de la Corte de Apelaciones de Talca de fecha 28 de octubre de 2002, que revocó la resolución emanada de una audiencia de control de detención, que ordenaba a la policía acceder a las peticiones de la defensa en orden a entregar información relativa a las personas que hubieren sido detenidas. Este fallo mereció el siguiente comentario de la Fiscalía Nacional, en el oficio 583 del 15 de noviembre de 2002:

"Respecto de la información sobre la existencia de detenidos de la Policía a la Defensoría, es menester precisar -como bien fue observado por el Fiscal Adjunto en la audiencia del caso en comento- que, conforme al artículo 131 del CÓDIGO PROCESAL PENAL, la Policía debe informar al Ministerio Público sobre toda detención que se practique. El Defensor tiene derecho, de acuerdo al artículo 96 del CÓDIGO PROCESAL PENAL, a solicitar información sobre la detención de una **persona determinada** y la Policía se encuentra obligada a proporcionar esta información, pero la Defensa no tiene

derecho a exigir información sobre personas detenidas en general. Puede hacerlo y la Policía podría entregarle esta información general, pero ésta no se encuentra **obligada** a dársela."

IV EN CUANTO A LA AUTONOMÍA DEL MINISTERIO PÚBLICO

Finalmente resulta del todo relevante mencionar el reconocimiento expreso que hace, en su considerando octavo el fallo en cuestión, en lo tocante a la autonomía de que goza el Ministerio Público como órgano persecutor de la responsabilidad penal, autonomía que no puede verse afectada por medio de una decisión jurisdiccional. En efecto, el fallo de reposición señala: "Que a mayor abundamiento, permitir una discusión meramente teórica, aun cuando con efecto genérico en el orden práctico, en una audiencia oral y pública, sin referencia a un sustrato subjetivo esencial (imputado determinado) y objetivo concreto (situación jurídica particular), **acarrearía el indeseado riesgo de rebasar el efecto relativo de toda determinación jurisdiccional, redundando en la eventual injerencia en procedimientos propios de otros actores del nuevo sistema procesal penal.**"

- **Sentencia:**

Puerto Aysén, trece de enero de dos mil tres.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que el Señor Fiscal Adjunto Jefe de Aysén don Lorenzo Avilés Rubilar, ha deducido por escrito reposición contra la resolución de este Juzgado, por medio de la cual citó una audiencia motivada por la petición de los Señores Defensores Locales, doña Ruth Vallejos Cultiño y don Martín Bernales Odino, fundado en síntesis en no verificarse los supuestos para proceder a un control de garantía, al no haber investigación dirigida contra un imputado determinado, lo que privaría a los solicitantes para comparecer por sí que no sea en dicha calidad, agregando que de lo contrario podría producirse una grave intromisión en la autonomía de proceder que posee el Ministerio Público, redundante en un conflicto de atribuciones ya que no existe tampoco controversia concreta en el orden temporal que resolver, para culminar indicando que los deberes y cargas procesales se generan por vía legal y no judicial, sin que exista norma que razone sobre la base de requerimiento de información que no sea en relación con imputado determinado lo que aquí no ocurre.

SEGUNDO: Que evacuando por escrito el traslado conferido, los Defensores Locales piden el rechazo de la reposición, primeramente, por falta de agravio, ya que la citación a audiencia sólo da curso progresivo a los autos, concretando el derecho a un juicio oral y público como principio. Seguidamente en subsidio, ocupándose ya del fondo, se insiste en que la audiencia solicitada ha pretendido abordar la negativa de Carabineros a proporcionarles la individualización de los detenidos y el motivo de sus detenciones, así como la negativa de la Fiscalía Local de otorgar la individualización de los detenidos y puestos en libertad con citación al Ministerio Público, argumentando que su objeto sería adoptar las medidas necesarias para que imputados “desconocidos” para la Defensoría pero “determinados”, puedan acceder a una asesoría adecuada desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra, concepto que incluye a la detención como diligencia cautelar, máxime si se tiene presente que es la ley la que ordena a los defensores locales proporcionar defensa penal a imputados o acusados que carezcan de abogado, confiriéndoles por el solo ministerio de la ley patrocinio y poder suficientes. Niegan, asimismo, la aludida afectación de autonomía pues indican que el Ministerio Público no puede atribuirse facultades sin control jurisdiccional y que afecten garantías constitucionales de cualquier persona, concluyendo acerca de la falta de sentido de la oposición de la Fiscalía a la realización de la audiencia, dado el significado de legitimación de

actuaciones secretas de facto que ello implicaría, contrariándose los principios de transparencia y publicidad.

TERCERO: Que habida cuenta que, no obstante encontramos en un sistema procesal regido por el principio de oralidad, la reposición constituye, precisamente, una de las excepciones a su vigencia, toda vez que el propio legislador ha contemplado en el Título II del Libro Tercero del nuevo Código Adjetivo la posibilidad de recurrir en audiencia por vía verbal, o bien por escrito frente a resoluciones de dicho carácter cuyo es el presente caso.

CUARTO: Que el mérito de los fundamentos esgrimidos por los intervinientes letrados, únicos sujetos que han actuado en los autos, es dable derivar que se han dictado una providencia o decreto que ha dado lugar a una audiencia, cuyo objetivo, según se aprecia en la solicitud primitiva y en la contestación al traslado de la Defensoría, no es otro que provocar el análisis de una actitud genérica adoptada por personal de Carabineros y por la Fiscalía Local de Puerto Aysén frente a requerimientos informativos emanados de la entidad solicitante, cuestión ésta que, si bien fundada, carece de la particularidad propia de un asunto controvertido concreto que se somete a la decisión jurisdiccional, lo cual queda de manifiesto, inclusive, en la falta de mención o referencia aun imputado determinado o preciso, cuyas garantías corresponda cautelar.

QUINTO: Que, por otro lado, la competencia de los Jueces de Garantía se circunscribe expresa y básicamente a las materias previstas por el artículo 14 del Código Orgánico de Tribunales y, al respecto, ya su letra “a” da cuenta del deber de aseguramiento de los derechos del imputado y además intervinientes en el proceso penal. Por tanto, la actuación jurisdiccional está dirigida a obtener pronunciamientos con referencia a personas precisas y a situaciones y conflictos concretos con relevancia jurídica, que es lo que constituye el “lus dicer”, mas no a emitir pareceres en abstracto aun cuando tengan incidencia en el orden práctico general, como lo es el ámbito de la relaciones entre el Ministerio Público y Defensoría Penal Pública.

SEXTO: Que de este modo, podrá advertirse que la cautela de garantías invocada y cuyo resguardo cabe a los Jueces, exige un sujeto preciso a quien tutelar por no estar en condiciones de ejercer sus derechos, lo cual no se vislumbra en la petición de los defensores, máxime si su intervención no aparece haber sido requerida por imputado alguno, requisito éste de carácter volitivo e indispensable para justificarla, por cuanto la prerrogativa reconocida en la letra “b” del artículo 93 del Código Procesal Penal no se materializa, sino por uno de dos

mecanismos: a través de la libre designación que al respecto efectúe el sujeto pasivo de la persecución penal conforme lo previene el artículo 102 del mismo cuerpo legal, o bien, mediante la aceptación o ratificación de aquél que se le hubiere designado, ninguna de cuyas hipótesis cimienta la actuación de los solicitantes de audiencia.

SÉPTIMO: *Que no pugna con lo anotado lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley N° 19.718, rectora de la Defensoría Penal Pública por cuanto en patrocinio y poder suficiente e "ipso iure" es atribuido al defensor designado por el imputado hallándose en consecuencia habilitado para interceder por él letrado libremente escogido según se menciona en el artículo 52 de ese mismo texto, o bien, el aceptado o ratificado a posteriori, constituyendo la actuación oficiosa y exenta de voluntas de su destinatario una excepción esencialmente transitoria, conforme se desprende del inciso final del artículo 25 aquella misma ley; de manera que mal podría concluirse la procedencia de la generación de una audiencia, motivada por defensores, cuya intervención no ha sido requerida por imputado alguno no ha sido impuesta por designación para un objeto preciso.*

OCTAVO: *Que a mayor abundamiento, permitir una discusión meramente teórica, aun cuando con efecto genérico en el orden práctico, en una audiencia oral y publica sin referencia a un sustrato subjetivo esencial (imputado determinado) y objetivo concreto (situación jurídica particular), acarrearía el indeseado riesgo de rebalsar el efecto relativo de toda determinación jurisdiccional, redundando en la eventual injerencia en*

procedimientos propios de otros actores del nuevo sistema procesal penal.

NOVENO: *Que lo anterior no obsta a recordar la efectiva vigencia y primacía del principio general de publicidad que sirve de base y pilar fundamental al proceso recién inaugurado en esta región, así como el de transparencia en los procedimientos y diligencias de la investigación incluidas en ellas las de naturaleza cautelar, ambos redundantes en el adecuado ejercicio por los ciudadanos particularmente los afectados por una indagación penal o por diligencias cautelares privativas o restrictivas de libertad, de los derechos y garantías que la Constitución y las leyes las reconocen, objeto al cual compete propender no sólo a todo Juez de Garantía sino también a la Defensa Penal Pública y a quienes conducen la investigación criminal, esto es, a los Fiscales del Ministerio Público.*

Por estas consideraciones y teniendo además presente lo dispuesto en los artículos 7, 8, 10, 93 b, 94 f, 102 y 362 a 363 del Código Procesal Penal; 25, 52 y 54 de la Ley N° 19.718; y 14 del Código Orgánico de Tribunales SE DECLARA:

*Que **SE ACOGE** la reposición deducida por el Fiscal Adjunto Jefe, don Luis Avilés Rubilar y, por consiguiente, dejase sin efecto la audiencia decretada en autos.*

Notifíquese vía fax a Fiscalía y Defensoría.

Dese cuenta en el registro y estados respectivos, en su oportunidad.

*Resolvió don Luis Moisés Aedo Mora, Juez Titular
RIT N° 11-2003*

INFRACCIÓN SUSTANCIAL Y PROCEDIMIENTO E INVESTIGACIÓN RACIONALES Y JUSTOS

*Luciano Hutinel Penjean
Abogado Unidad Especializada de Probidad, Delitos
Económicos y Funcionarios
Ministerio Público*

I.- INTRODUCCIÓN

Con fechas 29 de octubre y 19 de diciembre, ambas del 2002, la Corte Suprema dictó dos Sentencias en virtud de las cuales rechazó recursos de nulidad presentados por la Defensoría Penal Pública, los cuales se basaban en supuestas vulneraciones a las garantías de la presunción de inocencia, a la existencia de un **proceso previo legalmente tramitado**, al derecho a guardar silencio y a una aplicación errónea del derecho. El punto coincidente de ambos recursos dice relación con la infracción a la garantía del debido proceso, asunto que será objeto principal de este comentario y que se engazará con la función policial dentro del esquema del nuevo proceso penal, fundamentalmente aquella atingente a la actuación de las policías en casos de flagrancia y a su deber de resguardar las garantías del debido proceso.

A.- ANTECEDENTES

II.- SENTENCIAS DE NULIDAD

a.- Sentencia de 29 de Octubre de 2002:

i.- Relación de los Hechos: Los hechos se registraron el día 23 de diciembre de 2001, en circunstancias que dos sujetos ingresaron al local comercial, en los momentos que la dependiente Macarena Morales Zúñiga se encontraba sola a cargo del negocio, y uno de aquellos amenazó a ésta con una pistola negra y le exigió la entrega de las llaves de la caja de pago, de la que extrajo una cantidad indeterminada de dinero, luego los hechores huyeron, siendo seguidos por un testigo del asalto y posteriormente uno de ellos detenido por Carabineros en una calle aledaña al lugar de los hechos.

ii.- Fallo recurrido: El Tribunal Oral en lo Penal de la ciudad de Talca sancionó a Antonio Mora Inzunza con la pena de siete años y siete meses de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias, como autor del delito de robo con intimidación.

b) Sentencia de 19 de Diciembre de 2002

i.- Relación de los hechos: El día 19 de enero de 2002 en el inmueble ubicado en calle Estrecho de Magallanes N° 274 de la Población Santa Fe de Curicó, funcionarios de Carabineros concurrieron a dicho lugar porque se les indicó que se estaba perpetrando un robo. Una vez en el lugar se percataron que había diversas especies, una de ellas en el patio del inmueble y el resto en un sitio eriazo colindante con aquel. En ese instante los funcionarios de Carabineros sorprendieron a Víctor Manuel Vázquez Ríos sobre una pandereta que separa el inmueble del sitio eriazo antes mencionado, próximo a saltar, siendo detenido, luego de una persecución por la policía ya que el hechor se dio a la fuga siendo posteriormente reducido por la fuerza. En el inmueble los funcionarios de policía pudieron constatar que para ingresar a él, se rompió un cerco de madera del cual sacaron cinco tablas; forzaron la puerta de un cobertizo, abriéndola en sentido contrario a sus bisagras; fracturaron una puerta que comunica con la cocina del inmueble desde su chapa hacia abajo, que el domicilio aludido se encontraba en completo desorden y con señales de que se había prendido fuego recientemente en su interior, todo lo cual fue constatado por los aprehensores y ofendido que declararon en la audiencia del juicio

ii.- Fallo recurrido: El Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Curicó dictó sentencia en contra de Víctor Manuel Vázquez Ríos condenándolo a sufrir la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, al pago de las costas de la causa y a las accesorias correspondientes, como autor del delito de robo con fuerzas en las cosas en lugar habitado.

III.-RECURSOS DE NULIDAD

En ambos ilícitos la defensa de los encausados interpuso recurso de nulidad.

En el primer caso el recurso de nulidad de la defensa se fundó en los siguientes argumentos:

i.- Artículo 373 letra a): A juicio del recurrente, durante la tramitación del procedimiento no se respetaron las garantías del debido proceso que asegura el artículo 19 n° 3 inciso 5°, de la Constitución Política, norma que establece que toda sentencia emanada de un órgano jurisdiccional debe fundarse en un proceso legalmente tramitado. En este sentido, señala el recurso, en la especie se verifica la infracción de haberse obtenido evidencia que incrimina al imputado, vulnerando la garantía constitucional de asegurarle una investigación racional y justa, prueba que posteriormente se incluyó en el juicio oral infringiendo la normativa del artículo 83 letra c) del Código Procesal Penal y 187 del mismo texto legal, al no haberse cerrado el sitio del suceso, no haber fijado, identificado y conservado bajo sello los objetos e instrumentos recogidos.

Agrega el recurso que además, se infringió la cadena de custodia por cuanto el arma que habría servido para acreditar la intimidación del robo, fue encontrada en forma posterior por un carabinero quien luego de manipularla la habría entregado a un superior, infringiendo con ello los artículos 259 letra f) y 227 letra e) del Código Procesal Penal.

Finalmente, se sostuvo la irregularidad que se habría observado también en el procedimiento empleado por Carabineros, en orden al reconocimiento que habría realizado la víctima de su agresor, el que se habría ejecutado sin orden previa del Fiscal y sin cumplir con resguardos básicos para que dicha diligencia tuviera eficacia, como sería la de incluir en el reconocimiento a otros individuos para su confrontación.

ii.- Artículo 373 letra b): En este segundo fundamento de nulidad se argumenta que ha existido una errónea aplicación del derecho en cuanto el fallo consideró en perjuicio del encausado, la agravante prevista en el artículo 456 bis n° 3 del Código Penal, al estimar que en el hecho actuaron dos sujetos, en circunstancias que se habría acusado y condenado sólo a uno de ellos.

En lo referente al segundo juicio por robo en lugar habitado, la defensa argumentó su recurso de nulidad sobre la base de lo siguiente:

i.- Artículo 373 letra a), ya que se habría vulnerado sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, en lo referido a la presunción de inocencia, **a la existencia de un proceso previo legalmente tramitado** y al derecho que tiene todo acusado de guardar silencio.

En lo relativo al proceso previo legalmente tramitado, materia que nos convoca, la defensa reprocha específicamente la actuación de la policía, por no haber resguardado el sitio del suceso en debida forma y el que varias de las especies fueran encontradas horas después de haber concluido las diligencias respectivas. En este sentido se señala en el recurso que no se habría respetado el resguardo del sitio del suceso, establecido en el artículo 83 letra c) del Código Procesal Penal, por lo cual el proceso no se encuentra legalmente tramitado e impidió al imputado ejercer los derechos consagrados en los artículos 188 y 320 del mismo Código. Asimismo, se indicó que no se cumplió con lo previsto en el artículo 189 en orden a haber dejado constancia con fotografías, de las especies restituidas o devueltas a su dueño, carga que se complementa con lo previsto en el artículo 188 del mismo Código, que obliga al Ministerio Público a llevar un registro especial en el que conste la identificación de las personas que fueron autorizadas para reconocer o manipular las especies recogidas durante la investigación (cadena de custodia), no dándose cumplimiento así a la garantía constitucional de la existencia de una racional y justa investigación.

ii.- Artículo 374 letra e en relación a la letra c) del artículo 342 ambos del Código Procesal Penal: El recurrente expresó en cuanto el fallo del tribunal oral, que éste no contiene una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas condiciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, en relación al núcleo fáctico del caso y de los hechos que el fallo da por demostrado;

respecto de ciertos aspectos de hecho relativos al tipo penal del robo y del modo como habría contribuido en su ejecución el imputado, con lo cual configuraría el motivo absoluto de nulidad alegado por el recurrente.

IV.- FALLOS DE LOS RECURSOS

Es así como el primer fallo de nulidad rechazó el recurso intentado por la defensa sobre la base de las siguientes consideraciones:

a.- Artículo 373 letra a): La Corte estimó que no se aprecia infracción sustancial a los artículos 83 letra c), 187, 259 letra f) y 277 letra e) del Código Procesal Penal, por cuanto la falta de observancia estricta, de las formas del procedimiento que habría llevado a cabo la policía, tanto en la incautación del arma (que fuera encontrada en un bolso que portaba el imputado al momento de su detención), como en la manera en que se habría practicado el reconocimiento por parte de la víctima respecto de su agresor, no constituirían infracciones sustanciales, esto es, de tal entidad que su defecto las hacen insalvablemente ineficaces, frente al derecho constitucional del debido proceso, de tal suerte que hacen improcedente la causal del artículo 373 letra a), ya que estas contravenciones no ocasionan la nulidad reclamada por cuanto ellas por si mismas no influyen en la parte resolutive del fallo impugnado.

b.- Artículo 373 letra b): Respecto de este motivo de nulidad invocado, la Corte Suprema lo desestimó señalando que el imputado fue condenado como autor de robo con intimidación, a siete años de presidio mayor en su grado mínimo. La extensión de la pena para este delito según el art. 436 del Código Penal, es presidio mayor en sus grados mínimo a máximo, por lo que en el hecho, a causa de un error que lo ha favorecido - por cuanto se le impuso al acusado la pena en su grado mínimo-, el vicio invocado no influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que no considerando la agravante reclamada, igualmente se aplicó la pena en su grado mínimo.

La Corte Suprema en relación con el segundo recurso de nulidad, lo rechazó por las siguientes consideraciones:

a.- Artículo 373 letra a): En la parte tocante a la infracción a la garantía de un proceso previo y legalmente tramitado, alegado por la defensa, a juicio de ésta no se habría resguardado el sitio del suceso y no se dejó constancia de los antecedentes relacionados con las especies sustraídas, por medio de fotografías, indicando que no existían elementos materiales para establecer el vicio que se denunciaba; agregando además, que no se habría cumplido con el requisito de la preparación del recurso establecido en el artículo 377 del Código Procesal Penal.

Ahora bien, en su considerando octavo, la Corte indica que es conveniente señalar que la causal de nulidad que invoca la defensa debe fundarse en la existencia de una infracción de carácter sustancial, "es decir que sea trascendente, de mucha importancia o gravedad de modo que el defecto haga ineficaz la garantía del debido proceso", indicando que si bien es cierto, no hubo una prolija observancia en las formas procesales relativas a la incautación de la especie y al reconocimiento que hizo de ellas la víctima, en el primer caso el elemento de convicción de que se valió el tribunal fue la declaración de la víctima en el proceso y no en la diligencia de investigación que no constituye prueba y en el segundo no hubo inobservancia en la cadena de custodia, ya que apenas fue descubierta el arma, existió absoluta regularidad en su manejo, por lo que estas deficiencias, en el entender de la Corte Suprema, no constituyen por si solas infracciones de gravedad sustancial como para anular el juicio y el fallo que se impugna.

b.- Artículo 374 letra e en relación a la letra c) del artículo 342 ambos del Código Procesal Penal: En cuanto a este motivo de nulidad la Corte también lo rechazó indicando que la sentencia impugnada no ha infringido la norma antes indicada, ya que sus argumentaciones se basan en un detallado raciocinio acerca de cómo se establecieron los hechos y circunstancias materia de la acusación, mediante una exposición clara, lógica y completa de dichos antecedentes y de la valoración de la prueba que son el fundamento de la conclusión de condena, como asimismo y en forma especial, los testimonios aportados por el Ministerio Público y que fuesen rendidos en la audiencia respectiva

B.- COMENTARIOS

V.- ACTUACIÓN DE LA POLICÍA SIN ORDEN PREVIA

El primer comentario que nos sugieren los fallos en cuestión, dice relación con la facultad de que gozan las policías para efectuar ciertas actuaciones sin necesidad de recibir previamente instrucciones de los fiscales; en este

sentido el artículo 83 del Código Procesal Penal, señala cuales son estas diligencias : a) prestar auxilio a la víctima, b) practicar la detención en los casos de flagrancia, conforme a la ley, c) resguardar el sitio del suceso, d) identificar a los testigos y consignar las declaraciones que éstos prestaren voluntariamente, e) recibir las denuncias del público y f) efectuar las demás actuaciones que dispusieren otros cuerpos legales.

Esta norma constituye una excepción a la exclusividad de la dirección de la investigación que le asiste al fiscal, otorgándole a la policía autonomía para la ejecución de actuaciones específicas que se encuentran enunciadas taxativamente en el Código.

En virtud de estas facultades excepcionales de que gozan las policías, estos organismos deberán ejecutar una de las funciones de mayor relevancia dentro del esquema del nuevo proceso penal, como es la custodia del sitio del suceso, debiendo guardar estos organismos auxiliares la diligencia debida a fin de recoger las evidencias del hecho que se investiga sin que en ello se pierdan, deterioren o lo que es más importante, se rompa la cadena de custodia, de toda aquella prueba que posteriormente puede ser llevada al juicio oral

En este sentido la facultad que el Código Procesal Penal le otorga al Ministerio Público en el artículo 87, en cuanto a la dictación de instrucciones generales para determinar la forma en que la policía deberá cumplir las funciones encomendadas en los artículos 83 y 85, se erige quizás en la herramienta más útil dentro del esquema de este nuevo proceso, en orden a lograr una constante y eficaz coordinación entre las policías y el Ministerio Público a fin de establecer criterios claros y precisos para las actuaciones que estos organismos auxiliares a la labor del fiscal, deban cumplir. Es así como resulta del todo relevante una constante preparación de estos funcionarios en lo tocante a las normativas de actuación que informan el nuevo proceso penal, con el objeto de materializar esta vinculación entre el fiscal y las policías en una investigación racional, caracterizada por un alto nivel técnico científico, por una exhaustiva rigurosidad en su proceder, de tal modo de suprimir todo asomo de vicio en: a) la recolección de evidencias y en su posterior incorporación al juicio oral, b) respeto de los derechos de las personas; transformándose así en una colaboración para el fiscal del todo efectiva para la labor de persecución penal y con absoluto respeto a las derechos y garantías que le asisten a todos los protagonistas del proceso penal.

En los sistemas procesales penales extranjeros esta situación en la práctica se ha visto revertida, es así como en Alemania “en la *praxis*, el procedimiento de investigación es dejado cada vez más a cargo de la policía. Frecuentemente, ella conduce las investigaciones autónomamente y sólo cuando están terminadas eleva el expediente a la fiscalía, la que entonces sólo decide si sobresee el procedimiento o promueve la acusación. Esto resulta cuestionable, porque afecta la conducción del procedimiento de investigación por las autoridades judiciales.”² Por su parte la situación que se presenta en Estados Unidos no es diversa “existe un trabajo llevado a cabo en 1995, por la “American Bar Foundation”, en que por primera vez en la historia de este país, se planteó el desafío de abrir una ventana al mundo de la policía. Los investigadores del programa se dedicaron durante meses a acompañar a agentes de la policía en sus actividades diarias –en patrullas, calles, casas y en sus oficinas de trabajo—haciendo visibles las numerosas tareas que aquellos desempeñaban rutinariamente. Dicha investigación arrojó como resultado, entre muchos otros, que la policía actúa no sólo con una fuerte autonomía del fiscal sino con una enorme discrecionalidad. En oposición con una imagen muy difundida que la propia policía se encargaba de proyectar, la investigación mostraba que hasta los agentes en el nivel más bajo de la organización policial estaban tomando decisiones de enorme importancia con poco o ningún control y supervigilancia.”³

La situación antes descrita reviste un doble carácter a saber: **por una parte** adquiere grados de preocupación lo colindante del actuar policial con la altísima posibilidad de infringir derechos y garantías de que gozan las personas en un Estado de Derecho, dada la fuerte autonomía que pudiesen llegar a adquirir los organismos policiales en el ejercicio de facultades de investigación, sin pauta previa del fiscal, por lo que en estos casos igualmente el actuar de la policía debiera, al menos, haber estado dirigido previamente por la fiscalía a través de instrucciones generales. **Y por otro**, el hecho de que resultaría del todo inoperante pretender que los fiscales en cada uno de los delitos de mínima gravedad deba entregar instrucciones particulares para la investigación (a fin de obtener la evidencia necesaria para la persecución penal), por lo que en esta clase de delitos, la posibilidad de que la policía entregue al fiscal los antecedentes de una investigación completa -- de tal manera que el fiscal determine la conveniencia o no de las diligencias efectuadas por la policía o la necesidad de practicar otras nuevas -- no asoma como una posibilidad del todo

² “Derecho Procesal Penal”, Claus Roxin, p. 70, Editores del Puerto, 2000)

³ “Relaciones Policía – Ministerio Público en el Nuevo Sistema Procesal Penal Chileno. Desafíos y Propuestas”, María Inés Horvitz Lennon, RDYJ TOMO XCVI – N° 1 p. 37, 1999)

descartable, dado el elevado número de causas que debe manejar un fiscal en la actualidad y la especial preocupación que debe dirigir éste a las de mayor relevancia.

En este orden de cosas, creemos que las instrucciones generales que el Ministerio Público pueda impartir a las policías constituye la herramienta más eficaz para conjugar el equilibrio necesario entre el interés social de la persecución del delito y el debido respeto a la dignidad de la persona, de tal suerte de poder traducir en una investigación policial exenta de toda transgresión a las garantías fundamentales, especialmente en los casos de flagrancia, como asimismo en la obtención de las evidencias necesarias para la efectiva persecución penal y finalmente optimizar así la labor del fiscal, de tal suerte que las policías sean efectivamente auxiliares de la tarea de éste y no un inconveniente para su labor.

VI.- INFRACCIÓN SUSTANCIAL

En seguida, resulta interesante destacar que en la especie la Corte Suprema estimó que las alegaciones formuladas por la defensoría respecto de las infracciones sustanciales a la garantía de un proceso racional y justo no revisten el carácter de tales, por cuanto no poseen la gravedad tal, o si se prefiere, no revisten tal entidad como para atentar contra la garantía del artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución Política, de tal manera que con ello se prive al imputado de estar protegido por las normas del debido proceso. En este sentido, el máximo tribunal da una señal clara en cuanto a establecer que el recurso de nulidad no debe fundarse en simples irregularidades, o lo que en doctrina se conoce como “*pruritos formales*”⁴, lo que si bien, no debieran verificarse, tampoco pueden constituirse en la herramienta más útil de que se disponga para lograr una desmesurada anulación del procedimiento penal; sino que por el contrario, este recurso fue concebido como aquel instrumento de que disponen las partes en el proceso penal para obtener la reparación de aquellas infracciones **de tal naturaleza graves**, que supongan un atentado contra las garantías fundamentales de que gozan las personas en nuestro ordenamiento jurídico, máxime si ella es parte interesada en el proceso como lo son el imputado o la víctima, lo cual hace estrictamente necesario anular todo lo viciado a fin de lograr una real aplicación y protección de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y las leyes.

