

**BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA
MINISTERIO PUBLICO**

Nº 4

Agosto 2001

INDICE

Pág.

PROLOGO

5

I. FALLOS

Juzgados de Garantía

Condena a imputado a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo por el delito de robo con fuerza en sitio no destinado a la habitación en grado de frustrado. No concede medidas alternativas por no concurrir los requisitos de la ley 18.216. **Juzgado de Garantía de Temuco**, primero de Junio de dos mil uno.

7

Rechaza petición de la defensa de decretar el sobreseimiento de la causa por no haberse cerrado la investigación al vencimiento del plazo y concede un nuevo plazo para la investigación, de conformidad con el artículo 17 del Código Procesal. **Juzgado de Garantía de Temuco**, catorce de junio de dos mil uno.

10

Condena al acusado a la pena de seiscientos días de presidio menor en su grado medio, accesorias como autor del delito de homicidio, remitiendo condicionalmente la pena impuesta. **Juzgado de Garantía de Coquimbo**, cinco de julio de dos mil uno.

12

Condena, en procedimiento abreviado a la pena de dos años y un día de presidio menor en su grado medio, accesorias y costas, a los acusados como autores del delito de hurto de ganado. **Juzgado Mixto de Toltén**, doce de julio de dos mil uno.

19

Aprueba acuerdo reparatorio y sobresee definitivamente la causa por el delito de lesiones menos graves. **Tribunal Mixto de Andacollo**, dieciocho de Julio de dos mil uno.

23

Condena a imputado, en procedimiento abreviado, a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes(marihuana), y exime del pago de multa ya que, al carecer el imputado de medios para el pago, su imposición haría ilusoria una medida alternativa. **Tribunal Mixto de Los Vilos**, dos de agosto de dos mil uno.

24

Condena a imputado por el delito de manejo en estado de ebriedad a una pena privativa de libertad sustituida por reclusión nocturna, multa y retiro definitivo de licencia de conducir. Aplicando el artículo 398, suspende la pena y sus efectos, con excepción del retiro definitivo de la licencia de conducir que se hace efectivo de inmediato. **Tribunal Mixto de Andacollo**, diez de agosto de dos mil uno.

27

Tribunal Oral en lo Penal

Condena a imputado a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, por el delito de robo con violencia y rechaza la agravante del artículo 12 N° 16, en razón de no encontrarse cumplida la pena a que fuera condenado anteriormente el imputado. **Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena**, uno de Junio del año dos mil uno. 29

Impone la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias y al comiso del instrumento utilizado en el delito, al autor de robo con intimidación perpetrado en un supermercado de la ciudad de Temuco. **Tribunal Oral en lo Penal de Temuco**, veintisiete de julio del año dos mil uno. 33

Condena a imputado por el delito de abuso sexual del artículo 366 bis del Código Penal, a la pena de 300 días de reclusión menor en su grado mínimo y rechaza agravante basada en la menor edad de la víctima, en virtud del artículo 63 de dicho código. **Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle**. veintiocho de julio de dos mil uno. 39

Corte de Apelaciones

Revoca resolución del Juzgado de Garantía que no dio lugar a la solicitud de formular requerimiento conforme a las normas del procedimiento simplificado, ordenado la reapertura de la investigación- la que estimó cerrada- y ordenando la realización de diligencias con fundamento en el artículo 257 del Código Procesal Penal. **Corte de Apelaciones de Temuco**, once de julio de dos mil uno 43

La Corte de Apelaciones de Temuco, hace lugar al recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en contra de la sentencia dictada por el Juez de Garantía de Loncoche, declarándose nulos la sentencia y el juicio oral en procedimiento simplificado, dejándose la causa en estado de realizar un nuevo juicio. Hay prevención del Ministro Héctor Toro Carrasco. **Corte de Apelaciones de Temuco**, diecisiete de julio de dos mil uno. 45

Declara inadmisibles los recursos de nulidad interpuestos por la defensa en contra de la sentencia del tribunal oral en lo penal que condena a Luis Barra Muñoz, como autor del delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, en grado de tentativa, a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo y a las accesorias correspondientes. **Corte de Apelaciones de Temuco**, veinticuatro de Julio del dos mil uno. 49

Corte Suprema

Acoge recurso de nulidad –por la causal del artículo 374 letra e)- interpuesto por la defensa en contra de una sentencia del Juzgado de Garantía que, en procedimiento simplificado, condenó a un imputado por el delito de manejo en estado de ebriedad. Previamente declara que el Ministerio Público puede comparecer en el recurso representado por el Director de una de las Unidades Especializadas de la Fiscalía Nacional. **Corte Suprema.** **54**

II. SENTENCIA COMENTADAS

1. Comentarios a las resoluciones judiciales en el Caso RUC N° 497-9 sobre robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, en grado de tentativa, seguido ante el Tribunal de Juicio Oral de Temuco. **59**

Comentario de Guillermo Piedrabuena Richard, Fiscal Nacional **59**

Comentario de Héctor Hernández Basualto **60**

Informe en Derecho de Raúl Tavorari **64**

Sentencia del Tribunal Oral de Temuco **72**

Sentencia de Nulidad y Reemplazo. **76**

Recurso de Queja **80**

Resolución sobre Admisibilidad de la Corte Suprema **85**

2. Comentario a sentencia de la Segunda Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Temuco, de 6 de julio de 2001 (ruc 2723-1). Absolución en juicio oral por delito del art. 2° de la ley 19.366. **86**

Mauricio Fernández

PROLOGO

La consolidación de este boletín de jurisprudencia publicado por la Fiscalía Nacional involucra una ardua labor de recopilación de todo lo que ocurre a nivel de las regiones piloto, en materia de resoluciones y sentencias. Ello ha implicado fundir en un documento parte de la historia que se está escribiendo con la puesta en marcha de la Reforma Procesal Penal a partir del 16 de diciembre de 2000.