En este orden de ideas es necesario delimitar lo que debemos entender por un **proceso racional y justo** a fin de establecer posteriormente cuando estamos en presencia de una infracción sustancial de él.

La historia de la ley nos señala a propósito del debate parlamentario en torno a este tema que el concepto de **debido proceso** fue extraído de la tradición jurídica anglosajona y ha sido recogida en todas las declaraciones internacionales sobre derechos fundamentales⁵.

Fue así que se estimó en el Congreso que para evitar que se interpretara lo debido como únicamente lo que estaba en la ley, los legisladores decidieron dejar de lado la expresión antes mencionada, para reemplazarla por los vocablos “**racional y justo**”. Por lo **justo** se debe entender lo sustantivo y lo **racional** referido al procedimiento.⁶

“Como estos conceptos son ciertamente muy genéricos y se prestan para entenderlos con variado criterio, la Comisión de Estudio que elaboró la norma prefirió referirse al “**racional y justo procedimiento**” en vez de enumerar cuáles son las garantías reales del debido proceso, obviando así la dificultad de tipificar específicamente los elementos que lo componen y el riesgo de omitir algunos.”⁷

“En otras palabras, prudente ha sido la posición del constituyente en orden a evitar una enumeración de los elementos que definen a un procedimiento como racional y justo, en el entendido, primeramente, de que ellos estarán en gran medida vinculados y determinados por el tipo de proceso de que se trate y, en segundo lugar, en atención a que no sería conveniente que una enumeración restrictiva impidiera al legislador la correcta concreción de la garantía en las leyes que establezcan procedimientos,⁸ lo que debe vincularse al criterio interpretativo en virtud del cual se estima que las disposiciones de la Constitución, especialmente aquellas que establecen garantías para las personas, deben interpretarse del modo más favorable para éstas.”⁹

⁴ “Fundamentos del Derecho Procesal Civil” Eduardo Cotoure p.390

⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 8°

⁶ “Derecho Constitucional” Verdugo, Pfeffer, Nogueira, Tomo I p. 217

⁷ Verdugo, Pfeffer, Nogueira, Op. cit. Tomo I p. 217

⁸ Ministerio Secretaría General de la Presidencia, División Jurídico Legislativa: *Doctrina Constitucional del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle*, Editorial Dolmen, Febrero 2000, Tomo I, Capítulo I, p.116 (Citado por Francisco Cumplido Cereceda, Juan Ramón Guzmán en Informe en Derecho sobre la Constitucionalidad de Proyecto de Ley que modifica la ley N°19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores”, p. 12 www.asach.com/Derecho)

⁹ “Informe en Derecho sobre la Constitucionalidad de Proyecto de Ley que modifica la ley N°19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores”, Francisco Cumplido Cereceda, Juan Ramón Guzmán, p.12, www.asach.com/Derecho

No obstante lo anterior, los legisladores establecieron en actas que eran condiciones mínimas que garantizaban un procedimiento racional y justo: **a) permitir un oportuno conocimiento de la acción que se ejerce, b) procurarse una adecuada defensa y C) obtener y acompañar toda la prueba que procediere.**

Con la entrada en vigencia del nuevo proceso penal, el legislador tuvo que afrontar dada la nueva estructura de persecución penal, como resolver el conflicto que podría originarse entre la garantía de un proceso previo legalmente tramitado y la actuación de las policías en el marco de la investigación penal. Fue así que la solución pasó por una reforma constitucional, la que se materializó con la ley 19.519, que modificó el texto del artículo 19 n°3 inciso 5° en los siguientes términos: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y **una investigación** racionales y justos.”

La norma recién transcrita extiende a las actuaciones que realizan tanto el Ministerio Público como las policías en la etapa de investigación del nuevo proceso penal, la sujeción a esta garantía. Esto arroja la siguiente gran consecuencia: En el nuevo sistema procesal penal la infracción a la garantía del proceso legalmente tramitado no sólo se puede verificar en sede jurisdiccional, esto es, en el debate de la cuestión controvertida, ya sea en su conocimiento como en su juzgamiento, sino que además se extiende a una etapa anterior a ésta, como es la de investigación de los hechos materia de proceso. El quebrantamiento de esta garantía no sólo se puede producir ante los tribunales de justicia, en este caso ante el juez de garantía o el tribunal oral en lo penal, sino que también ante la policía o el fiscal. De tal suerte que, el actuar de estos sujetos procesales (entendidos como tales de acuerdo a su ubicación en el Código Procesal Penal, ya que en rigor sólo tiene la calidad de tal el fiscal), debe obligatoriamente, de acuerdo al mandato constitucional, sujetarse a la garantía de un proceso e investigación racionales y justos. En consecuencia, las evidencias producidas con infracción grave a las garantías deben ser excluidas y a pesar que ello se traduzca en que la persecución de la responsabilidad penal quede truncada. Resultaría del todo ilógico pretender ejercer la legalidad a partir de fundamentos carentes de ella. No podemos enjuiciar al responsable de un delito de lesiones graves, si para ello la prueba producida se ha logrado por medio de tortura o apremios ilegítimos. Lo que finalmente busca el enjuiciamiento criminal es resolver una grave inequidad resultante de la comisión de un ilícito, y ello sólo y únicamente se puede lograr a partir de lo justo, de lo ejecutado con arreglo a la razón, a la equidad.

En consecuencia, debemos entender como un proceso previo legalmente tramitado, fundado en un procedimiento y una investigación racionales y justos, cuando en el se observen las siguientes condiciones:

- a) Un actuar de la policía y el fiscal en la etapa de investigación con apego a lo establecido en las normas de actuación procesal y con sujeción a los principios de justicia y equidad cuando el actuar de estos sujetos obedezca a un acto discrecional;**
- b) La producción de prueba exclusivamente legítima, desechando toda aquella evidencia ilegítima o revestida de algún tipo de vicio que signifique un atentado a las garantías procesales;**
- c) El público conocimiento de la prueba obtenida por el órgano persecutor;**
- d) La posibilidad de controvertir dicha prueba en las instancias y dentro de los plazos correspondientes, con el objeto de establecer la correcta participación de los involucrados en los hechos que motivan la persecución penal;**
- e) La facultad de solicitar las actuaciones que las partes estimen convenientes para lograr el fin señalado anteriormente;**
- f) La existencia de los medios o recursos necesarios para revertir decisiones judiciales que importen un atentado contra las garantías procesales;**
- g) La autorización judicial de toda actuación que importe una restricción a las garantías personales;**
- h) Consagración del principio de presunción o estado de inocencia;**
- i) Principio de no auto-incriminación; y**
- j) Principio de legalidad.**

Ahora bien, la materialización de lo que debemos entender por procedimiento e investigación racionales y justos finalmente se irá estructurando sobre la base de las decisiones emanadas de los tribunales. Serán ellos los que en definitiva le otorgarán corporeidad a la conceptualización de esta garantía, delimitando con mayor precisión el ámbito del procedimiento racional y justo en la investigación que realiza el Ministerio Público con ayuda de las policías.

Es así como surgen las siguientes interrogantes, ¿esta labor de los tribunales debe realizarse sobre la base de la aplicación en abstracto de esta garantía, con la sujeción única a lo señalado por la ley, la jurisprudencia o la doctrina?;

o por el contrario ¿su delimitación obedecerá a una aplicación casuística de este concepto?. Somos de la opinión de buscar una posición equilibrada, tomando lo que los tribunales han manifestado en sus diversas decisiones, lo que la ley nos prescribe en sus normas o lo que los tratadistas manifiestan en sus estudios; pero también creemos que todo ello debe ser plasmado al episodio concreto, a la investigación en curso. No debemos olvidar que todas estas interrogantes obedecen en gran medida al actuar de las policías en situaciones de flagrancia, donde se requiere de decisiones de rápida elaboración, las cuales no quedan ajenas a la posibilidad de una falta de prolija y estricta observación de las normas de procedimiento en la materialización de estas decisiones; en este sentido siempre resultará más claro para la labor de un juez, evaluar si una diligencia ordenada por un fiscal con la meditación previa que ella requiere, vulnera o no las garantías fundamentales de los individuos en situaciones de no flagrancia, que cuando la diligencia es resultado de una decisión adoptada en cuestión de minutos por un funcionario policial. Es por esto que la delimitación que finalmente los tribunales vayan construyendo respecto del concepto de procedimiento racional y justo, deberá necesariamente obedecer a un razonamiento dual, abstracto y concreto a la vez, no pudiendo prescindir ni de lo uno (la ley, la jurisprudencia, la doctrina) ni de lo otro (evaluación del caso en concreto).

Pues bien, ahora nos compete determinar cuando una infracción tiene la naturaleza de sustancial y por ello atentatoria contra la garantía en comento.

Sin duda que el principio base que debe sustentar este concepto, es el de la existencia de un atentado de tal magnitud que importe un **perjuicio**, no puede existir nulidad sin perjuicio; de tal forma que no toda inobservancia de las formas debe considerarse como perjudicial, no es dable caer en un excesivo formalismo, ya que si bien es cierto ellas, **las formas**, existen para ser cumplidas, no es menos cierto también que la nulidad de la ejecución de ellas sólo es procedente **cuando se origine un perjuicio a la parte afectada que conduzca a la ineficacia de la garantía**, y que ésta infracción sólo puede ser subsanada por medio de la anulación de lo obrado con vicio, ya que si por el contrario este vicio puede ser subsanado por otro medio, no será procedente la impugnación del acto por medio de su invalidación; En este sentido el Diccionario de la Lengua Española define como sustancial aquello **esencial y más importante de una cosa**, de tal suerte que encadenando este concepto con el de infracción sustancial, no nos queda más que entender que ella se verificará cada vez que en la persecución de la responsabilidad penal se incurra en algún atentado que signifique una grave infracción a la esencia del juzgamiento, a lo más importante de él, **la racionalidad y la justicia**, resultando en ello una violación **al núcleo esencial de la garantía**, privándola de toda eficacia, como sería por ejemplo: la incorporación de prueba ilegítima; la privación de la posibilidad de controvertir la prueba en el proceso; darle valor a prueba abiertamente inidónea; negar la posibilidad de solicitar diligencias de prueba; no otorgar con arreglo a derecho los mecanismos que franquea la ley para reclamar de las decisiones que revistan el carácter de arbitrarias, etc. , en otra palabras y como señala Couture “sería incurrir en una excesiva solemnidad y en un formalismo vacío, sancionar con nulidad todos los apartamientos del texto legal, aun aquellos que no provocan perjuicio alguno. El proceso sería, como se dijo de sus primeros tiempos, una **misa jurídica**, ajena a sus actuales necesidades.”¹⁰

- **Sentencias:**

Santiago, diecinueve de diciembre de dos mil dos.

Vistos:

En los antecedentes RUC - 0200007507-0-RIT -3-2002 del Tribunal del Juicio Oral en lo penal de Curicó, se dictó sentencia fundamentada y leída en audiencia pública el 18 de octubre de 2.002, por la cual se condenó al imputado Victor Manuel Vásquez Ríos a sufrir la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, al pago de las costas de la causa y a las accesorias correspondientes, como autor del delito de robo con fuerza en las cosas de bienes de propiedad de Enrique Muñoz Burgos, perpetrado en lugar habitado,

en la madrugada del 19 de enero de 2.002 en el inmueble ubicado en calle Estrecho de Magallanes N° 274, Población Santa Fe, de la ciudad de Curicó.

En contra de este fallo el aludido acusado, representado por la Defensoría Pública, ha interpuesto el recurso de nulidad, denunciando que dicha resolución ha incurrido, en primer lugar en la causal de impugnación prevista en el artículo 373 letra a del Código Procesal Penal por haber vulnerado sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, en lo que se refiere a la presunción de inocencia, a la existencia de un proceso previo legalmente tramitado y al derecho que tiene todo acusado de guardar silencio. En segundo término, invoca el motivo absoluto de nulidad previsto en la letra e del

¹⁰ Lascano, Nulidades de procedimiento, p.6 , citado por Couture, op. cit. p. 390

artículo 375 en relación a la letra c del artículo 342 del Código aludido.

Por resolución de 29 de octubre pasado, el tribunal de origen tuvo por interpuesto el recurso, lo declaró admisible y concedido, ordenó elevar a la Corte Suprema los antecedentes respectivos.

Declarado admisible a fajas 46 por este tribunal el recurso interpuesto, se incluyó el asunto a la tabla disponiéndose su vista pública para el 10 de diciembre en curso, y verificada la audiencia en esa fecha, con los alegatos del abogado don Andrés Rieutord por la Defensoría Penal Pública y del representante del Ministerio Público, abogado don Xavier Armendáriz, el asunto quedó en acuerdo citándose a los intervinientes, para la lectura del fallo acordado, para el 19 del mismo mes, a las 12:00 horas.

Considerando:

Primero: Que en cuanto al primer capítulo de nulidad, basado en la letra a del artículo 373 del Código Procesal Penal, como ya se expresó, se hace consistir la infracción en que la sentencia impugnada ha vulnerado sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes y que se fundamenta en tres motivos de invalidación. En el primero de ellos, se denuncia el quebrantamiento de la presunción de inocencia que ampara al imputado y que se encuentra establecido en el artículo 8 N° 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos denominada "Pacto de San José de Costa Rica" y en el artículo 14 N° 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo cual significa que el encartado debe ser tratado durante todo el proceso como inocente y sólo pierde esta condición con una sentencia condenatoria, luego de un juicio que respete todas las garantías de un debido proceso. Se añade que, de este principio se derivan dos consecuencias: la primera, el que la carga de la prueba corresponde al estado, debiendo el fiscal probar la culpabilidad del imputado y, la segunda, por la cual éste no tiene ninguna obligación de probar su no culpabilidad. En el presente caso, se sostiene en el recurso, que no se respetó este derecho esencial, ya que se tuvo en cuenta como un elemento de convicción para dictar sentencia condenatoria el hecho que la defensa no haya explicado la presencia del imputado en las circunstancias que el mismo fallo reseña, lo que se demuestra en el considerando undécimo párrafo 2°, para luego sostener en el motivo siguiente que no es posible acceder a la solicitud de la misma en orden a que se absuelva a su representado, con lo cual quedó demostrado que un elemento que tuvieron a la vista los sentenciadores para arribar al convencimiento, más allá de toda duda razonable, que a Vásquez le cupo participación en calidad de autor en el ilícito por el cual se le acusó, es el

hecho que la defensa no haya producido prueba en orden a sustentar la culpabilidad de dicho acusado, violentando el estado de inocencia que le autoriza para permanecer en una actitud pasiva durante el juicio y además no se consideró en el fallo que el estándar de duda razonable importa la producción de una prueba que produzca a la plena convicción para condenar.

Segundo: Que el segundo argumento aducido para la nulidad sustancial que se solicita, que hace consistir en que no ha respetado lo previsto en el inciso 5 del número 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en cuanto exige que la imposición de una pena solo puede ser el resultado de un procedimiento previo regulado por la ley, o sea, aquel que respete, por una parte las normas propias del proceso y, por otra parte, las características de éste. En este entendido, se sostiene, al existir normas mínimas de procedimiento que regulan la forma como se puede resguardar y producir la prueba o piezas de cargo que sirvan para fundar una acusación y posterior sentencia, se materializan derechos establecidos en el artículo 188 inciso 3° del Código Procesal Penal, en relación al artículo 8 N° 2 letra c) y f) del "Pacto de San José de Costa Rica". En lo particular se reprocha la actuación de la policía por no haber resguardado el sitio del suceso en debida forma y el que varias de las especies fueron encontradas horas después de haber terminado las diligencias respectivas, errores que no fueron considerados de relevancia por el fallo recurrido, por estimar que les dará valor a los testimonios que produjeron en la audiencia y siempre que no se vulneren garantías procesales, lo que no ha ocurrido en la especie, conducta errada ya que a los sentenciadores no solo les cabe analizar los procedimientos policiales para determinar su mayor o menor credibilidad sino que para determinar si el proceso fue legalmente tramitado, que es lo que asegura el derecho reclamado. En este sentido, se expresa en el recurso, no se respetó en la etapa de producción de la prueba la normativa respecto al resguardo del sitio del suceso establecido en el artículo 83 letra c) de Código Procesal Penal, por lo cual el proceso no se encuentra legalmente tramitado e impidió al imputado ejercer los derechos consagrados en los artículos 188 y 320 del mismo Código. Se agrega finalmente, en este motivo de nulidad, que no se cumplió con lo previsto en el artículo 189 de haber dejado constancia con fotografías de las especies restituidas o devueltas a su dueño, carga que se complementa con lo previsto en el artículo 188 del mismo estatuto procesal que obliga al Ministerio Público a llevar un registro especial en el que conste la identificación de las personas que fueren autorizadas para reconocer o manipular las especies recogidas durante la investigación, lo que se conoce como cadena de custodia y que son obligatorias para dicho organismo y al no ajustarse a dicha normativa no se ha satisfecho la

garantía constitucional en cuanto ordena que debe existir una justa y racional investigación;

Tercero: Que el tercer grupo de infracciones que se denuncian, respecto de garantías constitucionales, por arte del imputado Vásquez es la vulneración a sus derechos a guardar silencio que se contempla en el artículo 8 N° 2 letra g) del “Pacto de San José de Costa Rica” y en el artículo 14 N° 3 letra g) del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, normativa que lo faculta, dentro del proceso, a guardar silencio y a no ser utilizado como fuente de información, privilegio que en el fallo en análisis se ha desconocido, al expresar que la defensa no ha otorgado al tribunal otros elementos que expliquen la presencia del imputado en el sitio del suceso, escudándose en su derecho a guardar silencio, lo que demostraría que su participación como autor del delito por el cual se le acusó, es el hecho de haber guardado silencio, cuando el ejercicio de este derecho jamás pueda atribuírsele una connotación que lo perjudique;

Cuarto: Que en relación al primer defecto que reprocha por el recurrente, en torno a la causal de nulidad prevista en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, es decir la infracción a la presunción de inocencia que goza el imputado y que está asegurada en convenciones internacionales que ha citado, es conveniente señalar que la sentencia en estudio estableció en el considerando décimo que los hechos acreditados en el motivo 6° con excepción del N° 4 le atribuyen la participación de autor al acusado, por haber intervenido en ellos de una manera inmediata y directa, ya que fue sorprendido sobre una pandereta del domicilio de la víctima, en la que existían signos de haberse violentado sus resguardo de existir desorden en el interior de la casa y por las especies que se encontraron en el patio del mismo domicilio y otras en un sitio erizado en donde saltó el acusado Vásquez, lo que unido a su fuga y resistencia a la detención hace concluir su accionar ilícito. En lo que se refiere a la misma participación el considerando sexto en su N° 6 reproduce la declaración de los funcionarios aprehensores que sorprendieron al encausado Vásquez sobre una pandereta de la casa del ofendido con las especies sustraídas en los lugares señalados procediendo éste a huir del lugar, siendo luego capturado por la policía, todo lo cual fue reafirmado por los dichos contestes de tres funcionarios y sus relatos aparecen como lógicos en consideración a la dinámica descrita. Se agrega el razonamiento séptimo de la sentencia impugnada, que los testimonios vertidos por los testigos de la Fiscalía le dan verosimilitud a sus dichos en el sentido que les correspondió intervenir en un procedimiento en que sorprendieron al imputado en un delito flagrante;

Quinto: Que de la manera antes expuesta aparece que el fallo impugnado estableció la participación y responsabilidad que le ha correspondido al acusado en el delito de robo investigado sobre la base de una prueba concreta y directa, la que valoró, como lo permite la ley, conforme a las reglas de la sana crítica y desde este punto de vista no hay ningún quebrantamiento al principio de inocencia que el acusado sostiene como vulnerado, ya que la parte acusadora mediante dichos antecedentes probatorios cumplió con su deber de demostrar la culpabilidad del encausado desvaneciendo de este modo dichos estado de inocencia:

Sexto: Que en torno a este mismo tema, no se observa una contradicción entre lo señalado y el motivo anterior y lo argumentado en la sentencia impugnada en el acápite segundo del considerando undécimo, en cuanto reprocha a la defensa el no haber otorgado al tribunal otros elementos que expliquen la presencia de Vásquez Ríos en el sitio del suceso, escudándose en su derecho a guardar silencio puesto que con dicha expresión se pone en evidencia la ausencia de actividad probatoria de esa parte para contradecir de algún modo las presunciones que lo incriminan, lo que corresponde al ejercicio propio del debate contradictorio en este tipo de juicios. De este modo la frase objetada, no constituye de manera alguna un quebranto al principio que se ha invocado, con lo cual el vicio denunciado no se ha producido;

Séptimo: Que en cuanto al segundo defecto, en este capítulo e nulidad, que se ha invocado, es la vulneración en que incurrió la sentencia atacada en contra del principio del debido proceso, específicamente porque dicho fallo no se ha basado en un proceso previo y legalmente tramitado, en lo relativo al resguardo del sitio del suceso y porque no se dejó constancia de los antecedentes relacionados con las especies sustraídas, por medio de fotografías lo que era obligatorio en las actuaciones de la investigación. Sin embargo, es del caso señalar, que de los antecedentes tenidos en el recurso no hay ningún elemento material que permita establecer el vicio que se denuncia. Tampoco se observa como es exigente en atención al motivo de invalidación invocado, que el recurrente hubiere reclamado de las irregularidades procesales que ha detectado con motivo del recurso, con lo cual no se ha dado cumplimiento con lo previsto en el artículo 377 del Código Procesal Penal, defectos que serían suficientes para desestimar en esta parte, el recurso de estudio.

Octavo: Que sin perjuicio de lo anterior es conveniente señalar que la causal de nulidad invocada exige que el vicio sea sustancial, es decir, que sea trascendente, de mucha importancia o gravedad de modo que el defecto haga ineficaz la garantía del debido proceso. En el presente caso, el fallo observa que la policía intervino en

una situación de delito flagrante en que se detuvo al imputado luego que éste se fugó desde una pandereta donde estaba trasladando las especies sustraídas que se encontraban en el suelo, las que fueron recuperadas y entregadas a la víctima, luego que ésta las reconociera como de su propiedad. Así se expuso en los N° 5 y 6 del motivo sexto del fallo en análisis. En estas condiciones, aun reconociendo que no se hubiere observado prolijamente los detalles procesales de la incautación de las especies y su verificación material, dichas posibles deficiencias en contradicción con la prueba verificada para demostrar la existencia del hecho punible, no tiene el carácter de sustanciales que permitan la nulidad del juicio y del fallo que se impugna;

Noveno: Que en cuanto al tercer reproche de infracción a garantías esenciales, se refiere el recurso a la vulneración del derecho que le consagra la ley al imputado de guardar silencio frente a la incriminación estatal y cuyo argumento de basa también en la expresión que se anota en el acápite segundo del considerado undécimo del fallo impugnado y que ya se invocó como justificativa del primer grupo de vicios. Al respecto, cabe también contradecir el sentido que le asigna el recurrente a dicha frase: “escudándose en su derecho a guardar silencio”, ya que dicho argumento se refiere sólo a la posibilidad de contradicción que le asistía la defensa del imputado frente a la prueba de cargos y, en caso alguno, se puede desprender que se le estuviera conminando a declarar contra su voluntad. De este modo en esta parte, tampoco se advierte un vicio de nulidad que autorice la invalidación del fallo, porque no aparece ninguna vulneración a lo previsto en los artículos 8 N° 2 letra g) del “Pacto de San José de Costa Rica” y 14 N° 3 letra g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;

Décimo: Que el segundo capítulo de nulidad intentando por el recurrente hace alusión absoluto de ineficacia a que se refiere la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, en relación a la letra c) del artículo 342 del mismo cuerpo de leyes. Se aduce al respecto, que la sentencia recurrida vulnera ciertas condiciones que debe cumplir toda resolución condenatoria. En primer lugar faltaría una exposición clara, lógica y completa del “núcleo fáctico” del caso, ya que en el considerado sexto se establecen ciertos hechos pero en ninguno de ellos se indica de qué manera el imputado Vásquez se apropió se cosa mueble, ni como ingresó mediante el escalamiento en el inmueble de la víctima, con lo cual se prescinde de uno de los elementos del tipo por el cual se le acusó. De otro lado, se denuncia que la sentencia aludida no hace una exposición clara, lógica y completa respecto de los elementos del delito de robo con fuerza en las cosas, como lo es la preexistencia de las cosas; el que éstas sean ajenas; la apropiación contra la voluntad

de su dueño; el ánimo de lucro; que la apropiación de verifique en un inmueble que sirva de habitación o esté destinado a ello y la fuerza en las cosas. En segundo lugar, el libelo en análisis denuncia que la sentencia impugnada ha omitido realizar una valoración lógica y plausible de los hechos que da por sentados, expresando que en los considerando octavo y décimo los falladores vulnerando toda lógica concluyeron más allá de toda duda razonable que se acreditó por la fiscalía la existencia de un delito de robo con fuerza, como así también que al acusado le correspondió una participación en calidad de autor sin que ninguna de las proposiciones fácticas comprendiera cuestiones básicas como: quien había sido la persona que mediante fuerza en las cosas habría fracturado los cierres del inmueble; quien había ingresado al interior del domicilio indicado y como el encartado habría procedido a sustraer las especies, vulnerando de este modo los artículos 297, 342 letra c) y 374 letra e) del Código Procesal Penal;

Undécimo: Que el artículo 376 del Código referido le entrega la competencia del recurso de nulidad que se fundare en la causal prevista en la letra a) del artículo 373 a la Corte Suprema, a quien también se le extiende su competencia, respecto de cualquier otro motivo cuando al menos uno de éstos fuere de su competencia y formularen en un solo recurso. De este modo, resulta de conocimiento de este tribunal la causal invocada en relación al artículo 374, ya que al mismo momento se dedujo por la misma parte igual nulidad sobre la base de la infracción sustancial de derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes;

Duodécimo: Que como se expuso, el motivo de nulidad forma que se invoca, radica en que el fallo impugnado no contiene una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas condiciones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, en relación al núcleo fáctico del caso y de los hechos que el fallo da por demostrado, en relación a ciertos aspectos de hecho relativos al tipo penal del robo y del modo como habría contribuido en su ejecución el imputado, con lo cual configuraría el motivo absoluto de nulidad que señala el artículo 374 letra e) del mismo cuerpo de leyes;

Decimotercero: Que en torno a los defectos formales que se denuncian, conviene precisar que el fallo impugnado dio por establecidos en su fundamentación sexta los siguientes hechos:

a) que el 19 de enero de 2.002, alrededor de las 05,45 horas en el inmueble ubicado en calle Estrecho de

Magallanes Nº 274 de la Población Santa Fe de Curicó, funcionarios de Carabineros concurren a dicho lugar porque se les indicó que se estaba perpetrando un robo;

b) que en dicho inmueble fueron sustraídas diversas especies que detalla y que fueron ubicadas en el patio del inmueble, una de ellas y el resto de las especies en el sitio eriazco colindante con aquel, las que le fueron devueltas al ofendido Enrique Muñoz Burgos, con excepción de un ventilador y ropa;

c) que para ingresar al inmueble se rompió un cerco de madera del cual sacaron cinco tablas; forzaron la puerta de un cobertizo, abriéndola en sentido contrario a sus bisagras; fracturaron una puerta que comunica con la cocina del inmueble desde su chapa hacia abajo; que el domicilio aludido de encontraba en completo desorden y con señales de que se había prendido fuego recientemente en su interior, todo lo cual fue constatado por los aprehensores y ofendido que declararon en la audiencia del juicio;

d) que se demostró que las especies eran de Enrique Muñoz Burgos y que le fueron sustraídas del lugar que le servía de morada a su propio familiar;

e) Que los mismos aprehensores sorprendieron a Víctor Manuel Vásquez Ríos sobre una pandereta que separa el inmueble de un sitio eriazco y próximo a saltar, siendo detenido, lego de una persecución por la policía que el hechos se dio a la fuga siendo posteriormente reducido por la fuerza;

Decimocuarto: Que los hechos antes expuestos fueron establecidos por la sentencia impugnada luego de analizar en forma libre las pruebas allegadas por las partes del juicio, conforme a las reglas de la lógica, de la experiencia y de los conocimientos científicamente afianzados, señalando dentro de aquellas probanzas, los testimonios de los funcionarios aprehensores y de la víctima, como se expresa en los motivos sexto y décimo del fallo en estudio, para luego concluir, en el considerando octavo, que los hechos asentados durante el juicio permiten establecer que la conducta atribuida al acusado se encuentra dentro de la figura penal del robo con fuerza en las cosas, de especies de propiedad de Enrique Muñoz Burgos, cometiendo en un lugar habitado, contenida en el artículo 440 Nº 1 del Código Penal, toda vez que existió apropiación de cosas corporales muebles ajenas, al ser extraídas de la esfera de resguardo de su dueño, las que se encontraban en la casa que le servía de residencia y que para lograr la apropiación se utilizó fuerza en las cosas, entendiéndose por tal las fracturas a que se ha hecho mención precedentemente y el escalamiento en los términos de

los hechos que se asentaron como comprobados en el proceso;

Decimoquinto: Que a su vez, en el fundamento 10º del fallo recurrido se tiene por acreditada la participación del acusado, en calidad de autor del hecho ilícito, conforme a los hechos que se indicaron en el motivo 6º, con excepción del numeral 4º, por existir antecedentes que conducen a esa convicción y del cual ha intervenido el imputado de una manera inmediata y directa, afirmación que se basó en la circunstancia de haber sido sorprendido, en horas de la madrugada, sobre una pandereta del domicilio de la víctima, con signos de haberse violentado sus resguardos y el lugar donde se encontraron las especies, lo cual no hace sino concluir su accionar ilícito;

Decimosexto: Que el artículo 36 del Código Procesal Penal señala que será obligación del tribunal fundamentar las resoluciones que dictare y en ellas se expresará sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que éstas se basaren. A su vez el artículo 342 del mismo cuerpo de leyes expresa que la sentencia definitiva deberá contener c) la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297 del referido código procesal penal. De las normas citadas aparece como imperativo esencial para la legitimación de la decisión de condena o absolción el deber de fundamentación que se exige para la sentencia definitiva en el juicio penal, de tal modo, que ella quede plasmada sobre la base de una ponderación sistemática, lógica y ordenada del análisis de la prueba rendida, los hechos que por esta se establecen y la valoración que de esos antecedentes arriba el sentenciador para concluir acerca de la existencia del hecho punible materia de la acusación y la participación que le ha correspondido el imputado, método valorativo que se relaciona con la norma del artículo 297 del cuerpo procesal citado, en cuanto ordena que toda fundamentación, acerca de la apreciación de la prueba debe conducir a la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia;

Décimo séptimo: Que conforme a lo expresado en el motivo anterior y de acuerdo con lo establecido en los considerandos décimo quinto y décimo sexto de este fallo, se tiene que llegar a la conclusión que la sentencia impugnada no ha quebrantado lo previsto en el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, puesto que sus argumentaciones hacen detallado raciocinio acerca de cómo se establecieron los hechos y circunstancias

materia de la acusación mediante una exposición clara, lógica y completa de dichos antecedentes y de la valoración de la prueba que son el fundamento de la conclusión de condena y sobre todo los de testimonios que aportó el Ministerio Público y que rindió en la audiencia respectiva;

Décimo octavo: Que en torno a la falta de fundamentación que advierte el recurso, en cuanto a la deficiente explicación acerca de los elementos del tipo penal, que constituye el antecedente jurídico de la acusación, la verdad es, que aparte que no es efectivo que exista tal defecto ese posible vicio podría estar relacionado con el requisito previsto en la letra d) del artículo 342 del Código Procesal Penal, omisión que no se ha denunciado en el presente recurso;

Décimo noveno: Que de lo expuesto en los motivos precedentes aparece que tampoco se ha producido el motivo absoluto de nulidad a que se refiere la letra e) del artículo 374 del aludido código. En verdad, lo que el recurso encuentra insuficiente en la sentencia, constituye sólo una discrepancia respecto de la forma como estableció los hechos el tribunal, de la manera como valoró la prueba rendida y, con ellas, la participación de autor que se atribuyó al imputado, diferencias que por supuesto no constituyen la causal invocada.

Por estas consideraciones y visto, lo dispuesto en los artículos 376, 377 y 384 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad deducido por la Defensoría Penal Pública, en representación del imputado Víctor Manuel Vásquez Ríos en contra de la sentencia de dieciocho de octubre pasado por el Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Curicó en la causa RIT 3- 2002 y que se transcribió a fojas 1 de estos antecedentes.

Regístrese y devuélvase.
Redactó el Ministro Señor Juica.
Rol N° 4.290-02

Santiago, veintinueve de octubre de dos mil dos.

Vistos:

En estos antecedentes RIT N° 4-2.002, del Tribunal del juicio oral en lo penal de Talca, el Ministerio Público dedujo acusación en contra de Fernando Antonio Mora Inzunza, solicitando se le aplique la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, mas las accesorias correspondientes, como autor del delito de robo con intimidación en la persona de Macarena Morales Zúñiga, cometido el 23 de diciembre de 2.001, en un local comercial ubicado en calle 9 oriente N° 1.117 de Talca.

Se desarrolló la audiencia pública de este juicio oral el 12 de agosto de 2.002 y luego del cierre del

debate, admitiendo el tribunal haber acordado sentencia condenatoria, se citó para su lectura para el 16 del mismo mes y año, en la cual el tribunal de los jueces Señoras Gretchen Demandes Wolf, María Isabel González Rodríguez y Señor Rodrigo Cerda San Martín decidieron sancionar al expresado imputado Mora a sufrir la pena de siete años y siete meses de presidio mayor en su grado mínimo, al pago de costas de la causa y las accesorias pertinentes, como autor del delito de robo antes indicado. No se le concedió ninguno de los beneficios contemplados en la ley 18.216.

En contra de la aludida sentencia el defensor público don Joaquín García Reveco, por el imputado, interpuso recurso de nulidad, basado en las causales de las letras a) y b) del artículo 373 del Código Procesal Penal. La primera de ellas, porque sostiene que durante la tramitación del procedimiento no se respetaron las garantías del debido proceso que asegura el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República. Por el segundo motivo de invalidación, se aduce que ha habido una errónea aplicación del derecho en cuanto el fallo, consideró, en perjuicio del encausado, la agravante prevista en el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal. Vencido el plazo previsto en el artículo 382 del Código Procesal aludido y desestimándose una solicitud de inadmisibilidad promovida por el Ministerio Público, se fijó por este tribunal la audiencia pública para el 15 de octubre en curso, día en el cual se verificó la vista de la causa, con la intervención del abogado recurrente y también el del organismo antes indicado.

Concluido el debate, el asunto quedó en acuerdo y se citó a los intervinientes para la lectura del fallo para el día 29 de octubre del presente año, a las 12:00 horas.

Considerando:

Primero: Que la primera causal de nulidad invocada en el recurso en estudio se basa en la infracción sustancial de derechos o garantías asegurados por la Constitución que advierte en la tramitación del juicio, con lo cual se ha vulnerado por la sentencia impugnada el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental, en cuanto ordena que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un progreso legalmente tramitado, correspondiéndole al legislador establecer las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos y cuyo contenido, se afirma en principios elementales como la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, a la igualdad procesal, la existencia de un tribunal imparcial independiente. Se agrega, que les corresponde respetar esta garantía, no sólo la los intervinientes, sino también a otros organismos como la policía, según lo establece el artículo 7° del Código Procesal Penal, norma que se encuentra en armonía con los preceptos de los artículos 5 y 6 de la Constitución Política de la República. En este contexto, se afirma que en la tramitación del juicio, y en

la investigación que la precedió, se vulneró este derecho en diversas formas, como se explicará:

Segundo: Que el primer vicio que se denuncia, en torno a esta causal de invalidación, es el de haberse obtenido evidencia que lo incrimina, vulnerando la garantía constitucional de asegurarle una investigación y procedimientos racionales y justos, prueba que luego se incorporó al juicio oral, conculcando normas expresas del Código Procesal Penal, como son los artículos 83 letra c) y 187 que disponen la forma como debe efectuarse una incautación, registro y conservación de los instrumentos que parecieren haber estado destinados a la comisión de un delito omitiéndose actuaciones de la Investigación, como el no haberse cerrado el sitio del suceso, no haberse fijado, identificado y conservado, bajo sello, los objetos documentos e instrumentos recogidos y porque no se clausuró el sitio del suceso;

Tercero: Que el segundo defecto que constituiría, según el recurrente, la causal de nulidad invocada es la de haberse obtenido la evidencia material sin que ésta haya recibido el tratamiento que dispone la ley. Se expresa, que el arma que sirvió como elemento para justificar la intimidación en el delito de robo, materia de la investigación, se encontró dentro de una mochila, la que fue sacada desde ese lugar por un carabenero, quien la manipuló y entregó luego a su superior a fin del incorporarla al juicio, sin observar la cadena de custodia, vulnerando de este modo, lo dispuesto en los artículos 259 letra f) y 227 letra e) del Código Procesal Penal, vicio que le provocó un menoscabo a su defensa, ya que le impidió solicitar pruebas en relación a dicha evidencia;

Cuarto: Que, como último reproche, en relación a la nulidad alegada, conforme a la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, consistiría en la irregularidad que también se produjo con respecto al reconocimiento que la víctima efectuó respecto del imputado, sin cumplir con aspectos básicos; como sería la orden previa del Fiscal ya que sólo se efectuó por iniciativa de Carabineros y sin incluir en el reconocimiento, a otros individuos, para dicha confrontación;

Quinto: Que, como se desprende de lo resumido en los considerandos precedentes, los vicios que se denuncian como justificativos de la causal de nulidad invocada por el imputado, se relacionan únicamente con la forma, irregular, como se habría verificado la incautación del arma de fuego que la policía encontró en un bolso que portaba éste al momento de su detención y porque la víctima habría efectuado un reconocimiento de su agresor, también en forma anómala. En consecuencia, se trata de gestiones practicadas por la policía en la etapa de la investigación en este procedimiento y cuya irregularidad atentaría con el principio de racionalidad y justicia que serían básicos para asegurar el derecho al debido proceso que refiere el artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución Política de

la República que establece que: "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos". Esta norma, que impone como derecho fundamental el principio del debido proceso, condiciona la legitimidad de la decisión jurisdiccional, en primer término a la existencia de un órgano dotado de la facultad de conocer y juzgar una causa civil o criminal, en los términos del artículo 73 de la Constitución Política y, en seguida; que la sentencia sea la consecuencia de un proceso previo que en el sentir del constituyente, esté asegurado por reglas formales que conformen un, racional y justo procedimiento cuya regulación deberá verificarse a través de la ley, que contemple como elementos mínimos de validez: "permitir el oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de la prueba que correspondiere" (sesión 103, páginas 16 y 17 Actas Oficiales de la Comisión Constituyente). A lo anterior la historia del precepto enfatiza también la existencia de alzada tribunal de alzada que pudiera conocer de un recurso intentado por el agraviado en contra de dicha sentencia. En el texto original, esta norma constitucional, estaba referida inicialmente al proceso jurisdiccional, o sea, al debate en el conocimiento y juzgamiento de la cuestión controvertida y que se agota dentro de las etapas de un proceso legal, que en el caso del nuevo Código Procesal Penal está relacionada con las audiencias practicadas ante el Juzgado Garantía o ante el tribunal de juicio oral en lo penal, por lo que fue necesario modificar el texto constitucional, por medio de la ley 19.519, que lo modificó en el siguiente sentido "un procedimiento y una investigación racionales y justos", con lo cual, la garantía se amplió también a los actos de instrucción de la policía y del Ministerio Público, referidos a la etapa de investigación en el nuevo procedimiento criminal. De este modo, no hay duda que el concepto del proceso previo legalmente tramitado, incluye también a las actuaciones que deban practicar dichos sujetos procesales y el apartamiento de las normas de actuación por parte de éstos, puede, según se produzcan de manera irregular o incompleta, afectar garantías procesales del imputado que conduzcan a su ineficacia, en cuanto por su importancia, se puede llegar a legitimar la prueba de un hecho sobre la base de evidencia inidónea o ilegítima.

Sexto: Que la sentencia impugnada, en torno al delito de robo materia de la acusación, estimó acreditados los siguientes hechos, según el análisis de las pruebas alegadas por el Ministerio Público al juicio:

Que el 23 de diciembre de 2.001, alrededor de las 15.30 horas, en el establecimiento "Todo al Costo", ubicado en calle 9 oriente N° 1.117, dos sujetos ingresaron al local comercial, en los momentos que la dependiente Macarena Morales Zúñiga se encontraba

sola a cargo del negocio y uno de aquellos amenazó a ésta con una pistola negra y le exigió la entrega de las llaves de la caja de pago, de la que extrajo una cantidad indeterminada de dinero, luego los hechores huyeron por calle 1ª Sur al oriente, por lo que fueron seguidos por un testigo del asalto, siendo uno de ellos detenido por Carabineros en la calle 11 Oriente con 1 Sur.

Séptimo: Que los aludidos hechos fueron establecidos por el tribunal colegiado, con los testimonios de la dependiente Macarena Morales, del testigo presencial de los hechos, Christian Alejandro González Galmes, que siguió a los sospechosos dando las indicaciones precisas de éstos a la policía, y por los dichos de los funcionarios aprehensores Manuel Crosman Cabeza Orellana y Luis Criando Palma Corvalán, además del indicio representativo de la pistola FAMA modelo FN750, calibre 9 milímetros, semiautomática, que fue encontrada en la mochila que portaba el detenido e incautada por dichos carabineros y reconocida por la víctima en la audiencia respectiva; se aceptó, como convención probatoria, que el acusado fue detenido aproximadamente a las 15.35 horas del día del suceso, es decir, cinco minutos después de la comisión del hecho punible (considerandos 4° y 6°)

Octavo: Que en relación a los vicios que se denuncian como constitutivos de la infracción la garantía constitucional invocada, alegados en la audiencia pública, el fallo impugnado desestimó las argumentaciones de la defensa. Así, en cuanto a la manera irregular como se efectuó el reconocimiento del acusado por la dependiente del negocio en el interior del radiopatrullas, se argumenta que si bien ese acto no resulta procesalmente óptimo, ello no afectó las normas del debido proceso, ya que dicho reconocimiento se produjo dada la cercanía física que existió entre la víctima y el imputado al momento del robo y el breve tiempo transcurrido entre ese hecho y la captura de ese individuo, sin perjuicio que en la audiencia volvió a reconocerlo, por lo que el elemento de convicción que pondera el tribunal es la testimonial de la víctima y no una actuación de investigación que no constituye prueba. Y en cuanto, a que no se respetó la cadena de custodia del arma incautada, se rechazó por el tribunal cualquiera nulidad. Señala el fallo que esa cadena de custodia constituye un mecanismo de resguardo en la preservación e integridad de la evidencia recogida por la policía, siendo el responsable de la especie el Ministerio Público y, en el caso, la única inadvertencia que se observa consiste en que los funcionarios policiales no se percataron inicialmente de la existencia de la pistola en el interior de la mochila y, cuando se ubicó dicha arma, a partir de ese momento existió total regularidad en su manejo;

Noveno: Que el artículo 373 del Código Procesal Penal dispone que 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". Esta sanción procesal, constituye una solución de ineficacia de los actos procesales que se han verificado sin cumplir con aquellas formalidades que aseguran el cumplimiento del principio constitucional que obliga al legislador a regular un procedimiento o investigación racionales y justos. Sin embargo, por la trascendencia de la sanción la ley establece la exigencia que la infracción reclamada sea sustancial, es decir, que sea trascendente, de mucha importancia o gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvablemente ineficaz frente al derecho constitucional del debido proceso. En el presente caso, como ya se observó en las consideraciones precedentes, se trata de un robo con intimidación con uso de arma de fuego, en el cual los hechores fueron observados, aparte de la víctima, por otro testigo y cuando aquellos huyeron fueron seguidos por éste, quien dio cuenta de su presencia a Carabineros y luego de detallar sus características, se produjo la detención de uno de ellos, el que correspondía claramente a la descripción dada por dicho testigo. Luego en la mochila que portaba el imputado se encontró la pistola que fue reconocida como el arma usada en el delito. En estas condiciones, aun aceptando, lo que no está demostrado por quien recurre, que no se observó prolijamente los detalles procesales de la incautación del arma, su cadena de custodia y con el reconocimiento que hizo la víctima respecto del detenido en este procedimiento, el que por lo demás corresponde claramente al de un delito flagrante, lo cierto es que esas probables deficiencias no tienen el carácter de sustanciales que permita a este tribunal disponer la nulidad del juicio y, consecuentemente, de la sentencia en contra de la cual se recurre;

Décimo: que en este predicamento resulta que no se aprecia, una infracción sustancial de los artículos 83 letra c), 187, 259 letra f) y 277 letra e) del Código Procesal Penal. Puesto que el primero de ellos contiene una serie de diligencias que la policía puede hacer de propia iniciativa y sin previa orden, dentro de las cuales está la de resguardar el sitio del suceso y de recoger, identificar y conservar bajo sello los objetos que parecieren haber servido a la comisión del hecho investigado, dejando constancia en el registro, de la individualización de los funcionarios policiales. Esta norma, como se infiere de su tenor, sólo da pautas de actuación a la policía y, por lo tanto, son actos anteriores a la verdadera persecución penal encargada al Ministerio Público, quien deberá discernir si estos antecedentes son necesarios para los fines de la instrucción o pueden ser finalmente utilizados como medios de prueba. En cuanto a lo previsto en el artículo 187 que regula el procedimiento de investigación, el

destino de los objetos, documentos o instrumentos antes referidos y que obliga a que sean recogidos, identificados y conservados bajo sello y que si se encontraren en poder del Imputado deben ser incautados, pasos que en general según la sentencia recurrida se cumplieron. La objeción se reduce a que no se dejó constancia que el arma fue encontrada pasado un tiempo de haberse incautado la mochila que portaba el imputado y que luego de haberse detectado por un policía, éste se la entregó a su superior, quien procedió a recogerla y anotándola en un papel adherido a la bolsa, en que se introdujo, con lo cual no se habría cumplido a cabalidad con su cadena de custodia, detalles advertidos por el fallo pero que como se señaló tendrían el carácter de defectos no esenciales, que según lo previsto por el artículo del código aludido, no causan la nulidad reclamada ya que esos defectos por si solos, no pueden influir en la pena resolutive de la sentencia impugnada, por lo que esta causal de nulidad deberá ser desestimada. En cuanto a las restantes normas que regulan la acusación y el auto de apertura del juicio oral, la verdad es que en lo primero no se demostró que se hubiese reclamado de ese defecto, conforme lo señala el artículo 263 letra a) del Código Procesal Penal, con lo cual quedó. habilitado el tribunal para dictar, como lo hizo, auto de apertura consecuente;

Undécimo: Que el segundo motivo de invalidación sustancial que se invocó en el recurso, se hace consistir en el error de derecho que se habría cometido en el fallo al agravar la responsabilidad del

imputado con la circunstancia prevista en el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, al estimar que en el hecho actuaron dos malhechores, cuando sólo resultó acusado y condenado una persona. Al respecto, es necesario considerar que el recurrente, fue sancionado como autor del delito de robo con intimidación, a siete años y siete meses de presidio mayor en su grado mínimo. La extensión de la pena para este delito, según el artículo 436 del código aludido, es de presidio mayor en sus grados mínimo a máximo, por lo que en el hecho a causa de un error que lo ha favorecido, se le ha impuesto al imputado la sanción en su grado mínimo, de tal modo, que el vicio invocado, de ser efectivo no influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo atacado, ya que no considerando la agravante reclamada, igualmente, pudo aplicarse la pena a la que fue finalmente condenado.

Por estas consideraciones y visto, lo dispuesto en los artículos 358, 360, 372, 373, 376 y 384 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad interpuesto a fojas 13, por el defensor público don Joaquín García Reveco en representación del imputado Fernando Antonio Mora Inzunza en contra de la sentencia del tribunal del juicio oral en lo penal de Talca, de dieciséis de agosto pasado, que se lee a fojas 1 de estos antecedentes.

Regístrese y devuélvase.
Redactó el Ministro Señor Juica.
N° 3.319-02

III. ARTICULOS

1. *Elaboración de un plan de negocio*

2.



INFORME EN DERECHO.
DEL DEBATE SOBRE LA LICITUD DE LA PRUEBA Y SU EXCLUSIÓN POR PARTE DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL Y PROCEDENCIA LEGAL DE CONSIGNAR EN LA SENTENCIA DE JUICIO ORAL LAS DECISIONES RELEVANTES ADOPTADAS EN LA AUDIENCIA.

*Raúl Tavolari Oliveros
Profesor de Derecho Procesal
Universidad de Chile*

El Señor Fiscal Nacional del Ministerio Público Don Guillermo Piedrabuena Richard ha tenido a bien solicitar mi opinión – en Derecho - en torno a si:

- 1) *¿ Es posible, o no, que el tribunal del juicio oral no acepte algunas de las pruebas admitidas en el auto de apertura del juicio oral y si puede revivirse el debate acerca de su procedencia o licitud en el tribunal del juicio oral?*
- 2) *¿Puede el tribunal de juicio oral, dejar de consignar en su sentencia, decisiones relevantes para la resolución del asunto principal adoptadas en la audiencia?*

I) CONSULTA PRIMERA

- 1) *¿ Es posible, o no, que el tribunal del juicio oral no acepte algunas de las pruebas admitidas en el auto de apertura del juicio oral y si puede revivirse el debate acerca de su procedencia o licitud en el tribunal del juicio oral?"*

a) Prueba y audiencia de preparación del juicio oral

La adecuada respuesta a la interrogante impone, necesariamente, establecer que en el sistema del Código Procesal Penal, la proposición de la prueba que se desea rendir en el juicio oral, debe verificarse por los intervinientes en los actos de postulación o, como los denomina el antiguo Código de Procedimiento Penal, en los escritos fundamentales del plenario, (art 71 No. 1) vale decir, el fiscal del ministerio público, en su acusación, (art 259 letra f); el querellante, en su adhesión a la acusación del anterior o en la propia (art 261 letra c) y, por último, el acusado, por escrito hasta la víspera o, verbalmente, al inicio de la audiencia de preparación, (art. 263 letra c).

Por esta vía, se abre camino una de las principales finalidades de la audiencia de preparación del juicio oral, a saber, la probatoria que, como sabemos, conlleva el debate acerca de la procedencia de la prueba (art 272 “ Debate acerca de las pruebas ofrecidas por las partes...” y art 276 “ exclusión de pruebas para el juicio oral”) la opción de celebrar contratos o acuerdos encaminados a restar a determinados hechos su carácter controvertido (art 275 “ convenciones probatorias”) y la excepcional posibilidad de la producción de la denominada “prueba anticipada” (art 280). Lo cierto es que si, conforme a lo señalado por el art 272, durante la audiencia de preparación del juicio oral, cada parte puede formular “ *las solicitudes, observaciones y planteamientos que estimare relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por las demás, para los fines previstos en los incisos segundo y tercero del artículo 276*” esta norma faculta al juez de garantía, para excluir, esto es, para resolver que NO se rendirán en el juicio oral:

- a) Las pruebas manifiestamente impertinentes; (276 inc.1)
- b) Las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios (276 inc.1)
- c) Las que provinieren de actuaciones o diligencias declaradas nulas (276 inc 3) y
- d) Las que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. (276 inc.3)

Todavía, el juez de garantía podrá disponer que el interviniente que corresponda reduzca el número de testigos y documentos ofrecidos, si estimare que su aceptación, en los términos propuestos, produciría efectos puramente dilatorios en el proceso. (art 276 inc.2).

En consecuencia, conforme a lo que dispone la ley, compete al juez de garantía, determinar en el auto de apertura del juicio oral, la prueba que los intervinientes podrán producir o rendir en el juicio oral; aquella que, a pesar de haberla ofrecido, oportunamente, NO podrán rendir en tal juicio y, por último, aquella que, por excesiva o perseguir fines dilatorios, se limitará en su producción.

a.1) ¿Cómo expresa su decisión respecto de estos puntos, el juez de garantía?

La decisión del juez de garantía se contendrá en una resolución, que según se conoce, toma el nombre legal de “ auto de apertura del juicio oral” (art 277) que dictará al término de la audiencia y en el que – entre otras menciones – consignará “ las pruebas que deberán rendirse en el juicio oral de acuerdo a lo previsto en el artículo anterior (el citado 276)...”(art 277 letra e).

A riesgo de aparecer afirmando una obviedad, deseo insistir en que la decisión del juez se contiene, conforme al citado artículo 277, en una resolución judicial, con todo lo que ello representa en cuanto a características y a consecuencias jurídicas.

a.2) Impugnación del auto de apertura del juicio oral.

El mismo artículo 277 concluye señalando que “ el auto de apertura del juicio oral **sólo será susceptible del recurso de apelación**,⁽¹¹⁾ cuando lo interpusiere el ministerio público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente. Este recurso será concedido en ambos efectos. Lo dispuestos en este inciso se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dicte en el juicio oral, conforme a las reglas generales.”

a.3) Historia fidedigna del establecimiento del artículo 277.

a) En el Proyecto presentado por el Poder Ejecutivo, se sostenía, en el entonces artículo 358, que el auto de apertura del juicio oral indicaría “ las pruebas que deberán rendirse en la audiencia oral” (letra d) y luego se agregaba:

“Para los efectos de lo dispuesto en la letra d), el juez de control de la instrucción admitirá las pruebas ofrecidas por las partes, salvo aquellas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas, aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, las manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios y todas aquellas que hubieren sido solicitadas con fines puramente dilatorios”

El artículo concluía con la siguiente oración final:

“El auto de apertura del juicio oral no será susceptible de recurso alguno.”

b) Informando, lo que en su texto resultó ser el artículo 341, y que se aprobó con la misma redacción del Proyecto, la Comisión de Constitución Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, expone que “...el artículo 341 indica el contenido del auto de apertura del juicio oral, que el juez de control debe dictar al término de la audiencia, el que no es susceptible de recurso alguno...”⁽¹²⁾

c) En el Senado, en cambio, la materia se trató con mayor profundidad y se resolvió innovar porque, como afirmó la Comisión correspondiente de esa rama del Parlamento:

“ 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 significar dejar a una de las partes en la indefensión

¹¹ Énfasis agregado.

¹² Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Historia de la Ley No. 1 Nuevo Código Procesal Penal (Boletín 1630-07) Primer Trámite Constitucional Tomo II. Public. oficial. Redacc. de sesiones.pág. 338

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 [la Comisión] 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, acordó establecer un recurso a favor sólo del fiscal para apelar ante la Corte de Apelaciones contra el rechazo de pruebas que provengan de diligencias declaradas nulas o hayan sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. De esta forma se evita que el tribunal oral tome conocimiento de estas pruebas y se forme un juicio con elementos que no podrá después valorar. El recurso se concede en ambos efectos. Lo anterior no obsta a que las partes deduzcan por esta causa el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva dictada en el juicio oral, si ello procediere de acuerdo a las reglas generales...”

Conclusivamente, entonces, corresponde convenir en que dictar el auto de apertura del juicio oral, constituye una materia de competencia exclusiva y excluyente del juez de garantía respectivo.

b) Tribunales de Juicio Oral y jueces de garantía.

De cara a su organización, dependencia y funcionamiento, los tribunales chilenos pueden ser clasificados, con respaldo en la ley, en tribunales Ordinarios y Especiales. Corroborándolo, el inciso segundo del artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales - tras las modificaciones introducidas por las Leyes 19.665 y 19.708 – reza así:

“Integran el Poder Judicial, como tribunales ordinarios de justicia, ⁽¹³⁾ la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones, los Presidentes y Ministros de Cortes, los tribunales de juicio oral en lo penal, los juzgados de letras y los juzgados de garantía.”

A los tribunales especiales, en cambio, se refiere el inciso 3° de la misma norma.

El sistema de la estructura judicial prevista para la aplicación del nuevo Código Procesal Penal, introduce modalidades de funcionamiento judicial hasta ahora completamente desconocidas en el Derecho nacional: basta pensar en la alteración radical de las prácticas de organización que significa el entregar, en instancia única, el conocimiento de los asuntos penales a tribunales colegiados.

Este cambio tiene enorme trascendencia pero – corresponde destacar, desde luego, - quizás la dificultad mayor que su aceptación ha enfrentado, ha emanado de la propia cultura judicial: es que, como sabemos, de siempre en Chile, la colegialidad tribunalicia se ha asociado a mayor jerarquía en la Organización Jurisdiccional, al amparo de ser colegiados, las Cortes de Apelaciones, las Cortes Marciales, las antiguas Cortes del Trabajo y, ni qué decir, la Corte Suprema.-

Ayuda, en ese sentido, la circunstancia, de que el artículo 48 No. 2 letra c) de la Constitución Política de la República disponga que la Cámara de Diputados puede acusar a los magistrados de los “tribunales superiores de justicia” y que el artículo 49 No. 3 de la misma Carta disponga que es atribución exclusiva del Senado, “conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia”, toda vez que ambas referencias están efectuadas a tribunales colegiados, esto es, a las mismas Cortes mencionadas en el párrafo que antecede.

Fácilmente, entonces, se explica ese mecanismo psicológico, que asocia la colegiatura judicial con la condición de “tribunal superior” y no puede entonces sorprender que, existiendo un sólo tribunal colegiado que no forme parte de los superiores, la convicción generalizada no repare en esta situación de excepción.

¹³ La condición de “tribunales ordinarios”, usualmente empleada en la legislación, carece, sin embargo, de definición: me ha parecido siempre que la de Mario Casarino V es la que mejor se ajusta a la realidad de los hechos. Casarino afirma que “...tribunales ordinarios son aquellos que se encuentran establecidos en el Código Orgánico de Tribunales y que llevan consigo la idea de subordinación del inferior con respecto al superior..” Cfr : “ Manual de Derecho Procesal” t.I Edit Jurídica de Chile. Stgo. 1970. pág 82.

La cuestión, que parece superflua (se trata del status que le confieren los propios miembros del Poder Judicial a los tribunales colegiados, incluyendo a quienes forman parte de los tribunales de juicio oral en lo penal) tiene, de tarde en tarde, trascendencia que excede del ámbito de lo anecdótico o meramente subjetivo. Desde luego repárese en el manifiesto mayor interés que se observó entre los jueces del sistema antiguo y de los funcionarios judiciales en general, para postular a los cargos de estos tribunales colegiados, por sobre el que existió para postularse a los de juez de garantía.

Es que, nadie que conozca el funcionamiento interno del sistema, deja de advertir que entre los jueces de estos tribunales de juicio oral existe una indisimulada y plausible satisfacción por formar parte de estos tribunales colegiados a los que ellos - y el propio entorno judicial - confieren una jerarquía determinada que, en lo que interesa es, a lo menos, superior a la de los jueces de garantía.

La pregunta que surge es si, efectivamente, los jueces de los tribunales de juicio oral tienen una ubicación de mayor jerarquía en el Escalafón Judicial, cuestión que se contesta negativamente a la luz de lo previsto en el artículo 267 del Código Orgánico de Tribunales que, como se sabe, indica que en la Tercera Categoría del Escalafón Primario figuran "...los jueces de tribunales de juicio oral en lo penal de ciudad asiento de Corte de Apelaciones, los jueces letrados de juzgados de ciudad asiento de Corte de Apelaciones, jueces de juzgados de garantía de ciudad asiento de Corte de Apelaciones...etc"; en la Cuarta, a los jueces de una y otra condición, que lo sean de ciudad asiento de capital de provincia y, en la Quinta, a los de comuna o agrupación de comunas.

Así las cosas, la primera conclusión a que cabe arribar, es que ni los tribunales de juicio oral en lo penal ni quienes en ellos sirven como jueces, son superiores jerárquicos de los jueces de garantía.

c) De la modificación de las resoluciones judiciales.

Las resoluciones judiciales pueden modificarse como consecuencia de haber sido impugnadas o como resultado de la espontánea iniciativa del tribunal que la pronunció y, todavía, en el primer caso, la actividad impugnadora pudo verificarse ante el mismo juez o tribunal que la dictara o ante otro y, en consecuencia, la modificación será obra de uno u otro tribunal.

En el ámbito de lo administrativo, se reconoce a los órganos, lo que se puede denominar **un poder o facultad de retracto**, que permite a la autoridad, de oficio o a petición de parte, volver sobre sus propios actos y un **poder jerárquico revocatorio**, que es el que le permite modificar los actos o decisiones de quienes sean sus subordinados jerárquicos.

Así resulta del artículo 9 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado que dispone que

" Los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley. Se podrá siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo y, cuando proceda, el recurso jerárquico ante el superior correspondiente..."

La cuestión es semejante en materias jurisdiccionales, terreno en el que, conforme a una antigua doctrina española, se distingue entre remedios y recursos ⁽¹⁴⁾ o recursos horizontales y verticales, para determinar así, si la impugnación tiene lugar ante el tribunal que dictó la resolución (remedio o recurso horizontal, p.ej: reposición) o, por el contrario, cómo es la regla general, ante el superior jerárquico (recurso o recurso vertical, según corresponda; p.ej: apelación)

De allí que el artículo 110 del mismo Código Orgánico de Tribunales disponga que "...una vez fijada con arreglo a la ley la competencia de un juez inferior para conocer en primera instancia de un determinado asunto, queda igualmente fijada la del tribunal superior que debe conocer del mismo asunto en segunda instancia" ..

d) La impugnación de resoluciones en el Código Procesal Penal.

¹⁴ Ésta es quizás – apunta Hitters – una de las clasificaciones más utilizadas por los procesalistas y, tal vez, la que mayor confusión ha creado en la materia...Cfr Juan Carlos Hitters: "Técnica de los Recursos ordinarios" Lib Edit Platense SRL (1ª.reimp.) 1988 La Plata pág. 50.

Para determinar la vía y características de las impugnaciones de que pueden ser objeto las resoluciones judiciales que se pronuncien al amparo de las normas de este Código, es preciso distinguir su origen. Así, uno será, en principio el régimen de impugnación de las resoluciones dictadas por el juez de garantía y otro, el de las que emitan los tribunales de juicio oral en lo penal.

Con el afán de circunscribir este análisis, exclusivamente a la materia que es objeto de la consulta, recuerdo que el recurso de **reposición**, regulado en los artículos 362 y 363, puede deducirse en contra de sentencias interlocutorias, autos y decretos dictados, tanto por los jueces de garantía, como por los tribunales de juicio oral en lo penal.

La **apelación**, por su parte, es, en general, un recurso que sólo procede en contra de resoluciones del juez de garantía, como se desprende del artículo 364, que declara que son “inapelables las resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral en lo penal”

Finalmente, el recurso de **nulidad** es un camino para impugnar sentencias definitivas, lo que, en el caso del juez de garantía, se reduce al procedimiento simplificado, conforme a lo señalado en el art. 399 del Código Procesal Penal.

En primera síntesis, entonces, puede afirmarse que las resoluciones de los jueces de garantía se impugnan por recursos y, concretamente, por reposición, apelación y, excepcionalmente, nulidad. De éstos, conoce el mismo tribunal (reposición), la Corte de Apelaciones respectiva (apelación y nulidad) y, excepcionalmente, conforme al artículo 376, la Corte Suprema (nulidad).

e) La competencia del tribunal de juicio oral en lo penal.

Nunca resulta excesivo volver a destacar el régimen de estricta legalidad a la que se sujeta el tema de la competencia de los tribunales, legalidad reforzada por lo prevenido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República y, en especial, por el artículo 108 del Código Orgánico de Tribunales, conforme al cual, la competencia es la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones, norma que, según se ha comentado desde antiguo, en versión que se atribuye a Urrutia Salas, se comprende y aplica mejor, cuando sus términos se invierten, para destacar que la competencia representa las atribuciones conferidas a los tribunales para conocer de determinados negocios que la ley les encomienda.

Como sea, por la indiscutida militancia de este terreno - atribuciones de los Tribunales de Justicia - en el campo del derecho público, es fácil concluir que no pueden estos órganos públicos asumir otras atribuciones que aquellas que expresamente se les han conferido por ley.

Así, tratándose de tribunales de juicio oral en lo penal, el artículo 18 del Código Orgánico de Tribunales, les confía la siguiente competencia:

- a) conocer y juzgar las causas por crimen o simple delito
- b) resolver todos los incidentes que se promuevan durante el juicio oral y
- c) conocer y resolver los demás asuntos que la ley procesal penal les encomiende.

De este simple enunciado, puede desprenderse una inequívoca conclusión: el Ordenamiento procesal penal no consagra recurso alguno que pudiese permitir a los jueces de tribunal de juicio oral, conocer de la impugnación de resoluciones dictadas por cualesquiera otro tribunal, en general, ni de la impugnación de las decisiones de los jueces de garantía, en particular.

f) Atribuciones disciplinarias del tribunal de juicio oral en lo penal.

Como todo tribunal, el de juicio oral en lo penal, tiene las atribuciones disciplinarias que le reconoce el artículo 3 del Código Orgánico de Tribunales, ejerciendo las cuales, conforme al art 532 del mismo Código, le corresponde, inmediateamente, mantener la disciplina judicial en toda la extensión del territorio sujeto a su autoridad, haciendo observar las leyes relativas a la administración de justicia y los deberes de los empleados de secretaría y demás personas que ejercen funciones concernientes a ella. Y – en consecuencia – deberá(n) vigilar la conducta ministerial de todas las

personas que ejercen funciones concernientes a la administración de justicia y que se hallan sujetas a su autoridad...” (art 532 inc. 1 y 2 C.O. de T)

Por lo que se anticipara, es manifiesto que los jueces de garantía NO se encuentran sometidos a la autoridad de los tribunales de juicio oral en lo penal, que no son sus superiores jerárquicos, razonamiento que lleva además, a confirmar que éstos tampoco pueden, por vía disciplinaria,⁽¹⁵⁾ modificar las decisiones de los jueces de garantía.

g) ¿Es impugnabile el auto de apertura del juicio oral?

Bajo esta interrogante, me pregunto si alguna de las varias menciones del auto de apertura del juicio oral – o todas ellas, o su pronunciamiento mismo – pueden ser objeto de impugnación, recurso o por otras de las muchas vías por las que se atacan las resoluciones judiciales⁽¹⁶⁾.

Como se anticipó, la respuesta la confiere el mismo texto legal, circunscribiendo la posibilidad de impugnación a dos alternativas temporales:

- a) Una inmediata y
- b) Otra tardía.

Lo que he denominado la posibilidad de impugnación “ inmediata”, está representada por la expresa posibilidad que se confiere, en el Código Procesal Penal, al Ministerio Público, para apelar de la decisión del juez de garantía que haya rechazado una prueba que pretendía producir en el juicio oral, bajo el fundamento de provenir de actuaciones o diligencias declaradas nulas o de haber sido obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales, esto es, de tratarse de una prueba ilícita.

Por no corresponder al tema consultado, no abundo en las razones de esta importante limitación impugnativa que, por lo demás, ya se avizoran en el debate de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado que se transcribió:⁽¹⁷⁾ por ahora, empero, la destaco, en cuanto representa una modalidad poco común en el ordenamiento procedimental nacional. Sólo un interviniente – en los términos del Código -, un litigante, diríamos de modo más genérico, tiene reconocida la aptitud legal para alzarse en contra de la decisión del juez de garantía que, en consecuencia, deviene en firme o ejecutoriada, a falta de tal impugnación, cuestión extremadamente relevante para el análisis posterior...

Materia distinta es que el legislador, teniendo presente la posibilidad de error o, simplemente, de criterios jurídicos diferentes, permita una modalidad impugnadora posterior, (la que denominé “tardía”) no del auto de apertura del juicio oral mismo, sino de los efectos que, del criterio contenido en dicho auto, se hayan producido en la sentencia dictada en el juicio oral.

Éste es el sentido del inciso final del art. 277 conforme al cual “...lo dispuesto en este inciso [*que el auto sólo es apelable por el fiscal*] se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales...”, de donde resulta que los restantes intervinientes podrán impetrar la nulidad de la sentencia que en el juicio se dicte cuando, conforme a lo ocurrido en el auto de apertura del juicio oral, estimen que la sentencia agravante que se haya pronunciado, es fruto de un vicio del auto, que constituye alguna de las causales de procedencia de la nulidad, consagradas en los artículos 373 y 374 del Código.⁽¹⁸⁾

¹⁵ La posibilidad que un tribunal o cualquier otro órgano, modifique, por vía disciplinaria la decisión jurisdiccional de otro tribunal parece inaceptable: Lo es, en toda la experiencia comparada: en Chile, sabemos, hemos degenerado el recurso de queja, con tanta fuerza, que hasta la Constitución Política estima normal que estas modificaciones acontezcan (véase al efecto, el lamentable inciso 2º, del art. 79) pero, a lo menos, sólo en relación a los **tribunales Superiores de Justicia**

¹⁶ Cfr al efecto mi “Teoría General de la Impugnación” en “Comentarios Procesales” Edeval, Valpso. 1992.

¹⁷ Vid supra letra...

¹⁸ Se disipa, así, el temor que se expusiera en el Congreso, en torno a que un litigante pudiese quedar en la indefensión: si verificado el juicio y pronunciada la sentencia, aparece que las omisiones del auto tuvieron efectiva incidencia en el contenido del fallo, podrá pedirse la correspondiente nulidad, lo que corresponde a la filosofía que inspira el denominado “ efecto diferido” del recurso de apelación y que se recoge en el art. 698 No. 7 del Código de P. Civil.

En síntesis: si no hay oportuna apelación del fiscal en contra del auto de apertura del juicio oral, basada, exclusivamente, en el rechazo que, a pretexto de ser ilícita una prueba, hubiere efectuado el juez de garantía, esta sentencia interlocutoria de la segunda clase (“..resuelve sobre un trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de la sentencia definitiva...”) que es, inequívocamente, el auto, ya no podrá ser impugnado, porque el transcurso del plazo, habrá hecho precluir tal posibilidad.

h) De las consecuencias de constituir “ el auto” de apertura del juicio oral, una sentencia interlocutoria.

Si resulta pacífico convenir en que, **EN CUANTO RESUELVE ACERCA DE LA PROCEDENCIA PARA EL JUICIO ORAL DE LAS PRUEBAS PRESENTADAS**, el denominado “auto” de apertura del juicio oral constituye, conforme a la clasificación del art. 158 del Código de Procedimiento Civil, una sentencia interlocutoria, deberá también aceptarse que produce los efectos de estas resoluciones y, en particular, como lo prescribe el art. 175 del mismo Código, el efecto de la cosa juzgada⁽¹⁹⁾.

Corresponderá, entonces, atribuir a la decisión de apertura, las características de irrevocabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada, para destacar que lo resuelto en el auto, salva sea la excepción de la apelación del fiscal, ya comentada y la ulterior consideración para un recurso de nulidad, es irrevocable e inimpugnable.

Ciertamente, estos atributos apuntan en el mismo sentido en el que se viene razonando, vale decir, en la imposibilidad que por decisión del tribunal de juicio oral, posterior, se pueda modificar lo decidido en el auto...

i) ¿Cosa Juzgada o Preclusión?

Preclusión y cosa juzgada comparten, en general, el sentido de cierre, de término de etapa, de fin de debate. No es casual que la palabra preclusión reconozca como lejano antecedente etimológico la voz latina “*praecclusio -nis*” que importaba, en cuanto utilizado como forma verbal - se dice - “cerrar en la cara”, por la fórmula “*prae*” (delante de) y “*claudo*” -ere, (cerrar)⁽²⁰⁾

La preclusión es una institución del ámbito del proceso que apunta a la idea de clausura de etapas, esto es, a la imposibilidad que, cumplido un ciclo del proceso o, un simple trámite, se pueda volver atrás, para recomenzar lo ya verificado. Es la lógica que destaca que los actos del procedimiento constituyen, al propio tiempo, antecedente del acto que sigue y consecuencia del acto que antecede, dentro del denominado orden consecutivo legal.

En esta misma idea, debe recordarse la conocida fórmula chiovendiana en cuanto a que la cosa juzgada constituye “la suma o máxima preclusión”.

Como resultado de provocarse esta consecuencia, que es la imposibilidad de modificar lo resuelto – es decir, la imposibilidad de volver atrás - por impedirlo la condición de res iudicata del auto de apertura, se producen claros efectos de preclusión, pero, en el fondo, lo que ocurre es que, por sobre este instituto que es más que nada una modalidad procedimental para dar curso a la actividad, lo que opera en la especie, es la cosa juzgada de que viene revestido el auto firme de apertura del juicio oral, que por reunir estas condiciones, reitero, deviene en inimpugnable.

Atribuciones del tribunal de juicio oral en relación a la prueba.

La lectura sistemática del Código ayuda a precisar estas materias y, en consecuencia debe establecerse, en primer lugar, que el tribunal de juicio oral carece de iniciativa probatoria, es decir, no puede disponer se practiquen actuaciones probatorias no propuestas por los intervinientes, antes, durante ni después del juicio. Queda desvirtuada, de este modo, la posibilidad de decretarse por el tribunal las llamadas “ medidas para mejor resolver”.

¹⁹ Prescindo, para la simpleza del planteamiento, de la conocida distinción de Enrico Tulio Liebman, en el sentido que la cosa juzgada es un atributo o cualidad de los efectos de las sentencias y que en nuestro país asumiera entusiastamente, Francisco Hoyos H Cfr “ Temas Fundamentales de Derecho Procesal” Edit Jurídica de Chile Stgo. 1987

²⁰ Cfr Couture “Vocabulario Jurídico” Depalma. Bs Aires. 1983.

Excepcionalmente, permite la ley al tribunal, un atisbo de activismo probatorio: el art 337, le autoriza, cuando lo considere necesario para la adecuada apreciación de determinadas circunstancias relevantes del caso, el “constituirse en un lugar distinto de la sala de audiencias...”

En los restantes casos, sus atribuciones se reducen a disponer se cumplan las formalidades procedimentales previstas para la producción de la prueba y se observen las prohibiciones establecidas (arts. 328, 329 inc.2º; 334 inc 1º,etc) y a resolver acerca de reducidas solicitudes de producción de prueba, como son las de la prueba no ofrecida oportunamente, por desconocimiento de su existencia y la de la llamada “prueba sobre prueba”, vale decir, aquella que el interviniente propusiere para acreditar la veracidad, autenticidad o integridad de otras pruebas y cuya necesidad no se hubiere previsto.

Enfocada la cuestión desde una perspectiva diferente, puede afirmarse que el tribunal de juicio oral NO tiene atribuciones para emitir pronunciamientos – positivos o negativos – en relación a las cuestiones probatorias dilucidadas precedentemente por el juez de garantías

Como resultado de provocarse esta consecuencia, que es la imposibilidad de modificar lo resuelto – es decir, la imposibilidad de volver atrás - por impedirlo la condición de res iudicata del auto de apertura, se producen claros efectos de preclusión, pero, en el fondo, lo que ocurre es que, por sobre este instituto que es más que nada una modalidad procedimental para dar curso a la actividad, lo que opera en la especie, es la cosa juzgada de que viene revestido el auto firme de apertura del juicio oral, que por reunir estas condiciones, reitero, deviene en inimpugnabile por lo que la última parte de esta consulta previa, a saber “...si puede revivirse el debate acerca de su procedencia o licitud [*de la prueba aceptada en el auto de apertura*] en el tribunal del juicio oral...”se torna simple: de la imposibilidad jurídica de adoptarse una decisión que cambie lo ya decidido en materia de aceptación y licitud de la prueba, se desprende idéntica imposibilidad jurídica y lógica de revivirse el debate sobre dichos tópicos

La duda que la consulta que se me formulara propone, puede comenzar a disiparse:

- 1) El Código Procesal Penal que debe su denominación, entre otras razones, a la necesidad de reconocer que no todas las normas que él contiene son procedimentales, establece materias de competencia de los jueces de garantía y otras, de competencia de los tribunales de juicio oral, en términos excluyentes;
- 2) Privativamente, compete al juez de garantía pronunciar el auto de apertura del juicio oral y no existe otro tribunal, en el ordenamiento jurídico nacional, que pueda asumir tal función;
- 3) Pronunciar el auto representa decidir, en la misma forma privativa, las cuestiones controvertidas en la audiencia de preparación del juicio oral y formular las declaraciones que la ley encomienda al juez de garantía, en esta etapa del procedimiento;
- 4) Las decisiones y declaraciones del juez de garantía se consignan en una resolución judicial, que como la mayoría, puede ser impugnada por recursos; en el caso concreto, el auto de apertura del juicio oral, sólo puede ser objeto de una apelación del fiscal del ministerio público, en caso que, en su concepto, se hubiere rechazado sin fundamento suficiente, una prueba que él ofreciera, a pretexto de provenir de diligencias o actuaciones declaradas nulas o de haber sido obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales;
- 5) Puesto que la cuestión de que se trata – admisibilidad o inadmisibilidad, licitud o ilicitud de la prueba ofrecida – fue discutida en un debate verificado en la audiencia de preparación del juicio oral, al que se puso término mediante la sentencia interlocutoria comentada, (auto de apertura del juicio oral...) que, como se expuso, es irrevocable e inimpugnabile, no resulta posible reabrir tal discusión, desde que la imposibilidad lógica y jurídica de resolverlo de una manera diferente a la que ya se conoce, torna anticipadamente estéril la discusión.
- 6) El tribunal de juicio oral carece de facultades legales para modificar lo resuelto por el juez de garantía en el auto de apertura del juicio oral, en lo que se refiere al ámbito probatorio como a las restantes cuestiones que en el mismo se contienen, tanto porque carece de competencia para entrar al conocimiento de la materia, cuanto porque no es superior jerárquico de ese juez, calidad que le permitiría, eventualmente, ora ejercer potestad disciplinaria ora, conocer de recursos que se interpusieran en contra de sus resoluciones;

7) Si el auto de apertura del juicio oral, no es apelado, en las limitadas condiciones previstas en la ley, deviene en firme o ejecutoriado y, por tal condición, como todas las sentencias interlocutorias, se torna en inmodificable, también para el tribunal de juicio oral, al recibir la protección de la cosa juzgada y ni podrá dejarse de recibir, en el juicio oral, la prueba que en el auto se autorizó, ni podrá rechazarse aquella que en tal auto se hubiere denegado;

8) La historia fidedigna del establecimiento del actual artículo 277 del Código Procesal Penal, demuestra, adicionalmente, que el legislador siempre supo y aceptó, que lo resuelto en el auto, por el juez de garantía, no sería susceptible de revisión posterior alguna, salvo el caso excepcional que la misma norma contiene;

En consecuencia, un tribunal de juicio oral, que abre debate sobre el rechazo de prueba ya aceptada por el juez de garantía, o sobre su licitud, previamente admitida por dicho juez o, finalmente sobre cualesquiera otra mención del auto, no sólo actúa fuera de su competencia, en términos jurídicamente inaceptables sino, además, vulnera la autoridad de cosa juzgada de que está revestido el mismo auto, por su condición de firme o ejecutoriado. ⁽²¹⁾

II) CONSULTA SEGUNDA

2) ¿Puede el tribunal de juicio oral, dejar de consignar en su sentencia, decisiones relevantes para la resolución del asunto principal adoptadas en la audiencia?

El artículo 342 del Código Procesal Penal, enumera las menciones que debe contener la sentencia definitiva que se pronuncia en el juicio oral y entre ellas, no incluye ninguna que aluda a decisiones adoptadas durante la audiencia, cuestión que, en principio, se explica por la dinámica del juicio. En efecto, si durante el desarrollo de la audiencia, se suscita una cuestión incidental, precisamente porque el juicio, en principio, no se suspende, ella será objeto de una resolución inmediata, según lo ordena el art. 290 norma que aclara, además, que “las decisiones que recayeren sobre estos incidentes no serán susceptibles de recurso alguno...”

Así las cosas, a la consulta, se podrá responder, en primera instancia, de forma negativa, materia que, sin embargo, admite una explicación adicional: en efecto, una cuestión es que la controversia incidental promovida, se resuelva de inmediato, porque, lo usual será que de la decisión que se adopte dependa la forma en que habrá de continuar el juicio.(v.gr: si se puede o no dar lectura a un documento; si se admite o no una interrogación; etc) y otra, completamente diferente, es si algunas de las decisiones adoptadas, pueden (y/o deben) ser mencionadas en la sentencia definitiva.

Sobre este particular, la situación me parece de claridad meridiana: el Código Procesal Penal, tanto por su modernidad, que le impone recoger las actuales exigencias dogmáticas y las experiencias comparadas más relevantes como por su finalidad de garantía ciudadana, ha hecho realidad normativa, una situación que en nuestro Derecho Constitucional y Procesal, aparecía disminuida: me refiero, al deber de los jueces de motivar las sentencias.

El Código consagra el deber legal de los jueces de fundar sus fallos en norma específica en tal sentido, innovando así, en la materia, toda vez que, como se sabe, hasta la fecha, tal imperativo sólo se establecía por el camino de incorporar a la fundamentación de las sentencias entre sus requisitos. Hoy, en cambio, el artículo 36 dispone que “será obligación del tribunal fundamentar las resoluciones que dictare....La fundamentación expresará, sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basen las decisiones tomadas...” y se agrega para poner fin a malas pero repetidas prácticas que “...la simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes no sustituirá, en caso alguno la fundamentación...”

Este nuevo régimen procesal enfatiza a tal punto su afán de la jerarquización de la motivación de las sentencias, que el artículo 297, refiriéndose al proceso ponderador de la prueba, pero en norma que, sin dudas es aplicable a toda motivación, afirma que “...(la) fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia...”

²¹ Con la misma fuerza con que se preservan las atribuciones, facultades y competencia del juez de garantía, corresponde defender las del tribunal de juicio oral, para apreciar, esto es, ponderar la prueba que ante él se produzca materia que, todos comprenden, es completamente diferente a la de rechazar prueba admitida o admitir prueba rechazada.

En mi concepto, “...**decisiones relevantes** para la resolución del asunto principal adoptadas en la audiencia...” en cuanto sean efectivamente “relevantes” no podrían dejar de consignarse en el fallo, sin infringir el deber de motivarlo debidamente.

Con todo, de cara a la posibilidad de ejercer el derecho de impugnar la sentencia definitiva, me parece que la incorporación o no, de tales “decisiones relevantes”, no resulta imprescindible.

En otros términos, desde que el recurso de nulidad procede por la circunstancia de infringirse o desconocerse derechos consagrados en la Constitución o en los Tratados o en las leyes, en el pronunciamiento de la sentencia o en “la tramitación del juicio”, el que se interponga en contra de la sentencia definitiva, se podrá fundar en esa decisión relevante, adoptada durante la audiencia del juicio esto es, durante su tramitación.

No se me escapa que habrá dificultad de acreditar la omisión, puesto que no habrá referencia alguna a la “decisión relevante” en el fallo pero, para obviar la dificultad, a la luz del artículo 41 del Código y de cara a pedir – en su momento - la transcripción de la parte pertinente del registro, el fiscal deberá solicitar, al momento de pronunciarse la “decisión relevante” que, dada la importancia de la cuestión, se deje testimonio en el fallo definitivo, de la forma en que la materia fue dilucidada; a mayor abundamiento, pedirá que el tribunal le proporcione copia de la misma en el soporte que se utilice y, por último, deberá tomar los resguardos prácticos necesarios para encontrar la decisión en el registro.

Resumo: a mayor “relevancia” de la decisión, en los términos de la consulta, mayor deber del tribunal de incluir – narrativa o expositivamente – la cuestión en la sentencia definitiva. No obstante, sea que la incluya o no, si por vía de la “decisión relevante” se han infringido los derechos o formalidades que se mencionan en los artículos 373 y 374 del Código Procesal Penal, será siempre procedente el recurso de nulidad en contra de la sentencia que, basada en esa errónea decisión, se haya pronunciado en el juicio oral.

EUROJUST ¿EL PASO DEFINITIVO HACIA UN NUEVO MARCO DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA?

Jesús J. Tirado Estrada.

*Fiscal Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado.
España.*

Sumario: I.- Introducción. II.- La nueva unidad EUROJUST. a) Los orígenes de Eurojust. La travesía hasta Tampere. b) Los trabajos posteriores a Tampere: b) 1. Las propuestas iniciales. b) 2. La Unidad Provisional. b) 3. La configuración definitiva de Eurojust: I. - Misión y atribuciones. II. - Competencia "ratione materia". III.- Estructura y recursos. IV.- Personalidad y sostenimiento económico. V.- Relaciones con otros organismos: a) Con la Red Judicial Europea. b) Con Europol. c) Con la Comisión en general y con la Oficina Europea de Lucha Antifraude (OLAF) en particular. d) Con los Magistrados de Enlace. e) Relaciones con terceros. VI.- Rendición de cuentas y evaluación. VII.- La naturaleza del instrumento de creación. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN.

Es un hecho constatado que la globalización en la particular parcela de la criminalidad ha llevado a una situación en la que prácticamente toda delincuencia organizada es transnacional. La lucha contra ésta no puede ya ni siquiera intentarse en base a reacciones nacionales individuales. Ante ello, la única opción con visos de éxito razonable consiste en dar soluciones comunes a los problemas comunes.

La afección de material sensible de la soberanía, las diferencias entre los diversos sistemas procesales nacionales, el atasco judicial con asuntos domésticos, la insuficiencia de medios, el desconocimiento y la desconfianza mutuas, las barreras idiomáticas, la deficiente utilización de instrumentos internacionales ya de por sí complejos e insuficientes, la carencia de mecanismos nacionales de coordinación y de relación entre los agentes encargados de velar por el cumplimiento de la legalidad, son todos ellos factores que han venido contribuyendo a una caótica situación de fracaso generalizado de la cooperación judicial internacional.

Mientras los delincuentes se organizan con estructuras transnacionales cada vez más sofisticadas, dotadas de "departamentos" especializados y altamente profesionalizados²², y encuentran cada vez más facilidades para el ejercicio de estas actividades por la eliminación de barreras fronterizas, la libertad de circulación de mercancías, capitales, servicios y personas, y las innovaciones tecnológicas; los encargados de la lucha contra el delito – especialmente en el ámbito judicial – carecen de medios, conocimientos y organización mínimamente adaptados a los tiempos que corren y a la criminalidad que se pretende combatir.

No puede extrañar que la frase que más se repita y que más claramente define esta situación es la consabida de que "estamos luchando contra los delincuentes del siglo XXI con los métodos del siglo XIX".

El tremendo impacto y las dimensiones que alcanza el fenómeno es de tal calibre que los Estados, preocupados por la afección de sus intereses como tales y de las necesidades de libertad, seguridad y justicia de sus ciudadanos, parecen haber captado al fin la idea de la necesaria concertación de la acción, postergando sus reticencias al establecimiento de marcos más estrechos de colaboración.

²² Incluso por parcelas, tanto de efectiva comisión de ilícitos de naturaleza criminal como de aseguramiento de su impunidad y aprovechamiento de sus ilícitos productos.

Es un hecho incontrovertible que el Tratado de Ámsterdam²³ abrió importantes expectativas en torno al tan propugnado espacio europeo de libertad, de seguridad y justicia, en la medida en que se ha producido una profunda revisión de la cuestión atinente a la cooperación judicial y policial en el ámbito de la Unión Europea²⁴.

Entre las disposiciones comunes del Tratado, en el nuevo artículo 2 del TUE, ya se establece como objetivo *mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada – entre otras cosas - ... la prevención y la lucha contra la delincuencia.*

En correspondencia con dicha afirmación, el primer artículo del Título VI del TUE²⁵ – núm. 29 - que pasó a titularse “Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal” concretó la finalidad de conseguir “ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio *de libertad, seguridad y justicia, elaborando una acción común entre los Estados miembros en los ámbitos de cooperación policial y judicial en materia penal*”. Este objetivo – se dice - ha de lograrse *mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude*, a través de tres líneas de actuación:

- una mayor cooperación entre las fuerzas policiales, las autoridades aduaneras y otras autoridades competentes de los Estados miembros, ya sea directamente o a través de la Oficina Europea de Policía (Europol).
- Una mayor cooperación entre las autoridades judiciales y otras autoridades competentes de los Estados miembros.
- La aproximación de las normas de los Estados miembros en materia penal.

Todo ello supone un importante cambio de actitud en el que ya se advierte como muy presente la idea - desarrollada con más detenimiento en Tampere - de que, una vez avanzada ya la integración económica y la unidad de acción en política exterior, es hora de progresar en el diseño de un auténtico espacio común de libertad, seguridad y justicia. Bajo el convencimiento - ya aludido - de que ha llegado el momento de garantizar a los ciudadanos de la Unión que su bienestar pueda disfrutarse en condiciones de seguridad y justicia común, se comparte el sentimiento de que esa es la mejor manera de contribuir a la consolidación de la nueva Europa integrada.

La Cumbre de Tampere, celebrada los días 15 y 16 de octubre de 1999, en la que nuestro país asumió un decisivo papel protagonista, no hizo sino recoger el testigo y dar un impulso decisivo en este “cuarto proceso de integración”²⁶, confirmando la importancia de este objetivo, que se ordena ubicar y mantener entre las máximas prioridades políticas²⁷.

²³ Como es sabido, concluido políticamente el 17 de junio de 1997, firmado el 2 de octubre de 1997 y publicado en el DOCE de 10 de noviembre del mismo año y que, conforme a lo dispuesto en su artículo 14.2, entró en vigor el primero de mayo de 1999 – primer día del segundo mes siguiente al depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario, Francia, efectuado el 30 de marzo anterior -.

²⁴ Un breve comentario a las novedades introducidas puede consultarse en el apartado l) del Capítulo III de la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1998 – presentada en 1999 -, págs. 355 a 361.

²⁵ A la materia propiamente penal se consagra este Título VI, del que se han sacado, además de las materias civiles, temas - entre otros - relacionados con visados, asilo y cruce de fronteras.

²⁶ Si el mercado único fue la culminación de un proceso iniciado con los tratados de París y Roma, si la moneda única el resultado de un proceso iniciado en Maastricht y concluido en Ámsterdam, si la política exterior y de seguridad común un objetivo pergeñado en la cumbre de Colonia, sin duda puede atribuirse a la denominada cumbre de Tampere (aún trayendo causa de la cumbre de Viena) la cualidad de constituir un auténtico hito en este denominado “cuarto proceso de integración”.

De la seriedad del propósito nos pueden dar idea los términos literales con los que comienza el documento que recoge las Conclusiones de la Presidencia de esta sesión especial del Consejo Europeo:

“ El Consejo Europeo está resuelto a que la Unión se convierta en un espacio de libertad, seguridad y justicia, utilizando plenamente las posibilidades que ofrece el Tratado de Ámsterdam. El Consejo lanza un firme mensaje político para confirmar la importancia de este objetivo, y ha acordado una serie de orientaciones y prioridades políticas que convertirán rápidamente este espacio en una realidad”,

En el ámbito de la Gran Europa – Consejo de Europa - o en el más estrecho de la Unión Europea, muchos han sido los instrumentos que han venido configurando el actual marco normativo disponible en materia de cooperación judicial internacional en materia penal. Desde los emblemáticos Convenio Europeo de Extradición de 1957 y Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal de 1959, se han sucedido iniciativas tendentes a mejorar la respuesta a brindar tanto en el plano de la extradición como en el ámbito de la asistencia o ayuda judicial internacional²⁸, hasta llegar al último gran paso: el nuevo Convenio Europeo relativo a la Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión²⁹, aprobado el pasado 29 de mayo de 2000 por el Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos Exteriores.

En la mayoría de los casos, los nuevos instrumentos que se han ido incorporando partían de la situación preexistente con objeto de completarla y complementarla, así como de facilitar su aplicación³⁰.

Sin embargo, a pesar de los grandes esfuerzos realizados, la cooperación judicial internacional se ha venido manteniendo en un preocupante estado de complejidad y lentitud que ha avocado en muchas ocasiones al fracaso de los instrumentos establecidos. A ello han contribuido diversos factores que favorecen que persistan dificultades de base.

El Consejo Europeo situará y mantendrá este objetivo entre las máximas prioridades de su programa político”, y “...Someterá a constante revisión los avances realizados en la ejecución de las medidas necesarias y el cumplimiento de los plazos establecidos en el Tratado de Ámsterdam, el Plan de Acción de Viena y las presentes conclusiones .. Se invita a la Comisión a que presente una propuesta de un marco adecuado a tal fin. En su reunión de diciembre de 2001, el Consejo Europeo llevará a cabo un debate pormenorizado en el que se evaluarán los avances realizados.”

²⁷ Como se dice en el apartado núm. 5 de las conclusiones:

*“ El ejercicio de la libertad requiere un auténtico espacio de justicia en el que las personas puedan recurrir a los tribunales y a las autoridades de cualquier Estado miembro con la misma facilidad que a los del suyo propio. Debe evitarse que los delincuentes encuentren la forma de aprovecharse de las diferencias existentes entre los sistemas judiciales de los Estados miembros. Las sentencias y resoluciones deben respetarse y ejecutarse en toda la Unión, salvaguardando al mismo tiempo la seguridad básica de las personas y de los agentes económicos. Hay que lograr que aumenten la compatibilidad y la convergencia de los sistemas judiciales de los Estados miembros”.*²⁷

²⁸ Por ejemplo, en lo que se refiere a convenios, con el precedente del Acuerdo de Dublín de 1979 para la Prevención y Represión del Terrorismo – si bien éste fue hecho no en el ámbito institucional comunitario- se han elaborado, entre otros, los siguientes:

- Acuerdo entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas relativo a la simplificación y a la modernización de las formas de transmisión de las solicitudes de extradición.
- Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea.
- Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea.
- Convenio entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas sobre la ejecución de las condenas penales extranjeras.
- Acuerdo relativo a la aplicación entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas del Convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas.
- Convenio entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas sobre la ejecución de las condenas penales extranjeras.
- Convenio entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas sobre “ne bis in idem”.
- Acuerdo entre los Estados miembros sobre la transmisión de procedimientos en materia penal.

²⁹ Una vez abierto a ello, el texto fue firmado de inmediato por todos los Representantes de los Estados miembros de la Unión (afectando también al Anexo A del Acuerdo celebrado por el Consejo de la Unión Europea con Islandia y Noruega sobre la asociación de estos dos Estados a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen). Con ello se pone fin a un largo proceso de elaboración de un instrumento apto para dotar a la Europa comunitaria de soluciones modernas y ágiles de cooperación internacional de especial utilidad en materia de obtención de prueba.

³⁰ Fórmula que podemos advertir incluso en el último instrumento citado, pues el nuevo Convenio Europeo relativo a la Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión, celebrado de conformidad con el art. 34.2 del Tratado de la Unión Europea, y preservando los límites de soberanía que ha reservado para los Estados el art 33 del mismo Tratado, sigue la técnica básica de completar - en esta materia de asistencia en materia penal - las disposiciones y facilitar la aplicación, entre los Estados miembros, del Convenio Europeo de Asistencia en Materia Penal de 20 de abril de 1959 y su Protocolo Adicional de 17 de marzo de 1978, del Convenio de 19 de junio de 1990 de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 y del denominado Tratado del Benelux de 27 de junio de 1962, modificado por el Protocolo de 11 de mayo de 1974.

Pero, entre los motivos identificados como responsables de esta situación, lo determinante, a mi juicio, es que llevados a término, en el mejor de los casos, los procedimientos de ratificación de los convenios con sus retahílas de declaraciones y reservas, **no se crean inmediatamente las estructuras prácticas necesarias para su aplicación efectiva.**

En definitiva no se venían proporcionando las condiciones prácticas precisas para que los instrumentos - que no son más que herramientas - sean utilizados.

Fijémonos – muy brevemente - en el ejemplo de la evolución de las comunicaciones directas entre autoridades judiciales. Como un gran avance en el ámbito Schengen, las disposiciones del capítulo dedicado a la asistencia judicial en materia penal del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (contenidas en los arts. 48 a 53 CAAS y cuyo objetivo - no lo olvidemos - es completar el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal de 20 de abril de 1959), previeron la generalización de la posibilidad de la comunicación directa entre las autoridades judiciales³¹ (establecida como excepcional en el Convenio del 59), con objeto de eliminar la intermediación de autoridades centrales y agilizar la prestación de la ayuda. Incluso el nuevo Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal confirma – art. 6.1 - el establecimiento como regla general – aunque no absoluta - de la transmisión directa de solicitudes de asistencia judicial entre autoridades judiciales y la transmisión por conducto de INTERPOL en caso de urgencia.

Sin embargo, los resultados obtenidos no han venido siendo todo lo halagüeños que de Schengen cabían esperar. De hecho, el retraso, cuando no la inacción, y la falta de comunicación directa siguen constituyendo la tónica general. El desconocimiento de los sistemas procesales ajenos – de lo que puede y no puede hacerse a nivel interno en cada Estado miembro de la Unión - y las normativas vigentes en cada uno de los países en materia de auxilio internacional, así como la barrera idiomática vienen siendo las causas más significativas de esta situación. Las autoridades competentes del Estado requirente suelen desconocer a quién dirigirse del Estado requerido por ignorar que órgano es el competente funcional, objetiva y territorialmente en el mismo para recibir y ejecutar lo solicitado, e incluso suele no saberse cuáles son los requisitos internos para llevar a cabo lo pedido si es que es posible realizarlo. La diversidad de los sistemas procesales y las autoridades con capacidad para ejecutar las muy diversas diligencias que puede ser necesario cumplimentar complica la tarea del entendimiento. Pensemos, por ejemplo, que conviven en el ámbito de la Unión los sistemas anglosajones con los continentales y que dentro de los segundos, en unos casos la instrucción de los procedimientos penales corresponde a los Jueces de Instrucción (supuestos paradigmáticos de Francia, Bélgica, Luxemburgo o con matices España) y en otros al Ministerio Fiscal (Alemania, Italia, Portugal, Suecia, etc...) y que ello suele determinar la capacidad para ejecutar las diligencias solicitadas en una petición de auxilio internacional en materia penal.

Si a ello unimos la falta de formación y especialización en disciplina tan especializada como la cooperación judicial internacional e, incluso, la desidia y el desinterés de muchas autoridades judiciales nacionales por esta parcela, la dificultad de comunicación y entendimiento, y el refugio – casi siempre por desconocimiento - en posiciones de desconfianza, no puede extrañar que el escenario pueda ser tildado de verdaderamente caótico. La intervención penal deviene por ello, insuficiente, ineficaz y desigual.

En este marco, con conciencia de la necesidad de establecer vías ágiles de encauzamiento de las peticiones de cooperación y ayuda judicial internacional, se insertan dos recientes consecuciones, de marcado carácter práctico, tendentes a mejorar el actual estado de cosas: los Magistrados de Enlace y la Red Judicial Europea. Ambas tienen en común el haber sido concebidas como mecanismos de facilitación del contacto entre autoridades judiciales y fiscales y otros responsables de agilización, efectividad y buen funcionamiento de los instrumentos de ayuda mutua establecidos. El objetivo es el mismo: la mejora efectiva de la cooperación judicial internacional³². Pero, no son éstos el último paso en

³¹ Concepto que acoge a los miembros del Ministerio Fiscal por expresa declaración española al Convenio de 1959, cuyas disposiciones el CAAS afirma completar.

³² Con el mismo objetivo, fue adoptada por el Consejo, visto el contenido del apartado b) del referido artículo K.3 del TUE, en atención al informe del Grupo de Alto nivel sobre delincuencia organizada, aprobado por el Consejo celebrado en Amsterdam los días 16 y 17 de junio, y, en particular su recomendación núm. 16, así como los convenios europeos vigentes en la materia, la Acción Común de 28 de junio de 1998, sobre buenas prácticas de asistencia en materia penal, en la que con objeto de mejorar los aspectos prácticos de la asistencia judicial entre los Estados miembros se potencia la adopción de compromisos sometidos a procedimientos de evaluación tendentes a asegurar una adecuada comunicación y unas mejores actuaciones entre solicitantes y requeridos de ayuda.

este camino. Este grupo de órganos de cooperación judicial en el ámbito de la Unión Europea, se encontrará pronto con un “hermano” más, con el que deberán compartir “su cuarto”, y que les hará redefinir su papel en la familia: EUROJUST. Es éste un paso más o el “paso”. En buena medida eso dependerá de su definitiva configuración, pero en cualquier caso, su potencial trascendencia para la transformación de la actual situación merece profundizar en sus posibilidades.

II.- LA NUEVA UNIDAD EUROJUST.

Ciertamente, entre los compromisos adquiridos en Tampere destaca, por su interés general para la efectividad de la cooperación judicial internacional en materia penal - y para el Ministerio Fiscal español en particular -, la previsión de creación de la denominada unidad EUROJUST.

¿Qué será EUROJUST? Está aún por determinar, de momento está constituida la Unidad Provisional que la antecede y que dará paso a finales de 2001 a la nueva unidad Eurojust.

Sobre EUROJUST lo acordado en Tampere es que estará integrada por Fiscales, Magistrados o Agentes de Policía de competencia equivalente, cedidos temporalmente por los Estados miembros con la misión de facilitar la coordinación de las Fiscalías nacionales y apoyar las investigaciones penales contra la delincuencia grave organizada transnacional, basándose en los análisis de la Oficina Europea de Policía (EUROPOL), cuyo papel – ya se ha dicho - se quiere reforzar de modo importante. Asimismo se le asigna el papel de cooperar con la Red Judicial Europea con objeto, en particular, de simplificar la ejecución de comisiones rogatorias.

En cualquier caso, el texto es suficientemente ambiguo como para permitir soluciones e interpretaciones diversas en función del idealismo, realismo, optimismo, pesimismo o “nacionalismo” del observador.

Por ello la importancia de la iniciativa y una adecuada comprensión de lo que representa exige una pormenorizada referencia a sus orígenes y su posible configuración.

a) Los orígenes de EUROJUST. La travesía hasta Tampere.

Las dificultades para hacer frente a la delincuencia transnacional desde perspectivas e instrumentos nacionales han originado la búsqueda de fórmulas que permitan dar a las manifestaciones de esta criminalidad una adecuada y coordinada respuesta de los Estados de la Unión, que se han visto especialmente indefensos frente a estructuras delictivas organizadas que, favorecidas por la ausencia de fronteras internas, las facilidades de desplazamiento y los extraordinarios avances tecnológicos, vienen ocasionando un tremendo impacto en los derechos e intereses comunitarios, de los Estados y de sus nacionales.

Ante la inexistencia de partida de un Derecho Penal de la Unión Europea se han venido propugnando vías u opciones diversas que en los últimos tiempos se han reconducido a dos soluciones posibles: la del refuerzo de la cooperación y la de la unificación.

La primera tendencia considera que el camino deseable y posible es el de una mayor y más estrecha cooperación entre autoridades judiciales, en un marco de perfeccionamiento de los procedimientos de asistencia y cooperación tradicionales y de reconocimiento mutuo de las resoluciones de los demás. Indudablemente, el respeto o el temor a un inoportuno o contraproducente – por impedir los avances que es necesario lograr con urgencia – quebranto de la soberanía de los Estados está presente tras esta posición. Como es lógico, la fuerza de esta tendencia es importante por su propia capacidad de anar voluntades que divergen en el fundamento, pero que confluyen en la meta, puesto que tanto quienes defienden con más ardor las estructuras nacionales o nacionalistas como quienes, aún con convicciones europeístas, prefieren actuar con cautela por recelo a que la oposición de aquellos perjudique el progreso debido en esta parcela, se muestran partidarios de esta vía.

La segunda estima que sólo la armonización de normas penales sustantivas y procedimentales supranacionales - un Código Penal y un Código Procesal Penal europeos - y una estructura orgánica supranacional con competencia para su imposición – un Ministerio Fiscal Europeo y un Tribunal Penal Europeo – pueden garantizar

resultados efectivos. Sólo los de espíritu europeísta más acusado, quienes salvan el inconveniente de la soberanías nacionales con el argumento de limitar esta vía a la protección de intereses estrictamente comunitarios – fundamentalmente sus intereses financieros - o los de convicción más profunda en que sólo la respuesta vertical puede hacer frente a la problemática que plantea la moderna delincuencia organizada se muestran defensores de esta vía.

Pues bien, Eurojust puede decirse que se encuentra en la “encrucijada” entre ambas tendencias y, de hecho, buena parte de la realidad de su pronta implantación se deberá a que en su esencia tiene algo que puede satisfacer a ambos bandos³³.

Repasemos sus antecedentes en obligada referencia para comprender su esencia y futuro.

Siguiendo a Nilsson, hay que constatar como la idea de Eurojust nace en cierta forma vinculada a la de Europol, cuando en 1991, el Canciller alemán Köhl plantea la idea de un FBI europeo. Se comenzó a pensar que era preciso crear una estructura semejante a nivel fiscal o judicial equivalente con el propósito de lograr una mayor eficacia y posibilitar un cierto control judicial de las actividades de la nueva unidad policial.

Ello puede explicar que el retraso en poner en marcha Europol y los recortes que a su idea inicial se plantearon hasta hacer de la misma una mera unidad de información y análisis, sin competencias policiales operativas, acabaran afectando al “tempo” de la idea Eurojust. Recordemos que Europol oficialmente no se creó hasta octubre de 1998 ni entró en funcionamiento hasta que no fueron ratificados todos los instrumentos relacionados con el convenio principal en 1999, siendo en Tampere cuando se ha apostado decididamente por su potenciación. Tampoco me parece casual que las referencias a esta potenciación de Europol y a la creación de la Unidad operativa de jefes de policía se efectúen en las tres conclusiones inmediatamente anteriores (las números 43, 44 y 45) a la que acuerda crear la unidad Eurojust (la número 46).

Sin embargo, esta vinculación no puede explicar ni fundamentar por sí sola la idea que late en Eurojust, que tiene una historia propia estrictamente relacionada con el núcleo auténtico de la cooperación judicial y confluída e influida paralelamente por la corriente unificadora de la creación del Ministerio Fiscal Europeo.

La cooperación judicial en materia penal era a tenor del Tratado de Maastricht³⁴ un mero “ámbito de interés común”³⁵, lo que condicionó las primeras vicisitudes de la concreción de la idea en noviembre de 1993, cuando el Ministro de Justicia de Bélgica sugirió la creación, a través de una Acción Común, de lo que se denominó **CIREJUD**³⁶, a partir de los intercambios de puntos de vista expuestos por los Ministros de Justicia de la Unión, bajo la Presidencia belga, en la localidad de Limelette, en torno a la manera de mejorar los contactos directos entre autoridades judiciales, asociándolas estrechamente entre sí con objeto de mejorar la cooperación judicial en el seno de la entonces denominada Comunidad Europea.

Con inspiración en las - aún existentes - estructuras CIREA y CIREFI instauradas en el ámbito del asilo y la inmigración, CIREJUD se pretendía constituir con representantes nacionales, magistrados y otros responsables de las administraciones de justicia en los Estados miembros y sería un foro oficioso donde podrían mejorarse los contactos,

³³ Vid. Nilsson, H., “Eurojust, the beginning or the end of the European Public Prosecutor?”, ponencia presentada en la III Conferencia Eurojustice, celebrada en Santander los días 25 a 27 de octubre de 2000. Excelente trabajo de un grandísimo experto en la materia y observador de excepción (y algo más en su calidad de Jefe de la Unidad de Cooperación Judicial del Consejo de la Unión Europea), en el proceso de creación de la unidad. Las palabras literales son muy expresivas: “ ...it is highly likely that Eurojust would never had seen the day had it not been for the fact that its very idea has something that could satisfy both “camps” – for one is the beginning, for the other it is the end”. En este estudio puede hallarse una muy precisa referencia a los antecedentes que acto continuo se exponen siguiendo en lo básico, aunque con algunas adiciones y disensiones, su apartado titulado “The history of Eurojust”.

³⁴ Firmado el 7 de febrero de 1992.

³⁵ Antiguo artículo K.1. apartado 7, del Título VI.

³⁶ Del inglés “Centre for information, study and exchange within the field of judicial co-operation”..

producirse consultas oficiosas e identificar las dificultades concurrentes en la cooperación judicial entre los Estados miembros.

A pesar de lo modesto de la propuesta, los Estados miembros no se mostraron partidarios de su desarrollo y la iniciativa fue desechada, aunque los belgas no abandonaron definitivamente la idea, que acabó reformulada y reconvertida años más tarde en su iniciativa de establecimiento de una red europea de puntos de contacto, y con esta fórmula se incorporó al Plan de Acción contra la delincuencia organizada de 1997³⁷ y finalmente fue alumbrada, a instancias del Grupo Multidisciplinar para la Prevención y Persecución del Crimen Organizado, al ser adoptada por el Consejo la ya mencionada Acción Común de 29 de junio de 1998 que estableció la Red Judicial Europea.

Entretanto, un segundo antecedente de Eurojust - que confluyó con la idea belga - se fue gestando desde finales de 1996 conectado a los trabajos irlandeses preparatorios del referido Plan de Acción de 1997. Concretamente, se trataba de la propuesta de establecimiento de una “**Unidad de Cooperación Judicial**” (JCU³⁸), aparecida en un documento de trabajo de fecha 14 de noviembre de 1996 presentado en una reunión especial del Comité de Coordinación K.4³⁹, en el que se partía de que más que carencia de textos legales las verdaderas dificultades estaban en los profesionales del derecho que no llevaban a cabo un adecuado uso de los instrumentos disponibles. Las razones de ello se ubicaban en la ausencia de confianza mutua, en la falta de medios, en problemas de idioma y traducción, en las dificultades de armonización de diversos conceptos legales y en la carencia de la adecuada formación y especialización de Jueces y Fiscales en materia de cooperación internacional – disciplina ésta que se calificaba de “especializada” y “fuera del alcance del común de los jueces” -⁴⁰. Partiendo de este análisis, para hacer frente a esta situación, se efectuaban dos propuestas: la mencionada creación de una “Unidad de Cooperación Judicial” y el establecimiento de un Equipo de Trabajo de Asistencia Mutua (MATF⁴¹) con la misión de evaluar la forma en que está organizada y en que funciona la asistencia mutua en cada país, con vistas al fortalecimiento de la cooperación judicial.

La JCU se articulaba en la propuesta como una unidad institucionalizada, financiada con cargo al presupuesto de la comunidad, constituida por magistrados, fiscales, oficiales de policía o funcionarios públicos con experiencia práctica en el campo de la cooperación judicial internacional y con dominio de idiomas y experiencia práctica en tramitación de expedientes. La misma sería, en un primer momento, una “oficina central” de análisis de problemas y de establecimiento de contactos entre autoridades judiciales.

El papel principal a desarrollar sería, pues, brindar una intermediación activa, propiciando contactos directos entre autoridades judiciales competentes y proporcionar la información legal y práctica necesaria para encauzar adecuadamente las peticiones de ayuda, que se verían así agilizadas. En dicha unidad se promovería un clima de “club” que generaría una buena disposición a la resolución de problemas – invirtiendo la tendencia observada a crearlos – y en su seno se podrían discutir las peticiones de cooperación judicial antes de enviarlas. Ello permitiría ajustar aquellas que lo requiriesen a las singularidades y necesidades de los sistemas jurídicos receptores, posibilitando así su mejor y pronta prestación, e incluso ahorrar tiempo y esfuerzos no remitiendo aquellas que no fueren a ser atendidas en ningún caso⁴².

³⁷ Aprobado por el Consejo Europeo en la reunión sostenida en Ámsterdam en junio de 1997.

³⁸ Del inglés “Judicial Cooperation Unit”.

³⁹ Dicho Comité de Coordinación fue denominado K.4 por encontrarse previsto en dicho artículo del Tratado de Maastricht que lo creó con la misión de formular dictámenes al Consejo y contribuir a la preparación de los trabajos del mismo en las materias contenidas en el entonces artículo k.1, en cuyo apartado 7 ya hemos mencionado que se contemplaba el ámbito de la cooperación judicial en materia penal.

La convocatoria de la reunión especial tuvo mucho que ver con el escándalo propiciado por el caso Dutroux, que conmovió a la opinión pública europea.

⁴⁰ Circunstancias éstas que necesariamente han de reconocerse vigentes aún en la generalidad de los casos.

⁴¹ Del inglés “Mutual Assistance Task Force”.

⁴² Por su capacidad descriptiva, conviene transcribir los términos textuales del ejemplo expuesto en el apartado 7 del documento de 14 de noviembre de 1996 que eran los siguientes (en traducción al español del texto original inglés recogido en la citada ponencia de Nilsson):

7. “La idea consistiría en que, por ejemplo, cuando un fiscal de una ciudad del sur de Grecia se enfrentase a un caso urgente relacionado con un problema de delincuencia organizada en España, y necesitase disponer de información sobre una cuenta bancaria específica en dicho último país, o

Incluso, en una segunda fase de evolución, a más largo plazo, la JCU podría transformarse en una unidad especializada con poder para desarrollar determinadas tareas operativas en sus propios países⁴³.

Las dos propuestas, MAFT y JCU, tuvieron una acogida desigual. Finalmente, el mecanismo de evaluación mutua entre los Estados miembros se incluyó en el tan mentado Plan de Acción contra la delincuencia organizada de 1997⁴⁴ y fue definitivamente aprobado por una Acción Común de 5 de diciembre de 1997, entrando rápidamente en aplicación práctica⁴⁵.

Por el contrario, la JCU no salió a la luz. Su diseño y las ideas que la sustentaban quedaron, sin embargo, en el ánimo de algunos con idea de resucitarla cuando la coyuntura fuera más propicia.

Paralelamente, mientras se desarrollaban estos movimientos y casi de forma coetánea, adquiere fuerza la corriente de creación de un **Ministerio Fiscal Europeo** en el marco de la tendencia unificadora que propugna el establecimiento de unas normas penales sustantivas y procesales de aplicación en todo el territorio de la Unión Europea que garanticen una protección uniforme de los intereses financieros comunitarios. Su origen está en la constatación de la ineficacia de los sistemas tradicionales de cooperación jurídica internacional en el ámbito europeo y la insuficiencia de las vías de asimilación, cooperación y armonización para la adecuada protección de dichos intereses. Naturalmente preocupada por la protección de intereses económicos y estrictamente propios, la Comunidad decidió ser especialmente audaz y acometió la tarea del diseño del denominado "Corpus Iuris"⁴⁶. Su elaboración se encuadra en una propuesta procedente de las resoluciones finales de las Sextas Jornadas grecolatinas de defensa social desarrolladas en Salónica en octubre de 1995, que propugnaba la creación de un reducido "sistema penal comunitario" limitado a la tutela de los intereses fundamentales de la Unión Europea.

Fue bajo el manto de poner en marcha un espacio judicial europeo, que se propició por Klaus Häns y se impulsó por Francesco de Angelis (entonces responsable de la Dirección General de Control Financiero de la Comisión Europea), la confección – que fue encomendada a un reducido número de prestigiosos expertos, comandados por la profesora Mireille Delmás-Marty, de un restringido número de disposiciones sustantivas y procesales penales comunes de aplicación en todo el territorio de la Unión Europea dirigidas a la protección de los intereses financieros comunitarios. El proyecto preparado se publicó en 1996 y se estructuró en dos partes. La primera de ellas se dedica al Derecho Penal

bloquear los fondos de la cuenta en cuestión, pudiera (en lugar de enviar una petición directa a una autoridad judicial española desconocida para él) ponerse en contacto con su propio magistrado de enlace en la JCU. Dicho magistrado hablaría él mismo idioma que el fiscal, estaría familiarizado con su sistema legal y tendría los conocimientos idiomáticos necesarios para poder hablar con el magistrado de enlace español que formaría parte de la misma JCU. El magistrado de enlace, además, en los casos en que existiese esa figura "representaría" a la autoridad central del país. El magistrado de enlace español podría asesorar a su colega griego sobre con quién ponerse en contacto, cómo hacerlo y cuáles serían los requisitos necesarios. Sería capaz también de "traducir" el caso al español, y podría aconsejar a su colega griego sobre la manera de evitar que el caso se presentase de una forma que, conforme a los textos existentes, pudiera resultar problemática. Por ejemplo, un caso de blanqueo de dinero relacionado con un fraude podría plantear dificultades conforme a la legislación vigente, pero quizás esos mismos hechos podrían interpretarse como un caso de "receptación", si se califican de forma diferente".

⁴³ En referencia al paradigma que precede en la nota anterior, literalmente se decía - en el apartado 9 del citado documento - lo siguiente: "No debiera incluirse la posibilidad de que, en el ejemplo anterior, el fiscal español pudiera bloquear fondos depositados en la citada cuenta bancaria si así se lo permitiesen sus leyes nacionales.

⁴⁴ Recomendación 22.

⁴⁵ Los trabajos fueron rápidamente desarrollados y las evaluaciones han obtenido datos valiosísimos. España fue el séptimo de los países evaluados. Su evaluación fue llevada a cabo desde el 12 hasta el 16 de abril de 1999. Las recomendaciones efectuadas, contenidas en un informe de 28 de octubre de 1999 (10494/1/99 REV 1 CRIMOG 110) , son de extraordinario interés, pero aún no han sido atendidas. El proceso total de evaluación ha concluido y el documento fue presentado a la Red Judicial Europea para comentarios en su reunión de Bruselas de 7 de marzo de 2001.

⁴⁶ Aunque pueda pensarse – no sin fundamento – que dado el origen económico de la Unión Europea y el dato de la "titularidad" de los intereses a proteger influye decisivamente en la búsqueda de soluciones, realmente atrevidas en las metas y más poderosas, no cabe duda de que tal decisión encuentra más facilidades por el hecho de la posibilidad de esgrimir frente a los Estados miembros que por tratarse de intereses singular y exclusivamente comunitarios, el establecimiento de estructuras supranacionales de persecución y represión no afecta a su soberanía. Sin embargo, la no infrecuente implicación de estructuras – y sus responsables – gubernamentales en fraudes a la Unión debe preocupar - en el mejor de los casos - por sus implicaciones políticas, a algunos detentadores nacionales del poder político, quienes pueden seguir presentando oposición a un Ministerio Fiscal Europeo independiente tal y como se configura en los trabajos del Corpus Iuris.

sustantivo, conteniendo los arts. 1 a 17 , entre los que los nueve primeros se dedican a los que podría denominarse Parte Especial, mientras los ocho restantes prevén disposiciones de Parte General⁴⁷.

En lo que en esta sede más interesa destacar, hay que resaltar que la parte procesal comienza con la previsión del estatuto y composición de la nueva autoridad de la Unión: el Ministerio Fiscal Europeo, configurado como órgano independiente de la autoridad nacional y de los órganos comunitarios, lo que probablemente constituye la más trascendental innovación y pieza clave del nuevo orden procesal comunitario.

Al mismo se le asignan (en un modelo que recuerda extraordinariamente al sistema alemán donde el Fiscal es “el señor de la investigación y la ejecución”) las responsabilidades de la investigación y persecución – fase en la que se prevé la intervención del Juez nacional como Juez de garantías - ⁴⁸, la elevación de la causa a juicio oral, el ejercicio de la acción penal ante el Tribunal juzgador⁴⁹ y la ejecución de las sentencias relativas a los delitos previstos en el *Corpus Iuris*. Se efectúa, por lo tanto, una decidida apuesta por un sistema inspirado en el canon procesal acusatorio y se destierra el modelo inquisitorial del Juez de Instrucción, ligando a esta decisión la garantía de su independencia frente a autoridades comunitarias y nacionales. En la raíz de esta decisión aparece patente el convencimiento de que asignación de labores de investigación o instrucción y garantía de independencia del órgano instructor han de ir indisolublemente unidas⁵⁰. Ello se articula como nota indispensable del sistema procesal penal que se impone en el proyecto como más respetuoso con las garantías de un auténtico Estado de Derecho basado en el respeto a la separación de poderes. En cualquier caso, será necesario completar esta declaración con mecanismos que la refuercen, prohibiendo y sancionando las tentadoras injerencias.

⁴⁷ El catálogo de figuras delictivas comprende conductas de fraude en perjuicio del presupuesto comunitario y en materia de alteración del precio en los procedimientos de concesiones de obras y servicios, corrupción, abuso del cargo y malversación -, revelación de secretos oficiales, blanqueo de fondos, receptación y de asociación para delinquir.

La Parte General contiene disposiciones sobre el tipo subjetivo, el error, la responsabilidad personal, la responsabilidad penal del empresario y de la empresa o persona jurídica, la determinación de la pena, las circunstancias agravantes y las penas aplicables en caso de concurso de delitos, que pretenden constituir una especie de síntesis de los principios que operan en los sistemas penales de los Estados miembros.

La segunda parte regula los aspectos procesales en los arts. 18 a 34, y contiene los perfiles más novedosos e interesantes desde el punto de vista de la uniformización de la intervención penal, sobre la base de los principios de territorialidad comunitaria, garantía judicial y proceso contradictorio.

⁴⁸ En el marco de la instrucción del procedimiento, las prerrogativas del Fiscal Europeo son extraordinariamente amplias, de modo muy similar al modelo alemán o sueco. Entre ellas, figura, por ejemplo, la posibilidad de llevar a cabo intervenciones telefónicas en caso de peligro por demora, con control a posteriori (en las veinticuatro horas siguientes) por el “Juez de las libertades” designado por cada Estado miembro en el seno de la jurisdicción competente en el lugar en que tenga sede un FDE, conforme a los arts. 20.3.d) y 25 CI.

⁴⁹ La fase de enjuiciamiento se desarrolla ante Tribunales nacionales con la obligación de éstos de aplicar con preferencia las normas del *Corpus Iuris* y, en caso de laguna, la ley nacional. En casos especiales – los tres contemplados en el art. 28 – la competencia para el enjuiciamiento corresponderá al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

⁵⁰ De ello quizás debieran tomar buena nota quienes pretendan modificar los estatutos de los Ministerios Públicos en el ámbito europeo, pues lo que se considera mejor solución para el espacio judicial único europeo al que se refiere el art. 18 del *Corpus Iuris*, difícilmente no será el mejor sistema o escenario para cada uno de los Estados miembros. Por demás, los Ministerios Públicos Nacionales tienen, conforme al art. 18.5 del *Corpus Iuris*, un deber de asistencia respecto del Fiscal General Europeo y si no son independientes en este actuar, difícilmente podrán cumplir este cometido de la forma que exige el texto unificador.

Esta tendencia futura a garantizar la independencia del Ministerio Fiscal no es sólo sentida en el entorno europeo. Baste decir que entre las afirmaciones de la “Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia frente a los retos del siglo XXI”, elaborada en el seno del Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Viena, los días 10 a 17 de abril de 2000, se recoge la necesidad de garantizar la independencia de las autoridades judiciales “y del Ministerio Público”. Tema, por cierto, expresamente discutido y aceptado por cuanto la introducción del texto entrecorillado tuvo lugar a raíz de la aceptación de una enmienda al texto inicial que así lo propugnaba procedente de Bolivia, cuyo Fiscal General defendió con ardor que “cuando el Ministerio público depende – directa o indirectamente – del Órgano ejecutivo, la injerencia de los intereses político-partidistas en la función persecutoria, pone en riesgo los principios de legalidad e imparcialidad del quehacer judicial”.

Por demás, en el diseño del Corpus Iuris, el Ministerio Fiscal Europeo (MFE) se compone de un Fiscal General Europeo (FGE), con sede en Bruselas, y de Fiscales Europeos Delegados (FED), con sede en la capital de cada Estado miembro o en cualquier ciudad que sea sede de Tribunal competente a efectos del Corpus⁵¹.

Naturalmente no hay espacio en una exposición de las características presentes para profundizar en otros aspectos del CI, cuyo carácter incompleto se suple con la aplicación complementaria, en lo no expresamente previsto en él, de las legislaciones nacionales⁵².

La fuerza de la iniciativa se vislumbró desde el principio por la favorable acogida que le dispensó primero el Parlamento Europeo y, tras dos resoluciones de éste de 12 de junio y 22 de octubre de 1997 - pidiendo un estudio de la viabilidad de su implantación – dirigidas a la Comisión, por ésta misma y especialmente en el seno de la UCLAF, hoy OLAF⁵³, que lo financió⁵⁴.

El final del año 1999 y los inicios del 2000 se consideraban cruciales en su puesta en práctica, pero se produjo una situación de “impasse”, quizás motivada por la decisión de priorizar la puesta en marcha de Eurojust, cuyo ámbito de acción se extiende a una criminalidad más extensa y preocupante para los intereses de los **ciudadanos** de la Unión.

Lo interesante a destacar por referencia a Eurojust es que el proyecto formulado ha sido objeto de un amplio y rico debate en el que la idea central ha versado sobre el papel que puede desempeñar en la integración europea el derecho penal sustantivo y procesal y esta idea más amplia condujo a la convicción de la necesidad de extensión a campos distintos de la instauración de lo que en Tampere se denominaría “espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”. En definitiva, ello influyó en la instauración de un estado de opinión y una coyuntura favorable a la concreción en Tampere de Eurojust, que tenía la virtud – como y se ha dicho - de su versatilidad, de poder ser contemplada como el final para unos y el principio para otros de la discutida Fiscalía Europea.

De nuevo fue en Alemania, donde se retomó la idea de un centro – a modo de mesa redonda - en el que profesionales del derecho pudieran reunirse y contribuir a la cooperación judicial, tesis propiciada por el empuje de la personalidad de un práctico que alcanzó responsabilidades políticas, Wolfgang Schomburg⁵⁵, quien logró que la Ministra de Justicia alemana propusiera la creación de Eurojust en el curso de una reunión oficiosa de los Ministros de Justicia e Interior que tuvo lugar en septiembre de 1999, bajo Presidencia Finlandesa, en la ciudad de Turku. La propuesta fue respaldada de forma inmediata por el Ministro de Justicia francés y de ahí pasó a la reunión de los Jefes de Estado y Presidentes de Gobierno celebrada el mes siguiente en Tampere.

¿Será Eurojust realmente el fin del Fiscal europeo?

No lo parece. Aunque habrá que estar a lo que depare su diseño, evolución y aplicación práctica, lo cierto es que, tras Tampere, la Comisión ha seguido respaldando intensamente la idea del Fiscal Europeo y propuso a la

⁵¹ Su actividad rige por los principios de indivisibilidad, de manera que todo acto realizado por uno de sus miembros se imputa al MFE, pudiendo ejercer su función en el territorio de cualquier Estado, en colaboración con las Oficinas del FED del mismo, y solidaridad, lo que implica un deber de colaboración entre los distintos FED.

⁵² En cualquier caso, el texto será objeto aún de modificaciones, revisiones y mejoras. El pasado 30 de septiembre de 1999, la profesora DELMAS-MARTY presentó un informe general sobre el impacto y compatibilidad del Proyecto con las legislaciones nacionales y los principales debates surgidos al respecto. Su identificación: “NECESSITE, LEGITIMITE ET FAISABILITE DU CORPUS IURIS, RAPPORT GÉNÉRAL DE 30 DE SEPTEMBRE 1999” par Mireille DELMAS-MARTY.

⁵³ Oficina de Lucha Antifraude, creada por la Decisión de la Comisión de fecha 28 de abril de 1999 que entró en vigor el 1 de junio de 1999. Vid. tb. Reglamento (CE) n° 1073/1999 del Parlamento Europeo y del consejo de 25 de mayo 1999, relativo a las investigaciones efectuadas por la OLAF, JO L 136 de 31 de mayo 1999.

⁵⁴ Quien precise o desee ampliar sus conocimientos sobre estos particulares puede consultar el estudio elaborado por varios profesores que ha sido publicado, bajo la dirección de JOHN A. E. VERVAELE y coeditado por la profesora DELMAS-MARTY, con el título “LA MISE EN OEUVRE DU CORPUS IURIS DANS L’ETATS MEMBRES”, Intersentia. Amberes-Groningen-Oxford, 2000. Estudio realizado bajo la responsabilidad del “Centre for Law Enforcement and European Integration/G.I. Wiarda Institute” de la Universidad de Utrech con el sostén financiero de la Comisión de las Comunidades Europeas.

⁵⁵ Primero Fiscal, luego Secretario de Estado del Ministerio de Justicia en Berlín y, más tarde, Juez del Tribunal Supremo de Alemania.

Conferencia Intergubernamental su establecimiento, mediante la inclusión en el Tratado de la Unión de un nuevo artículo 280 bis, en el que se le atribuye la misión de *“investigar, acusar y enviar a juicio a los autores o cómplices de infracciones que afecten a los intereses financieros de la Comunidad y ejercer ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción pública relativa a estas infracciones...”*⁵⁶. Además, la propia OLAF viene, de alguna manera, adaptando sus estructuras a posibles nuevos cometidos en el campo de la represión penal, mediante la creación de una unidad de magistrados y fiscales. Ciertamente es que dicha unidad puede justificar su existencia en las implicaciones penales de la actividad de persecución administrativa del fraude que ha de llevar a cabo la OLAF y aún la colaboración a desarrollar por ésta respecto de las autoridades judiciales y fiscales nacionales que tienen aún la llave de la represión penal contra las infracciones delictivas contra los intereses financieros comunitarios⁵⁷, pero creo que puede también atisbarse en ella un lugar donde el germen de la Fiscalía Europea puede empezar a tomar cuerpo físico. Como se dice en la propuesta elevada por la Comisión *“ante quince sistemas judiciales penales diferentes la Comunidad sólo dispone de medios muy limitados para garantizar una protección de los intereses financieros de la comunidad efectiva y equivalente en los Estados miembros, como dispone el Tratado. En la configuración actual, por muy eficaz que sea la coordinación administrativa que obtiene la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude, las diligencias penales siguen siendo inciertas. En efecto, la comunidad no dispone de instrumentos que completen la acción de prevención e investigación administrativa por medio de una función de acción penal.”*

Ciertamente es que la lucha contra los delitos relativos de los intereses financieros, como criminalidad grave y transnacional, no está excluida de los cometidos de Eurojust e incluso está contemplada dentro del ámbito de su competencia – como veremos – en los trabajos llevados a cabo para su instauración, lo que implica la asociación de la OLAF y el mantenimiento de relaciones mutuas y estrechas. Pero, en cualquier caso, el mantenimiento de la idea unificadora puede seguir asentándose en la protección de los intereses financieros de la Unión, parcela en la que se puede sostener que los Estados no deben presentar resistencia en la medida que no se afecta ni su soberanía ni sus intereses, pues el objeto a proteger es institucionalmente exclusivo de la Unión Europea.

Personalmente, estimo que lo deseable sería la refundición de ambas iniciativas. El hecho de que específicamente se establezca esta competencia para Eurojust sugiere esta solución, o al menos, la posibilidad de que esta unidad se constituya en un germen de ese futuro Ministerio Fiscal Europeo⁵⁸.

b) Los trabajos posteriores a Tampere. Las propuestas iniciales. La Unidad provisional. La configuración definitiva de Eurojust.

b).1.- Las propuestas iniciales.

El reto de Tampere fue recogido con firmeza y rapidez por la Presidencia portuguesa que asumió los trabajos preparatorios para la definición del diseño y tareas de la nueva unidad. En atención al plazo inicialmente fijado para la instauración efectiva de la unidad – finales del 2001 -, se reunió con delegaciones de las otras tres Presidencias que comandarían los trabajos hasta entonces: Francia, Suecia y Bélgica, y pronto se iniciaron las reuniones de los 15 para identificar hasta dónde estaban dispuestos a llegar los Estados miembros. Tras una primera toma de contacto en marzo de 2000⁵⁹ en la que los Ministros de Justicia expusieron sus primeros planteamientos, y tras elaborarse un primer documento conjunto de las cuatro Presidencias que identificaba pistas de reflexión y principales tendencias y constataba

⁵⁶ Vid. Contribución complementaria de la Comisión a la Conferencia Intergubernamental sobre las reformas institucionales: La protección penal de los intereses financieros de la Comunidad: el Fiscal Europeo, 29 de septiembre de 2000, COM (2000) 608 final. En ella se propuso integrar en el Tratado sólo las características esenciales del Fiscal Europeo (nombramiento, destitución, independencia, misiones), remitiendo al Derecho derivado todo lo concerniente a las normas y modalidades necesarias para su funcionamiento.

⁵⁷ Concretamente, la Comisión anunció en su Comunicación de 28 de junio de 2000 sobre su estrategia global de lucha contra el fraude *“la creación de una plataforma de servicios en la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF)”, en los siguientes términos: “Esta plataforma de servicios prestará apoyo y asistencia a las autoridades judiciales de los Estados miembros. Para ello será necesario crear en la OLAF una unidad de asistencia judicial integrada por expertos con experiencia como, por ejemplo, magistrados o fiscales.”*

⁵⁸ De hecho, esta idea se ha barajado en el seno del Parlamento Europeo.

⁵⁹ Consejo informal concretamente celebrado en Lisboa los días 3 y 4 de marzo 2000.

algunos consensos (Documento del Consejo 7384/00 EUROJUST 1 CATS 21, de fecha 28 de marzo de 2000) surgieron dos iniciativas oficiales presentadas conforme al apartado 2º del art. 34 TUE: una de la delegación alemana y otra procedente de las “cuatro presidencias”.

La primera, expresada en el Documento del Consejo 8938/00 EUROJUST 3 CATS 44 y fechada el 19 de junio de 2000, propugnó la creación de la unidad constituida por quince “funcionarios de enlace”⁶⁰, sin personalidad jurídica propia y con la misión de servir de apoyo en las investigaciones relacionadas con delitos de considerable gravedad, para las que fuera necesario contar con asistencia judicial en el desarrollo de los procedimientos correspondientes, y en las referidas a delitos contra los intereses financieros de la Unión Europea.

Una adecuada idea de su orientación la podemos encontrar en el texto de su artículo 2:

- “
1. El cometido de EUROJUST consistirá en dar apoyo a investigaciones relacionadas con delitos de considerable gravedad cuya persecución pueda requerir asistencia judicial, así como a las relacionadas con delitos contra los intereses financieros de la Unión Europea.
 2. Los funcionarios de enlace de EUROJUST tendrán los siguientes cometidos:
 - a) facilitar a las autoridades de otros Estados que estén practicando diligencias, así como a la Comisión de las Comunidades Europeas y a Europol, información sobre el derecho sustantivo y procesal aplicable del Estado que les envió, o indicar cuál es el órgano apropiado donde recabar tal información.
 - b) Con arreglo al derecho de su Estado de origen, facilitar a las autoridades judiciales y otras autoridades competentes para practicar diligencias penales, así como a la Comisión y a Europol, información sobre la marcha de diligencias en curso o sobre condenas penales, o establecer contacto con el órgano que en su Estado de origen esté practicando diligencias.
 - c) Cuando en dos o más Estados miembros se estén investigando delitos que guarden relación entre sí, prestar ayuda para la coordinación y realización de diligencias conjuntas.
 - d) Prestar apoyo, mediante el asesoramiento jurídico, a la actividad de análisis de Europol, cuando se les solicite.
 - e) Si en el futuro hubiere negociaciones entre las partes sobre la ampliación de competencias de Europol, emitir dictámenes para el acompañamiento judicial de Europol, si se les solicitare,
 - f) Intercambiar experiencias sobre puntos débiles en la lucha transfronteriza contra el delito en general y los delitos contra los intereses financieros de la Unión.”

La segunda, explicitada en los Documentos del Consejo 10356/00 EUROJUST 7 y 10357/00 EUROJUST 8 y datada el 20 de julio de 2000, se descomponía realmente en un planteamiento en dos fases con dos decisiones subsiguientes del Consejo: una, primera, sobre el establecimiento de una unidad provisional de cooperación judicial, de estructura mínima y configuración muy sencilla, de inmediata entrada en juego hasta la instauración efectiva de Eurojust, y dos, posterior, referida a la puesta en marcha de Eurojust con una completa y detallada regulación de la unidad, dotada de plantilla y personal de apoyo, personalidad jurídica y cometidos específicos propios, generalmente formulados como consistentes en mejorar y facilitar la cooperación entre los organismos de los Estados miembros competentes en materia de investigación y procesamiento, en relación con la lucha contra las formas graves de delincuencia internacional⁶¹ cuando dos o más Estados miembros se vean afectados por los delitos en cuestión y se requiera una acción coordinada entre las autoridades judiciales de varios de ellos.

La diferencia de puntos de partida con la propuesta alemana puede advertirse en el artículo 6 referido a las atribuciones de la nueva Unidad. Su redacción originaria es la siguiente:

⁶⁰ Naturalmente jueces, fiscales o agentes de policía en comisión de servicio, a los que se unirían los funcionarios de enlace de la Comisión y EUROPOL al atender la invitación prevista en el artículo 4.

⁶¹ Entre las que se incluyen todos los delitos en los que Europol es o puede ser competente: los delitos informáticos, los delitos contra los intereses financieros de la Unión, el blanqueo de dinero y otros tipos de delitos graves relacionados con los anteriores.

“Con objeto de cumplir sus cometidos, EUROJUST

- a) podrá solicitar a un Estado miembro que emprenda una investigación o actuaciones judiciales sobre hechos precisos, o aceptar que otro Estado miembro pueda estar mejor preparado que ella para hacerlo; dicha solicitud no tendrá carácter vinculante. Si un Estado miembro decide no dar curso a dicha solicitud, EUROJUST debería, en principio, ser informada de dicha decisión y los motivos que la justifican;
- b) garantizará la mutua información de las autoridades competentes de los Estados miembros en las investigaciones y actuaciones judiciales que se hallen en curso en diversos Estados miembros y estén relacionadas entre sí;
- c) evaluará la conveniencia de una coordinación de las investigaciones y actuaciones judiciales efectuadas por varios Estados miembros y solicitará, en su caso, a las autoridades competentes de esos Estados miembros que efectúen dicha coordinación;
- d) ayudará a los Estados miembros, a petición de éstos, a garantizar la mejor coordinación posible de las investigaciones y actuaciones judiciales; a tal fin, animará a las autoridades judiciales de los Estados miembros a que se reúnan para concertarse;
- e) contribuirá a simplificar la ejecución de las comisiones rogatorias internacionales, desde el respeto de las reglas vigentes de procedimiento;
- f) en cooperación y concertación con la Red Judicial Europea, establecerá una base documental actualizada de forma permanente con miras a facilitar informaciones jurídicas y prácticas así como a ayudar a las autoridades judiciales competentes de los Estados miembros mediante asesoramiento e investigaciones;
- g) aportará su concurso a Europol, a petición de ésta, facilitándole principalmente dictámenes, basados en los análisis efectuados por Europol.

Las negociaciones están en pleno desarrollo y podría decirse que, aunque se van constatando puntos de encuentro, vienen siendo extraordinariamente duras.

La diferencia esencial entre ambas propuestas radica en el alcance de la estructura y atribuciones de EUROJUST, así como los poderes de sus miembros, lo que lógicamente influirá en el valor añadido que la nueva unidad será capaz de brindar frente a la situación actual.

Esta sería la idea clave: el valor añadido. Porque si Eurojust va a servir para lo mismo que los Magistrados de enlace o los miembros de la Red Judicial Europea, de manera que sus miembros no puedan hacer más de lo que puede conseguirse con éstos, su creación carecerá de sentido.

Es evidente que la iniciativa alemana propone un modelo extraordinariamente discreto y una estructura ligera y poco elaborada, una especie de “*Mesa Redonda Europea*”⁶² para el cumplimiento de la Ley capaz de prestar su asistencia por medio de la investigación y la puesta en común de experiencias”, que ni siquiera ostentaría personalidad jurídica propia y en la que sólo los funcionarios de enlace tendrían capacidad por sí de llevar a cabo tareas - por otra parte - bastante comedidas y básicamente consistentes en servir de apoyo para a coordinación y el desarrollo de investigaciones conjuntas.

Por el contrario, la iniciativa de las cuatro Presidencias otorga cometidos a la entidad como tal, a la que provee de una estructura ciertamente potente, autónoma y con personalidad jurídica propia y atribuciones bastante desarrolladas como organismo colectivo, incluso en el plano operativo, de forma que se propone, sobre la base de un mínimo común denominador reconocido por todos los Estados a sus miembros nacionales, que cada Estado Miembro pueda definir la naturaleza y extensión de las competencias en su territorio de su miembro nacional, debiendo los demás Estados aceptar y reconocer las prerrogativas otorgadas⁶³.

⁶² Retomando los términos de Schomburg, así se la denomina en la nota explicativa de la propuesta alemana.

⁶³ Vid. artículo 8.2 de la propuesta.

En las negociaciones hacia una posición común de los quince, Alemania siempre había venido argumentando que su propuesta no excluía un desarrollo ulterior más elaborado, pero que, en vista de las limitaciones de tiempo marcadas, lo mejor era optar por una estructura inicial más sencilla. Sin embargo, buena parte de estas razones se han visto superadas por la estrategia de las cuatro presidencias de poner en funcionamiento la “unidad provisional de cooperación judicial” con una estructura mínima y unos cometidos básicos, lo que ha permitido una rápida negociación y su efectiva aprobación antes del inicio del año 2001. Ello puede posibilitar que la unidad provisional trabaje efectivamente con los mínimos acordados sin que la prisa excesiva lleve a adoptar decisiones apresuradas sobre Eurojust.

b).2.- La Unidad Provisional de Cooperación Judicial.

Ciertamente, la **Unidad Provisional** ha de ser contemplada como el antecedente inmediato de Eurojust y en dicha medida es interesante hacer referencia a ella, pues está basada en la misma idea: la mejora efectiva de la cooperación judicial entre los Estados miembros requiere medidas estructurales destinadas a facilitar la coordinación de acciones de investigación y persecución relativas a la criminalidad grave que afectan a varios Estados.

Aunque el propio Consejo se ha preocupado de reafirmar y declarar que esta decisión no puede tener el efecto de prejuzgar ni limitar las discusiones sobre Eurojust, pues la definición completa de las misiones de ésta requiere discusiones más profundas sobre sus cometidos y poderes, ni debe afectar a su calendario; lo cierto es que en la unidad provisional existe una cierta preconfiguración aún extraordinariamente discreta de Eurojust. De hecho, la Decisión del Consejo de 14 de diciembre de 2000 por la se crea la Unidad Provisional de Cooperación Judicial (2000/799/JAI)⁶⁴ establece que su experiencia y conocimientos se aportarán a los Estados miembros y al Consejo en la medida que ello sea necesario de cara a la negociación y adopción por éste último del instrumento por el que se instituya Eurojust⁶⁵ e incluso se ha sugerido que quienes fueren designados para su integración en la misma integren la futura Eurojust⁶⁶.

La Decisión que instituye la Unidad provisional aborda su denominación, su sede – Bruselas -, infraestructura - que identifica con las del Consejo-, composición y misiones, con pretensiones básicas. En cumplimiento del artículo tercero, cada Estado miembro ha tenido que destinar a dicha unidad un Fiscal, un Juez o un Oficial de policía con competencia equivalente⁶⁷ con objeto de desempeñar funciones de enlace necesarias para el cumplimiento de los objetivos de la Unidad que se identifican en el apartado 1 del artículo segundo como dos:

1.- Mejorar la cooperación entre las autoridades nacionales competentes relativa a las investigaciones y actuaciones judiciales en relación con la delincuencia grave procedimientos relacionados con la delincuencia grave, particularmente cuando se trate de delincuencia organizada, que afecte a dos o más Estados miembros.

2.- En el mismo marco, estimular y mejorar la coordinación de las investigaciones y de las actuaciones judiciales entre los Estados miembros, habida cuenta de las demandas presentadas por las autoridades nacionales competentes y de la información facilitada por los órganos competentes con arreglo a las disposiciones adoptadas en el marco de los Tratados.

En correlación con estos objetivos se describen - en el apartado 2 del artículo 3 - los cometidos de sus miembros, quienes, en relación y cooperación con cualquier órgano competente conforme a las disposiciones aprobadas en el marco de los Tratados y con respeto de sus respectivas competencias, contribuirán, dentro del ámbito de la

⁶⁴ Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 21 de diciembre 2000.

⁶⁵ Así se prevé en el punto 2 del artículo 2 de la Decisión del Consejo que instituye la Unidad provisional, también conocida PRO-EUROJUST- de “provisional Eurojust”.

⁶⁶ Aunque no todos los países parecen haber seguido esta indicación. Como muestra, España ha designado para el puesto en la unidad provisional al - poco tiempo antes - nombrado como Magistrado de Enlace en Italia, ubicando a éste en una ciertamente difícil compatibilidad jurídica y aún física.

⁶⁷ El orden de categorías profesionales no parece casual. La referencia a oficiales de policía está justificada en las particularidades de algunos sistemas de investigación del entorno nórdico y anglosajón, donde policías ostentan “prerrogativas equivalentes” a las propias de Fiscales o Jueces investigadores.

legislación nacional de cada Estado miembro, a coordinar y facilitar la cooperación judicial entre autoridades nacionales competentes en las investigaciones y actuaciones judiciales relativas a la delincuencia grave siempre que el caso afecte a dos o más Estados miembros— por lo tanto transnacional - y particularmente cuando se trate de actos de delincuencia organizada.

Con mayor concreción, se añade que dicha coordinación podría contribuir al estudio de soluciones sobre el inicio y el desarrollo de las investigaciones y de las actuaciones judiciales; y los miembros de la Unidad deberían facilitar su apoyo, cuando fuere posible, a la coordinación y dirección de equipos conjuntos de investigación⁶⁸.

Sus miembros podrán, si fuera necesario para el ejercicio de sus funciones, organizar misiones a un Estado miembro cuyas autoridades realicen una investigación o actuaciones judiciales específicas y, reunirse, si fuera preciso, en cualquier otro lugar.

En el artículo cuarto se declara plenamente asociada a los trabajos de la Unidad a la Comisión, con arreglo al apartado 2 del art. 36 del Tratado.

La configuración de la unidad es, como puede observarse, escasa y deja pendientes muchas cuestiones, pero constituye un primer paso preparatorio hacia la consolidación de la futura Unidad Eurojust.

En la actualidad, el método de discusión sobre lo que ha de ser Eurojust se viene conduciendo y articulando sobre la base de un texto parcialmente revisado del documento EUROJUST 8 (el de las cuatro Presidencias), que la Presidencia de turno (francesa) presentó con fecha 4 de diciembre 2000 a las Delegaciones nacionales en el Grupo de cooperación judicial en materia penal. Dicho documento núm. 14052/00 EUROJUST 19 fue elaborado a raíz de los debates mantenidos en dicho Grupo los días 5 y 6 de octubre y 15 de noviembre de 2000 y contiene interesantes aportaciones a los textos originarios⁶⁹.

⁶⁸ Creados conforme al TUE o del art. 13 del nuevo Convenio Europeo relativo a la Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea.

⁶⁹ Por ejemplo en lo que se refiere al artículo 6 relativo a las "atribuciones" de Eurojust, el texto base de discusión es ya el siguiente:

Con objeto de cumplir sus cometidos, EUROJUST

- A) podrá solicitar a las autoridades competentes de los Estados miembros afectados que emprendan una investigación o actuaciones judiciales sobre hechos precisos, o aceptar que otro Estado miembro pueda estar mejor preparado que ella para hacerlo. Si las autoridades de los Estados miembros deciden no dar curso a esa invitación, deberán comunicar a EUROJUST los motivos de su decisión;
- B) garantizará la mutua información de las autoridades competentes de los Estados miembros sobre las investigaciones y actuaciones judiciales que tengan repercusiones a escala de la Unión Europea o que pudieran afectar a unos Estados miembros distintos de los que están directamente implicados;
- C) evaluará la conveniencia de una coordinación de las investigaciones y actuaciones judiciales efectuadas por las autoridades competentes de varios Estados miembros y solicitará, en su caso, a las autoridades competentes de esos Estados miembros que efectúen dicha coordinación. Si las autoridades de los Estados miembros deciden no dar curso a esa invitación, deberán comunicar a EUROJUST los motivos de su decisión. La coordinación podría, en particular, contribuir al estudio de soluciones sobre el inicio y el desarrollo de las investigaciones y de las actuaciones judiciales. [En particular, EUROJUST debería prestar su apoyo a la coordinación y dirección de los equipos comunes de investigación].
- D) ayudará a las autoridades competentes de los Estados miembros, a petición de éstas, a garantizar la mejor coordinación posible de las investigaciones y actuaciones judiciales; a tal fin, EUROJUST animará [a través del miembro nacional interesado] a las autoridades competentes de los Estados miembros a que se reúnan para concertarse y, en la medida en que sea posible, les aportará un apoyo logístico;
- E) contribuirá a simplificar, para los casos que deba conocer, la ejecución de las comisiones rogatorias internacionales, y, de manera general, facilitará la cooperación internacional dentro del respeto de las reglas vigentes de procedimiento;
- F) en cooperación y concertación con la Red Judicial Europea, utilizará y mejorará la base documental actualizada de forma permanente con miras a facilitar informaciones jurídicas y prácticas así como a ayudar a las autoridades judiciales competentes de los Estados miembros mediante asesoramiento e investigaciones;
- G) aportará su concurso a Europol, a petición de ésta, y en particular facilitándole principalmente dictámenes, basados en los análisis efectuados por Europol.
- H) [podrá obtener de los Estados miembros, a petición de un miembro nacional, los expedientes judiciales necesarios para el ejercicio de sus misiones].

b).3.- La configuración definitiva de Eurojust.

¿Qué es lo que debería ser Eurojust?

Bajo la idea clave de la aportación de valores añadidos, Eurojust, a mi juicio, es imprescindible que se constituya como una estructura dotada de autonomía y personalidad jurídica propia, en la que estén bien definidos, con la debida audacia, tanto las funciones y poderes de la unidad como colectivo, como los cometidos y prerrogativas de sus miembros en sus Estados de procedencia, bajo el principio del establecimiento de un mínimo común denominador aceptado por todos los Estados miembros de la Unión, sin perjuicio de que cada Estado reconozca en su territorio al Magistrado Eurojust⁷⁰ propio, de acuerdo con las legislaciones nacionales ya establecidas o adaptando las mismas a las nuevas necesidades, prerrogativas operativas por encima del nivel del referido mínimo común denominador.

Una adecuada aproximación a esta condensada idea requiere una mas detenida referencia. Abordémosla por apartados.

I.- Misión y atribuciones.

Bajo el marcado objetivo de “reforzar la lucha contra la delincuencia organizada grave”, tres fueron las misiones ampliamente enunciadas en Tampere:

- facilitar la coordinación entre las autoridades penales de los Estados miembros (el texto literal en español habla de “entre fiscalías nacionales”, pero creo más ajustados los términos precedentes).
- apoyar las investigaciones penales contra la delincuencia grave transnacional, y...
- Simplificar el auxilio internacional en materia penal.

En dicha medida, llamada a ser un efectivo instrumento de “refuerzo” en la lucha contra las formas graves de delincuencia organizada que, además, sea “transnacional⁷¹”, es claro que el valor añadido que ha de aportar Eurojust ha de definirse en torno a este campo de la delincuencia organizada grave que afecta a varios Estados, en el que las investigaciones son complejas y demandan una acción coordinada.

Reaccionar contra esa complejidad, asegurar la acción coordinada y la cooperación son pues los ámbitos donde debe manifestarse el valor añadido.

Su origen, pues, se ubica en la necesidad de establecer mecanismos de articulación y coordinación de investigaciones penales complejas contra la delincuencia transnacional, y de promoción y facilitación de la cooperación entre todo tipo de autoridades competentes, no sólo judiciales o fiscales, sino también policiales, aduaneras, tributarias e incluso de Ministerios con responsabilidades, por ejemplo, en materia de extradición.

En definitiva, los términos claves serían los mismos que los empleados en la definición de los objetivos y cometidos de los miembros de la unidad provisional – art. 1.2 - , esto es: **cooperación** y **coordinación**.

El problema está en la definición de los poderes concretos a reconocer a la unidad y a sus miembros para llevar a cabo estas misiones, lo que implica identificar las modalidades de coordinación y de facilitación de la cooperación que podrían asumir.

I)

⁷⁰ Permítaseme la expresión - por otra parte no original, ya que fue utilizada en este sentido en la III Conferencia Eurojustice - que englobaría la más larga de Fiscales, Jueces o agentes de policía con responsabilidad equivalente de las conclusiones de la Presidencia de Tampere.

⁷¹ Es un hecho que prácticamente en la Unión Europea toda delincuencia organizada es efectivamente transnacional.

¿cuáles serían las posibles?

Siguiendo los trabajos preparatorios, básicamente enunciadas serían las siguientes:

- Intermediario-facilitador, prestando un simple apoyo o asistencia a las investigaciones escogidas y dirigidas por las autoridades nacionales competentes.
- Coordinador activo de investigaciones conjuntas o incluso “Team-leader” (jefe de equipo conjunto de investigación establecido con arreglo al art. 13 del nuevo Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal), consintiéndolo los Estados implicados y cuando se actúe en el Estado de su procedencia.
- Impulsor de las investigaciones y procedimientos penales, papel éste en el que podrían manejarse tres posibilidades o grados de poder:
 - a) la simple acción dinamizadora,
 - b) el poder de exigir a su Estado miembro de origen que emprenda una investigación o procedimiento sobre hechos precisos,
 - c) la facultad de recibir o remitir, en calidad de autoridad judicial ⁷², por cuenta de las autoridades judiciales de su Estado, comisiones rogatorias.

A la hora de concretar, habrá Estados más proclives a conferir a sus miembros nacionales de Eurojust amplios poderes, tales como los de coordinación de investigaciones en el ámbito nacional o los equivalentes a los de la autoridad judicial a nivel nacional. Otros, en cambio, serán partidarios de negarles facultades de impulso directo o incoación de investigaciones y procedimientos.

La cuestión está actualmente pendiente de que las delegaciones formulen en el grupo de debate propuestas más precisas que incrementen las posibilidades ya contempladas en el texto de EUROJUST 19, especialmente en sus arts. 6 - atribuciones de la unidad -, 7 – dedicado a los miembros nacionales – y 8 – referido a los corresponsales nacionales -.

En cualquier caso, si se quiere que efectivamente se aporten valores añadidos, es preciso e imprescindible definir un marco mínimo común de estatuto y poderes o atribuciones en todos los países. Y al tratar esta cuestión conviene no olvidar el compromiso y el espíritu de Tampere en aras a lograr un auténtico espacio de libertad, seguridad y justicia, y, siendo consecuentes con ello, actuar con generosidad.

¿cuál sería ese núcleo indispensable mínimo?

Para definirlo es preciso tener en cuenta el medio en que ha de moverse, las características de la realidad con la que ha de enfrentarse, la necesidad de manejar información contrastada, y aún las atribuciones y circunstancias de otros institutos cuya actividad le es esencial, recordando que la unidad Eurojust para “servir de algo” ha de actuar orientando la coordinación en procesos que por su complejidad o dispersión territorial así lo demanden, promoviendo la concertación entre las autoridades nacionales implicadas en el caso concreto y asegurando a éstas el intercambio recíproco de información, procediendo al apoyo de determinadas investigaciones, y, en su caso, demandando de un Estado la formación misma de un equipo de investigación conjunta, o bien auxiliando al jefe o formando parte del mismo y teniendo una intervención activa en el mismo. En definitiva, también participando en investigaciones penales concretas cuando ello sea necesario. Asimismo, a tenor de la estrecha vinculación que marca Tampere respecto de Europol, debieran estar entre sus facultades dirigir orientaciones o consejos jurídicos a esta unidad policial desde una óptica operacional, puesto que habrá de trabajar “en particular basándose en los análisis de Europol”.

⁷² En el sentido del art. 24 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal de 1959.

Para la concreción de este núcleo, más que una opinión personal⁷³, creo que pueden servir - y muy bien - las conclusiones acordadas sobre la unidad Eurojust en la III Conferencia Eurojustice celebrada en Santander los días 25 a 27 de octubre de 2000 de especial valor, por cuanto fueron aprobadas en un encuentro de trabajo del más alto nivel entre prácticos, que reunió a Fiscales Generales y máximos responsables de los Servicios de Acusación Pública y especialistas en materia de cooperación judicial internacional de los Estados miembros de la Unión Europea y países candidatos a la adhesión a la misma, y, más concretamente, en el seno de un "comité ad hoc" de conclusiones - compuesto por un delegado especialmente comisionado por cada uno de los Estados - en el que los debates fueron especialmente ricos e intensos.

Conforme a dichas conclusiones - que me permito reordenar para una exposición sistemática a los efectos que ahora convienen- , Eurojust debería:

- "tener la capacidad de coordinar investigaciones para evitar duplicaciones o solapamientos inadecuados en diversos Estados miembros, y de instar la incoación del procedimiento oportuno en el Estado más idóneo para emprender con éxito la persecución del delito en cada caso, que pudiera ser, por ejemplo, el país donde se encuentran las pruebas o donde la víctima hallaría una satisfacción más rápida y eficaz de sus intereses". Asimismo, "los Miembros de EUROJUST deberían poder participar en equipos de investigación conjuntos creados bajo los procedimientos estipulados en el art. 13 de la Convención de la Unión Europea sobre asistencia legal mutua"⁷⁴.
- "tener la facultad de pedir a las autoridades competentes la apertura de investigaciones de forma similar a la prevista en relación con EUROPOL en el artículo 30, apartado 2 del Tratado de la Unión Europea."
- "recibir información puntual de las autoridades competentes nacionales sobre investigaciones en curso o inminentes; del mismo modo, el intercambio fluido de información se debería asegurar entre las autoridades competentes nacionales. Con este fin, será necesario instaurar procedimientos adecuados para asegurar un nivel satisfactorio de protección y seguridad de datos."
- "tener capacidad para proporcionar recursos materiales a las autoridades competentes para coordinar sus investigaciones incluyendo, entre otros, servicios e instalaciones de traducción, interpretación y reunión. Asimismo, debería tener acceso a sistemas de comunicaciones seguros para contactar de forma protegida con las autoridades nacionales. Debería tener asimismo acceso al sistema de telecomunicaciones de la Red Judicial Europea."
- "tener capacidad para trabajar estrechamente con EUROPOL y para tomar medidas efectivas sobre la base de sus análisis. De manera general a imagen y semejanza de lo que ocurre en los países de la Unión Europea, donde la policía judicial es dirigida y controlada por la autoridad judicial, sin perjuicio de las particularidades de ciertos sistemas, Eurojust debería tener un derecho de supervisión sobre las actividades de Europol. Los países candidatos a la adhesión de la Unión Europea deberían ser asociados rápidamente a EUROJUST. También OLAF debería asociarse plenamente al trabajo de EUROJUST en materia de protección de los intereses financieros de la Comunidad."
- "tener capacidad de facilitar la ejecución de las Comisiones Rogatorias judiciales en los casos en que trabaja. Con este fin, cooperará estrechamente con la Red Judicial Europea, que debería tener relaciones privilegiadas con EUROJUST".

⁷³ Que como tal e individual de poca autoridad estaría dotada, y que por otra parte reproduciría prácticamente los términos de las que se exponen como colectivas a continuación en la medida que tuve la afortunada ocasión de participar y colaborar en su defensa y aprobación con la redacción que se transcribe en el "comité ad hoc" de conclusiones de la Conferencia.

⁷⁴ Composición mixta, duración limitada y predeterminación a un objetivo son las características de este instrumento de coordinación a cuya rápida creación e implantación exhortó Tampere en las áreas de terrorismo, tráfico de drogas y tráfico de personas, pero que el nuevo Convenio no circunscribe a concretas áreas delictivas. Conforme a éste, su actuación concreta habrá de regirse por los principios de dirección por representante de la autoridad competente para la investigación en el Estado miembro en el que se actúe y de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se estén llevando a cabo las investigaciones.

A estas condiciones, me atrevería a añadir la necesidad de poder contar con la posibilidad de recabar directamente antecedentes penales de los Registros de los Estados miembros y libre acceso a las bases de datos policiales⁷⁵ y judiciales nacionales e internacionales, así como la creación en su seno de una base de datos relativa a investigaciones y causas de delincuencia organizada transnacional.

Por otra parte, parece obvio reconocer a Eurojust y a sus miembros, en general, la capacidad para la intervención en cualesquiera de las formas específicas de asistencia judicial previstas en el nuevo Convenio Europeo de Asistencia Penal entre los Estados miembros de la Unión Europea cuando éste entre en vigor⁷⁶, y, particularmente – además de lo visto sobre los equipos conjuntos de investigación - en la coordinación y promoción de la cooperación a efectos de :

- a) El traslado temporal de detenidos con fines de investigación a otro Estado miembro cuando ello sea necesario para la práctica de una investigación (art. 9).
- b) La audición de testigos o peritos por videoconferencia por las autoridades judiciales de un Estado miembro cuando se hallen en el territorio de otro Estado (art. 10).
- c) La audición de testigos o peritos por conferencia telefónica (art. 11).
- d) Las entregas vigiladas (art. 12).
- e) Las investigaciones encubiertas (art. 14), en las que actúen agentes infiltrados o con falsa identidad.
- f) La solicitud y práctica de intervenciones de telecomunicaciones en las condiciones que marca el Título III del Convenio⁷⁷.

Es claro que estos nuevos recursos técnicos significan un decisivo salto cualitativo y cuantitativo en la actual regulación de los instrumentos de cooperación y asistencia judicial penal y Eurojust – como la Red Judicial Europea y los

⁷⁵ Naturalmente el SIS (Sistema de Información Schengen) entre ellas.

⁷⁶ La entrada de vigor del Convenio se regula en los arts. 27 (para los Estados miembros), 28 (para los que se conviertan en nuevos Estados miembros) y 29 (para Islandia y Noruega). Se sigue el criterio general de entrada en vigor para los ocho primeros Estados miembros que efectúen la notificación de la conclusión de sus procedimientos constitucionales para la adopción, a los noventa días de que el octavo miembro – que lo fuere en el momento del Acto de celebración – cumpla dicho trámite. Pero antes de su entrada en vigor – al efectuar la notificación de la conclusión de su procedimiento de adopción o en un momento posterior -, cualquier Estado puede declarar que aplicará este Convenio en sus relaciones con los Estados miembros que hayan realizado la misma declaración, surtiendo efecto estas declaraciones a los noventa días de su fecha de depósito.

⁷⁷ En las que se precisan, entre otras cosas:

- las autoridades competentes para ordenar la intervención,
- los casos en los que puede solicitarse la intervención y transmisión inmediata de telecomunicaciones al Estado requirente o bien de intervención, grabación y ulterior transmisión de la grabación de la telecomunicación al Estado requirente, solicitudes todas ellas que podrán cursarse en relación con la utilización de medios de telecomunicación por parte de la persona objeto de la intervención, siempre que dicha persona se encuentre en el Estado requirente y éste precise de la asistencia técnica del Estado requerido para intervenir las comunicaciones de dicha persona, o bien se encuentre en el Estado miembro requerido, siempre que las comunicaciones de dicha persona puedan ser intervenidas en el Estado miembro.
- la intervención de telecomunicaciones en el territorio nacional por medio de proveedores de servicio (estableciendo la obligación de que los Estados miembros garanticen que los sistemas de servicios de telecomunicaciones que operen a través de una pasarela en su territorio y a los que no pueda accederse directamente desde otro Estado miembro a efectos de intervención legal de las telecomunicaciones de una persona que se halle en el territorio de éste último, puedan hacerse directamente accesibles para a intervención legal por parte del estado miembro por mediación de un proveedor de servicios designado que se encuentre en el territorio de éste – art. 19 -) .
- la intervención de telecomunicaciones sin la asistencia técnica de otro Estado miembro (art. 20).

Particularmente interesante resulta la posibilidad de las interceptaciones en tiempo real (situaciones en las que la interceptación acompaña, de modo continuado, al sujeto que se desplaza por el territorio de más de un Estado miembro).

Magistrados de Enlace – nace para facilitar y generalizar con una buena coordinación el uso de los viejos y de los nuevos – que complementan y mejoran los anteriores – sistemas de cooperación.

Por otra parte, Eurojust debe poder proporcionar a las autoridades nacionales competentes información precisa sobre los instrumentos internacionales disponibles y las legislaciones nacionales foráneas y su jurisprudencia – recogida en una base de datos al modo de lo que más adelante se dirá -, lo que puede resolver dudas que se pueden plantear, por ejemplo, en la aplicación tanto de la regla de práctica de la asistencia conforme a la legislación del país requerido, como de la regla inversa que impone el nuevo Convenio en su art. 4.1, que establece que cuando se preste la asistencia judicial solicitada “el Estado miembro requerido observará los trámites y procedimientos indicados expresamente por el Estado miembro requirente” salvo que se disponga otra cosa en el propio Convenio o aquellos sean contrarios a los principios fundamentales del Derecho del Estado miembro requerido, y, además, la ejecutará cuanto antes teniendo en cuenta en la medida de lo posible los plazos procedimentales y de otra índole que haya indicado el Estado miembro requirente - que explicará las razones de dichos plazos (art. 4.2) -. Su labor de asesoramiento podría extenderse a la legislación nacional de aplicación e interpretación aceptada de los convenios, protocolos y reservas existentes.

Dicha información y su intermediación, puede ser además, utilizada para el adecuado uso de la transmisión directa de solicitudes de asistencia judicial entre autoridades judiciales (impuesta como regla general – no absoluta – en el art. 6.1, siguiendo la línea del espacio Schengen).

Por encima de este marco mínimo común, las prerrogativas definitivas de los miembros nacionales en orden a la actuación en sus territorios de origen podrían ser definidas libremente por cada Estado miembro. Lógicamente los mejores y más ágiles resultados se obtendrían concediendo legalmente a los miembros y corresponsales nacionales facultades operativas directas, si se quiere, en las mismas condiciones reconocidas a un Fiscal en los procedimientos nacionales. Ello puede ser de particular interés, por ejemplo, en los supuestos en los que una actuación urgente es indispensable⁷⁸.

En cualquier caso, estas prerrogativas – incluso en su versión más reducida – requieren, para su eficaz ejercicio, de una estructura suficiente, a la que nos referiremos más adelante. Antes, parece necesario abordar la cuestión del tipo de criminalidad que necesita de Eurojust.

II. Competencia “ratione materia”.

En cuanto al ámbito de **competencia material**, existe cierta tendencia a delimitarlo en base a listas taxativas y correspondencia con la extensión actual y futura de la competencia de EUROPOL y, en dicha medida, se prevé que alcance – con alguna adición - a las siguientes materias:

- tráfico de seres humanos y, en general, redes de inmigración clandestina.
- tráfico de estupefacientes.
- terrorismo.
- delincuencia informática.
- protección de los intereses financieros comunitarios⁷⁹.
- protección del euro.
- blanqueo de productos del delito.
- corrupción (tal y como es definida por la Convención de 26 de mayo de 1997 relativa a la lucha contra la corrupción atinente a los funcionarios comunitarios y de los Estados miembros), y
- otras infracciones conexas o directamente ligadas con las investigaciones en curso.

Si se optara por una lista – e incluso en todo caso -, al menos, debiera asegurarse la correspondencia con las competencias presentes y futuras de Europol – cuyo papel y cometidos, recordemos una vez más, se quieren potenciar

⁷⁸ Pensemos, con referencia a España, en la utilidad de que el Magistrado Eurojust - central o el corresponsal nacional - pudiera llevar a cabo una diligencia perfectamente practicable por el Fiscal conforme al art. 785 bis LECR – por ejemplo, obtención de una documental -, que transmitiría inmediatamente al procedimiento de otro país que lo necesitara, sin necesidad de acudir a otras indermediaciones que podrían ser dilatorias.

⁷⁹ Tal y como se define en el Convenio de 26 de julio de 1995 (DOC 316 de 27-11-95, p.48) y en sus protocolos de 29 de noviembre de 1996 (DOC 151 de 20-5-96, p.1) 19 de junio de 1997(DOC 221 de 19-7-97, p.11) y 27 de septiembre de 1997(DOC 313 de 23-10-97, p.1).

de manera importante y debe constituir, en el peor de los casos, el mínimo competencial de Eurojust -, lo que puede lograrse a través de una cláusula de extensión de la competencia de Eurojust a toda ampliación que se produzca de la de Europol. En consecuencia, aquella debería contemplar los delitos previstos en el anexo del Convenio Europol y contener esta cláusula flexible.

Pero el sistema de lista taxativa, que tiene claras ventajas de cara a la seguridad jurídica, también presenta el inconveniente de la limitación y el obstáculo añadido de que si se incluye una relación de delitos cerrada en el instrumento fundacional, será necesario una nueva negociación y un nuevo instrumento jurídico para su ampliación cada vez que se advierta un ámbito necesitado de la actuación de Eurojust.

Lo cierto es que la necesidad de articular o coordinar investigaciones cuando concurren quince – de momento – ordenamientos jurídicos nacionales, puede mostrarse como necesaria en otros casos y, por ello, ha de meditarse si se ha de limitar a determinadas formas de delincuencia.

Por un lado, en muchas ocasiones, manifestaciones ciertamente lucrativas y graves de delincuencia organizada pueden ser discutidas o quedar excluidas. Pensemos, por ejemplo, en determinadas organizaciones criminales como las que se dedican con ramificaciones en diversos países a la infracción a gran escala de derechos de propiedad intelectual o industrial, aprovechando o no medios o elementos de nuevas tecnologías, y disponen de redes de distribución por todo el territorio de la Unión, con las consiguientes repercusiones – negativas - económicas, industriales, laborales y tributarias⁸⁰.

Por otra parte, ciertamente Tampere habló de “delincuencia organizada grave”, sin embargo, puede no ser oportuno excluir otras manifestaciones graves de criminalidad transnacional – en la medida en que afecta a varios Estados – no organizada. En dicha medida, una fórmula similar a la utilizada respecto de la unidad provisional, que ubique en el ámbito de la “*criminalidad grave, particularmente* – que no exclusivamente - *cuando sea organizada*”, puede tener la virtud de permitir actuaciones en casos de delincuencia no organizada justificadas por sus características de gravedad, en cuya investigación concurren complejidad y necesidad de coordinación, cooperación o asistencia judicial. Pensemos, por ejemplo, en un delito masa de estafa ideado y concretado por un individuo, originando un fraude colectivo de gran magnitud y cuantía económica, con múltiples perjudicados en diversos territorios nacionales, o en un caso de estafa mediante el empleo de elementos informáticos, que afecte a entidades crediticias u organismos o ciudadanos de diversos Estados de la Unión, o, en general supuestos en los sin necesidad de organización alguna, con la simple utilización de medios informáticos y actuando o no contra elementos de la misma naturaleza pueden ocasionarse delitos “a distancia” de considerable gravedad en territorios distintos al nacional de ubicación del “agente”.

Una solución de este tipo, además, se correspondería con la posibilidades de intervención de la Red Judicial Europea⁸¹, organismo con el que ya hemos visto que tiene un origen común y veremos que deberá desarrollar una estrecha colaboración.

III.- Estructura y recursos.

El ejercicio de las misiones, atribuciones y competencias de Eurojust y sus miembros – aún en sus más restringidos términos – precisan de una estructura suficiente.

¿Cuál sería esta estructura y qué recursos serían necesarios?

No es suficiente una mera “mesa redonda”, compuesta de quince magistrados de enlace Eurojust , llenos de buena voluntad y a expensas de la dotación que a cada uno le pueda o le quiera brindar su Estado de origen.

La unidad debería estar articulada en base una oficina o departamento central – con sede en Bruselas o en la Haya⁸² -, en el que estaría permanentemente destinado, al menos, un Magistrado Eurojust por Estado miembro, y una

⁸⁰ Quizás esta situación concreta pudiera tener acogida por la vía del anexo del Convenio Europol, pero son imaginables supuestos similares más discutibles.

⁸¹ El artículo 4 de la Acción Común 98/428/JAI, reguladora de la RJE habla de “en particular en la actuación contra las formas de delincuencia grave”.

estructura descentralizada de apoyo, constituida por otro Magistrado Eurojust delegado o corresponsal⁸³ de la unidad con destino en las capitales de cada de los Estados miembros.

Naturalmente a ellos se unirían los agentes que a la unidad destinara el Consejo de acuerdo con el procedimiento previsto en los artículos 37 y 38 del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas.

Los Magistrados Eurojust destinados en la sede central constituirían un “colegio” o “comité” dirigido por un Presidente. Los Magistrados Eurojust corresponsales nacionales actuarían de delegados de la unidad en los Estados miembros para el ejercicio de sus misiones y cometidos, con capacidad para actuar en estrecha cooperación con los centrales y sustituirlos dentro y fuera del territorio nacional cuando ello fuere necesario (por ejemplo, en caso de necesidad de actuaciones o presencia en varios equipos conjuntos de investigación o actuaciones coordinadas que requieran presencia en varios lugares pertenecientes o no al mismo territorio nacional). Asimismo, dichos corresponsales nacionales se encargarían de facilitar la centralización y la transmisión de las informaciones “destinadas a” y “procedentes de” Eurojust, facilitar los contactos con los puntos de contacto nacionales de la Red Judicial Europea y de “relacionarse” estrechamente con las autoridades nacionales competentes conforme expresamente regule el Derecho nacional correspondiente. La entidad y número de cometidos de Eurojust y la necesidad de su más ágil funcionamiento parece exigir esta estructura. El funcionamiento y la toma de decisiones de la unidad deberá ser regulada en un Reglamento de régimen interno.

Naturalmente, la unidad debería estar dotada de una adecuada infraestructura, asegurada tanto en la sede central como en las corresponsalías, con provisión de los adecuados medios personales y materiales de apoyo. Entre los primeros, sería imprescindible contar con un equipo de intérpretes y traductores, así como con personal auxiliar con conocimientos lingüísticos en al menos dos idiomas comunitarios. Entre los segundos, sería inexcusable disponer de una suficiente dotación telemática y una red virtual confidencial interna, que pudiera servir de soporte a rápidas transmisiones y comunicaciones, así como a bases de datos documentales con información a nivel de instrumentos jurídicos internacionales (tratados, reservas, declaraciones) y sobre sistemas procesales y organización judicial y competencial nacionales (al modo de las fichas belgas y el Atlas Judicial Europeo). En la medida en que el trabajo está prácticamente hecho en el ámbito de la Red Judicial Europea, debería irse a la conexión o la disposición de la misma base de datos. Todo ello, se debería complementar con el establecimiento de un registro propio de diligencias transnacionales y el acceso a los Registros de antecedentes penales de los Estados miembros.

El acceso a la información contenida en bases de datos y demás de carácter personal naturalmente ha de llevarse de acuerdo con las condiciones de derecho interno vigentes en el país en el que se encuentre la información, que deberá ser objeto de protección en los mismos términos.

Necesarios complementos de esta estructura y estos recursos resultan las cuestiones del apartado que sigue.

IV.- Personalidad y sostenimiento económico.

Para su adecuado funcionamiento la unidad necesita estar dotada de **personalidad jurídica** y un **presupuesto propio** a cargo de la Unión.

La personalidad jurídica es esencial. Como dice la comunicación de la Comisión sobre la creación de Eurojust⁸⁴ :

“Para garantizar cierto grado de independencia y autonomía, y disponer de normas claras sobre representatividad, relaciones con otros cuerpos y responsabilidad, es preferible crear un organismo a nivel de la Unión. Parece conveniente dotar a este organismo de personalidad jurídica, al igual que se ha hecho ya con Europol y otros muchos organismos comunitarios”.

⁸² Aunque el número de ciudades barajadas es amplio (también Luxemburgo, Estrasburgo, Postdam, Roma, Valenciennes y Londres) , La Haya por ser la sede de Europol o Bruselas por las necesidades de apoyo – al menos en principio - en la infraestructura del Consejo, parecen preferibles.

⁸³ La figura del corresponsal con lugar de trabajo en el Estado miembro estaba ya prevista en los arts. 3 y 7 de la propuesta de las cuatro Presidencias (EUROJUST 8) y se prevé como posible si se estima necesario en el actual artículo 8 del documento EUROJUST 19.

⁸⁴ Documento COM(2000) 746 final, de 22 de noviembre 2000.

Las soluciones alternativas, como una simple mesa redonda u organismo del Consejo o de la Comisión, no cumplirían los requisitos prácticos ni garantizarían suficientemente un grado mínimo de independencia de Eurojust ni conferirían seguridad jurídica a los actos de Eurojust dirigidos a destinatarios exteriores.”

En efecto, la personalidad jurídica de Eurojust es absolutamente imprescindible para generar la debida consistencia legal y moral de la unidad, su prestigio y su “autoridad” respecto de los organismos y autoridades con las que necesariamente ha de relacionarse.

Eurojust necesita de la “confianza” en sus posibilidades de éstos organismos y autoridades. Particularmente, para que las autoridades judiciales y fiscales nacionales “confíen” en la unidad, ésta debe ser percibida como una entidad desde luego especializada, pero además no manejada o susceptible de manejo por intereses políticos - o incluso partidistas - procedentes de los Estados miembros o en una peligrosa situación de inferioridad respecto de organismos de carácter policial.

En este sentido, parece particularmente importante que se mantenga en el texto definitivo la previsión inicialmente establecida en el documento EUROJUST 8 – art. 18.6 - y mantenida en el posterior EUROJUST 19 – art. 18.7 -, conforme a la cual *“Bajo la dirección del Presidente, el personal deberá desempeñar su función teniendo presente los objetivos y el mandato de EUROJUST, sin solicitar ni aceptar instrucciones de ningún Gobierno, autoridad, organización o persona exterior a EUROJUST.”*

Es éste un ámbito más en el que resulta conveniente recordar el viejo adagio inglés “justice must not only be done: it must also be seen to be done”⁸⁵ (la Justicia no sólo debe hacerse: también debe parecer que se hace)

Concretamente en lo que se refiere a la relación con Europol, el esquema de los sistemas democráticos: actuación policial y supervisión y control judicial, debe ser reproducido a nivel Europol/Eurojust. Si Europol tiene personalidad jurídica, difícilmente se puede ofrecer una imagen que no propicie la percepción de inferioridad de Eurojust como reunión – permítaseme la expresión impropia, pero descriptiva – de “amigos” y la sospecha frente a su actuación. La importancia de la iniciativa y los resultados que para los ciudadanos y la creación del espacio común de Justicia puede aportar Eurojust no pueden hacerse fracasar dando la imagen de Eurojust como unidad de cobertura aparente al servicio de Europol.

Por demás, sería necesario garantizar un estatuto mínimo de los “Magistrados Eurojust” centrales o corresponsales y su responsabilidad, temas éstos sobre los que se está pasando “de puntillas” en las negociaciones. Poco habría que insistir en un sistema de mandatos temporales con causas de cese tasadas y un sistema objetivo de retribución equiparada para todos sus miembros – aún a satisfacer por cada Estado de origen –, supondría una buena contribución complementaria a los beneficiosos efectos de la personalidad jurídica. Si los Estados miembros pueden cesar cómo y cuando quieran a los – que no “sus” - Magistrados Eurojust centrales o corresponsales de poco puede servir en la práctica la previsión de desempeño independiente de su función anteriormente reproducida.

El presupuesto propio – que tendría que basarse probablemente en los principios establecidos en el apartado 3 del artículo 41 TUE - es asimismo imprescindible, tanto por razones de autonomía y margen financiero de maniobra, como por motivos de aseguramiento de dotaciones uniformes en las corresponsalías en todos los Estados miembros.

La cuestión no es tanto que los Estados no asuman el pago de los correspondientes Magistrados Eurojust – esto es lo de menos si se asegura un estatuto como el que aquí se propugna -, sino que su actividad no se vea condicionada por las restricciones presupuestarias de uno u otro Estado, por ejemplo manifestadas en torno a las diferencias en la concepción y dotación de las corresponsalías. El hecho del presupuesto a cargo de la Unión es un complemento que junto con la personalidad jurídica de la unidad como tal contribuye, además, a una mayor autoridad y credibilidad ante las autoridades y organismos nacionales e internacionales con los que Eurojust habrá de relacionarse.

V.- Relaciones con otros organismos.

¿cuáles deben ser sus relaciones con los otros organismos con competencia en la materia?

⁸⁵ Sin duda basado en el romano “La mujer del César no sólo ha de ser honrada, también ha de parecerlo”.

Las propuestas alemana y de “las cuatro presidencias” hacen referencia a la necesidad de definir las relaciones respecto de la Red Judicial Europea, EUROPOL, la OLAF, los Magistrados de Enlace, y, finalmente, con otros países u organizaciones internacionales

De alguna manera, ya se han venido haciendo manifestaciones al respecto, pero quizás convenga ordenar las reflexiones.

a) Con la Red Judicial Europea.

Como se habrá podido apreciar RJE y Eurojust tienen antecedentes comunes y ambas presentan elementos coincidentes, pero sus características, tareas y competencias son diferentes⁸⁶.

Los temores manifestados en las negociaciones ante tareas coincidentes son las posibilidades de “competición” o “conflicto” entre ambas o la excesiva burocratización y duplicación de actividades⁸⁷.

En cualquier caso, tienen ambas unas amplias posibilidades de concertación y complementación y, en tal medida, la idea sería racionalizar la actividad de ambas, armonizando un funcionamiento conjunto.

Por ello, parece conveniente combinar y conectar ambas instituciones en aras de la consecución de los mejores resultados para la cooperación judicial internacional.

¿cómo?

Mediante una “medida” integración conjunta y unas relaciones privilegiadas. Ambas deben estar conectadas y tanto la oficina o comité central de Eurojust como sus corresponsales en los Estados miembros deben tener una relación transparente y estrecha con los puntos de contacto nacionales de la Red. Ésta ha de ser la colaboradora privilegiada de Eurojust. De hecho, la coincidencia más acusada es que los miembros de Eurojust procedan de la Red e incluso, de tener éxito la idea del corresponsal nacional éste sea un miembro de la Red⁸⁸, quien podría también ostentar a su cargo la secretaría común de la red en el Estado nacional.

Dentro de la Red, existe la necesidad sentida de una secretaría permanente. Ésta podría ser común con Eurojust. Se ha propuesto por la Comisión que el comité central de Eurojust debiera ser también la sede central de la Red. Las bases de datos ya expuestas, los instrumentos ya desarrollados en la Red – fichas belgas, Atlas, red de telecomunicaciones del art. 10 de la Acción Común, etc... - y los que Eurojust incorpore (bases de datos de legislaciones y sobre causas e investigaciones, etc...) deben ser compartidas. Incluso las secretarías y las infraestructuras de personal y traducción podrían ser comunes. La procedencia heterogénea de los miembros de la red puede además posibilitar la utilización de éstos por Eurojust como interlocutores e intermediarios con las instituciones a las que pertenecen y con las autoridades competentes con las que ya existen vías establecidas por la Red, todo ello sin perjuicio de la vía de comunicación directa entre Eurojust y las autoridades nacionales en ambos sentidos, que debe mantenerse como preferente y siempre abierta.

b) Con Europol.

⁸⁶ Un interesante y clarificador esfuerzo de explicación de esta idea puede encontrarse en el documento del Consejo 11209/00 EUROJUST 11, presentado por la Delegación belga.

⁸⁷ Así lo refleja Nilsson, H. “Eurojust, the beginnig...?”, op. cit, parágrafo 52, y la mencionada Comunicación de la Comisión sobre la creación de Eurojust en su apartado 4.5.

⁸⁸ Así lo recomienda ya el nuevo punto 2 del art. 8 del texto parcialmente revisado del documento Eurojust 8 (14052/00, Eurojust 19, de 4 de diciembre 2000) - como ya se ha dicho - presentado a la Delegaciones nacionales a raíz de los debates mantenidos en el grupo de “cooperación en materia penal”, los días 5 y 6 de octubre y 15 de noviembre de 2000.

Naturalmente, la cooperación entre Eurojust y Europol ha de ser necesariamente estrecha. También aquí la conexión "histórica" - y hasta etiológica - aparece clara y presente ya desde el origen en la propia conclusión 46 de Tampere. En este marco, debe existir una fluida relación de información en ambos sentidos y un mantenimiento de contactos directos y sostenidos, previéndose encuentros periódicos entre los responsables de las dos instituciones y mecanismos de asistencia mutua e intercambio de informes, dictámenes y datos (especialmente Eurojust debería tener pleno acceso a las bases de datos de Europol), pero no se debe renunciar a que, sin perjuicio de prestar el necesario apoyo y brindar un adecuado complemento a la actividad de Europol mediante desarrollo de labores de cierta asesoría jurídica y coordinación de la instrucción a los niveles que se requieran⁸⁹, se reproduzca el modelo democrático de supervisión por Eurojust como unidad de nivel judicial sobre Europol, al modo de lo ya explicitado al hacer referencia a lo acordado en la Conferencia Eurojustice de Santander⁹⁰.

c) Con la Comisión en general y con la Oficina Europea de Lucha Antifraude (OLAF) en particular.

La cuestión del diseño adecuado de esta relación depende en gran medida del propio desarrollo de la OLAF. Naturalmente, dada la competencia que se pretende establecer para Eurojust sobre la protección de los intereses financieros de la Comunidad la coincidencia de ámbito de actuación es manifiesta dado que frecuentemente investigaciones iniciadas o detectadas en el plano administrativo tendrán una implicación penal o viceversa. No puede olvidarse, por otra parte, que para la OLAF la estimulación y la coordinación de las investigaciones y demás actuaciones procesales penales en esta parcela es una materia de primordial interés, como lo acredita el hecho de que se está preparando para una mayor y más eficaz acción en este ámbito, en la medida que ha reforzado su estructura con una unidad interna formada con Fiscales y Jueces extraídos de los todos y cada uno de los Estados miembros. Si bien no tiene de momento competencias reales en el plano penal, el futuro puede deparar – como ya se ha apuntado – evoluciones a partir de lo que pudiera ser también un germen de la vía de la Fiscalía europea.

A corto plazo, es preciso asegurar la participación de la Comisión en los trabajos de Eurojust, garantizando el flujo de información y transmisión de experiencia adquirida por la OLAF hacia la nueva unidad.

En el estado actual de los trabajos, la solución que se propone consistiría en asociar la Olaf a los trabajos de Eurojust a petición de ésta o de la propia OLAF si a ello no se oponen los miembros nacionales de Eurojust. La concreta medida a adoptar en atención a cada caso concreto puede llegar a destacar representantes de la aquélla junto a Eurojust cuando la investigación afecte a los terrenos de competencia material de fraude a los intereses comunitarios.

d) Con los Magistrados de Enlace.

Respecto de los Magistrados de Enlace, lo más sensato parece la asociación de éstos a los trabajos de Eurojust tal y como se prevé en los trabajos actuales⁹¹, siempre a iniciativa de ésta cuando la coordinación concierna a hechos cometidos en los países en los que ejerciten sus funciones, con la condición de que el Estado al que representen esté afectado por el caso y los demás Estados miembros afectados estén de acuerdo con ello.

La especial naturaleza de los magistrados de enlace y su dependencia estricta de la misión diplomática de su correspondiente país, requiere que se valore siempre su participación con un especial cuidado en los asuntos en los que intereses no estrictamente acordes con los objetivos de la unidad puedan querer aflorar.

⁸⁹ Como dice la Comunicación de la Comisión sobre la creación de Eurojust (COM 2000, 746 final): Europol no sólo podría necesitar asesoría jurídica sobre ciertas cuestiones judiciales, sino que también habría que apoyar sus actividades coordinando la correspondiente actividad de las autoridades nacionales de instrucción. Por otra parte, para desempeñar sus tareas de coordinación, Eurojust tendrá que usar los datos obtenidos y proporcionados por Europol.

⁹⁰ No se atreva a tanto la Comunicación referida en la nota anterior, pues si bien afirma que "Eurojust es la contrapartida judicial de Europol", inmediatamente matiza que "la palabra "contrapartida" no significa una supervisión judicial de Europol" y alude a las funciones de apoyo y complemento a Europol.

⁹¹ Art. 16.4 del documento EUROJUST 19.

e) Relaciones con terceros.

Es preciso prever que Eurojust tendrá necesidad de relacionarse con responsables de investigaciones de Estados no miembros, que tanto pueden ser de la “región”, limítrofes y por tanto especialmente interesantes e interesados – candidatos o no a la adhesión – o no, como países de otras regiones mundiales – integrados o no a su vez en organizaciones internacionales con propias iniciativas en la concertación en la lucha contra la criminalidad organizada -, implicados por fenómenos delictivos afectantes a los intereses de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea⁹².

Pensemos, por ejemplo, en la conveniencia para los trabajos de Eurojust de conocimiento práctico de la legislación, jurisprudencia y mecanismos de extradición de nacionales de países externos a la Unión desde donde éstos “montan” las operaciones, o de seguimiento e incautación de instrumentos, géneros prohibidos o productos ilícitos de la actividad delictiva que proceden, circulan o acaban en los mismos.

En dicha medida es preciso establecer previsiones de contactos, acuerdos o concertaciones con autoridades responsables de la investigación y actuaciones fiscales y judiciales de esos otros países o con representantes de organismos internacionales. Especialmente conveniente sería el establecimiento de resortes de intercambio de información y experiencias, la posibilidad de celebración de reuniones conjuntas, intercambio o asociaciones de expertos, etc...

A estos efectos, el Consejo debería promover la celebración de acuerdos o convenios sobre estos particulares.

VI.- Rendición de cuentas y evaluación.

Naturalmente Eurojust ha de tener deberes y responsabilidad frente a la Unión. En los textos manejados, lo previsto es una rendición anual – por escrito - de cuentas de gestión y actividades al Consejo de la Unión, cuya Presidencia ha de enviar, a su vez, al Parlamento Europeo un informe especial sobre los trabajos realizados por la unidad⁹³.

Esta especie de “Memoria” será de extraordinario valor de cara a tomar decisiones sobre el desarrollo futuro de Eurojust, pues permitirá evaluar las necesidades que ofrezca la experiencia. Pero quizás debiera ya preverse una específica evaluación periódica de resultados y necesidades, de cara a valorar la oportunidad de modificar sus misiones y poderes y analizar si aquellas y éstos responden a los objetivos que le son asignados y a las necesidades que podrían aparecer.

VII.- La naturaleza del instrumento de creación.

Inicialmente, se consideró que la creación por una “decisión” sería la forma más rápida de su puesta en marcha, pero no se descartaba la discusión paralela de un convenio como parecen demandar ciertos aspectos de su regulación – especialmente los aspectos de protección de datos - y el nivel del instrumento creador de Europol.

En apoyo de la apuesta por la Decisión – hipótesis barajada en los diversos documentos de trabajo - me parecen particularmente atinados los argumentos de Nilsson⁹⁴, para quien la opinión de quienes sostienen que ésta es un instrumento para soluciones de tipo “más ligero”, que no conlleven la necesidad de introducir modificaciones legislativas en los Estados miembros, no es aceptable, pues el Tratado sólo establece diferencias con base en la necesidad de armonización o no, y, además, si se estima preciso el convenio respecto de determinadas cuestiones –

⁹² En este sentido, hay que destacar el enorme papel de relación con la región Iberoamericana que los miembros españoles y portugueses de Eurojust (central y corresponsal), sirviendo de canal de encauzamiento de las necesidades de Eurojust. De nuevo, los contactos personales que sean capaces de desarrollar tendrán una inmediata consecuencia positiva en las posibilidades de la unidad al completo. Imaginemos los efectos beneficiosos multiplicadores que una acción concertada también a este nivel puede proporcionar de cara a las necesidades de cooperación judicial interregional.

⁹³ Artículo 20 de Doc. EUROJUST 19.

⁹⁴ Nilsson, H., Eurojust , the beginning...?, op. cit, parágrafo 64.

como la protección de datos -, lo conveniente sería apartar el tema y sacar adelante ahora la unidad, pues de lo contrario el plazo de finales de 2001 sería ampliamente rebasado.

Conclusión

La creación de Eurojust puede constituir un avance de tal calibre que requiere una atención nacional especialmente generosa con conciencia de que ha de ser dotada de una estructura y estatuto suficiente para posibilitar un buen desarrollo a nivel comunitario y nacional de sus misiones.

La idea de la “mesa redonda” implica una aportación tan limitada a la situación actual que no puede ser el objetivo de un paso como Eurojust si se quiere – como se deduce de Tampere – que constituya no un paso más, sino el “paso decisivo” en la lucha contra la delincuencia organizada en el marco de la Unión⁹⁵.

Si se quiere que Eurojust aporte un valor añadido, además de funciones genéricas de información jurídica y asesoría sobre instrumentos internacionales o legislaciones nacionales – por ejemplo, de cara al mejor uso de los mecanismos y fórmulas de cooperación internacional, la obtención de pruebas válidas, etc... -, debe poder participar en investigaciones penales concretas, contribuyendo activamente a la coordinación adecuada de casos individuales, mediando activamente entre las autoridades nacionales de instrucción, ya sea a petición de una de ellas o por propia iniciativa, y participando si es preciso en los procedimientos, con objeto de aportar su experiencia, conocimientos y posibilidades de detección de conexiones internacionales de los fenómenos criminales afrontados.

Por ello, los Estados miembros deben llevar a cabo un esfuerzo regulativo que tanto a nivel comunitario, como – en lo que más importa – a nivel de Derechos nacionales permita una concreción real y efectiva de sus posibilidades, constituyendo la unidad EUROJUST, de verdad, en el “paso decisivo”.

Será este un punto en el que los gobernantes de los Estados acreditarán su nivel de compromiso – real o aparente – con la construcción de ese espacio común de seguridad, libertad y justicia, pues no parece exagerado decir que Eurojust es la primera gran concreción en el plano penal de este anhelo.

La importancia de Eurojust, además, tiene mucho que ver con su capacidad para convertirse en el germen – o al menos en un “co-germen” de la Fiscalía Europea. De ahí que debamos estar especialmente atentos a su desenvolvimiento.

⁹⁵ Como dice la tan mentada Comunicación de la Comisión sobre Eurojust: “La creación de una mesa redonda central de funcionarios o magistrados de enlace tendrá probablemente cierto valor añadido en comparación con la Red Judicial Europea en su estado actual. La comunicación será más fácil en un equipo que trabaje en una oficina conjunta que entre puntos de contacto descentralizados en los Estados miembros, incluso aunque se disponga de mejores medios técnicos de comunicación. Una oficina central puede también aumentar la relación coste-eficacia, crear una recopilación de documentos pertinentes y garantizar la disponibilidad permanente de especialistas con experiencia en cooperación judicial. Estas ventajas son considerables. Sin embargo, su valor añadido aún parece bastante limitado y podría no bastar para combatir eficazmente la delincuencia internacional organizada”.