Dentro de este contexto, es que resulta doblemente gratificante saber que con este documento le damos un valor agregado al trabajo que realizan los distintos organismos involucrados en esta trascendental reforma. Además, el presente boletín se transforma en una ventana para observar cómo el sistema está operando en las distintas ciudades y pueblos de las regiones IV y IX.

Por tal razón, es que incluimos diversas sentencias en todos los ámbitos de competencia, ya sea tribunales de Garantía, tribunales Orales en lo Penal, Corte de Apelaciones y Corte Suprema, en donde es posible apreciar el accionar de la reforma en distintos tipos de causas y delitos.

Por otra parte, en esta edición se integran interesantes comentarios de destacados abogados, a saber, del propio Fiscal Nacional, Guillermo Piedrabuena, de Héctor Hernández, Raúl Tavolari y del abogado y asesor de la Fiscalía Nacional, Mauricio Fernández.

División de Estudios

I. FALLOS



JUZGADOS DE GARANTIA

- **Condena a imputado a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo por el delito de robo con fuerza en sitio no destinado a la habitación en grado frustrado. No concede medidas alternativas por no concurrir los requisitos de la ley 18.216**

Tribunal: Juzgado de Garantía de Temuco.

Resumen:

El Ministerio Público acusa por el delito de robo con fuerza en grado de frustrado, a un imputado que fue sorprendido al interior de un estacionamiento en donde rompió uno de los vidrios de un auto sustrayendo una sierra eléctrica, la que debió abandonar en momentos que llegó Carabineros al lugar. Concurriendo la atenuante del N° 7 del artículo 12 el Código Penal, el tribunal impone la pena en su mínimo, pero no concede ninguno de los beneficios de la ley 18.216 en razón de que los antecedentes penales del imputado impiden la configuración de los requisitos.

Texto completo:

Temuco, a primero de Junio de dos mil uno.

Siendo las 15:30 horas, se da inicio a la presente audiencia presidida por la magistrado titular doña Isabel Uribe Molina, con la asistencia del fiscal del Ministerio Público don Alejandro Ivelic Mancilla, domiciliado en Aldunate Nr. 51, del imputado don Héctor Iván Ramírez Gaete, Run 10.791.052-2, domiciliado en Andes Nr. 171 de Temuco, quien es asistido por el abogado defensor don Lucy Catalán Mardones, domiciliado en Prieto Norte Nr. 333 de Temuco.

El Fiscal solicita que la copia se sentencia se remita vía correo electrónico, la defensora solicita se notifique vía fax.

El Tribunal aperece a los intervinientes en los términos del art. 26 del Código Procesal Penal.

VISTOS y TENIENDO PRESENTE.

Ante este Juez de Garantía de Temuco, se ha presentado el Fiscal Adjunto del Ministerio Público, don Alejandro Ivelic Mancilla, sosteniendo acusación en contra de don Héctor Iván Ramírez Gaete, 33 años de edad, chileno, R.U.N. N° 10.791.052-2, domiciliado en Avenida Andes N° 171, Temuco, por el delito de Robo con fuerza en sitio no destinado a la habitación, en grado de frustrado, previsto y sancionado en los artículos 443

inciso primero en relación con el artículo 432 del Código Penal, en calidad de autor.

PRIMERO: Que, la acusación deducida por el Ministerio Público, se funda en que el día 31 de enero del año en curso, siendo aproximadamente las 07,00 horas el Sr. Héctor Iván Ramírez Gaete, ingresó al estacionamiento de calle Zenteno N° 251 de esta ciudad, mediante escalamiento de una de sus paredes, una vez en el interior procedió a quebrar el vidrio lateral de la puerta derecha de la camioneta patente única DF-5948, que se encontraba estacionada en el lugar, sustrayendo desde su interior una sierra eléctrica cortadora de aluminio, marca Makita modelo LS 1020 serie N°346832 de propiedad de don Luis Zamponi Bambach, el acusado al ver la presencia de un funcionario policial dejó la especie dentro de la oficina de la administración del estacionamiento, intentando huir del lugar.

Señala el Ministerio Público que los hechos son constitutivos del delito de Robo con fuerza en sitio no destinado a la habitación en grado de frustrado, descrito y sancionado en el artículo 443 inciso primero en relación con el 432 del Código Penal, perpetrado en calidad de autor, por el Sr. Héctor Iván Ramírez Gaete, de conformidad a lo establecido en el artículo 15 N° 1 del mismo cuerpo legal. Señala que se dan todos los elementos del tipo: Tipicidad subjetiva: El Sr. Héctor Ramírez Gaete, obró dolosamente desde que da principio de ejecución por hechos directos, como son el

entrar al estacionamiento con escalamiento y quebrar el vidrio de la camioneta. Tipicidad objetiva, lugar del robo, el estacionamiento de calle Zenteno N° 251, por su naturaleza, es un sitio no destinado a la habitación, ya que no tiene como función el de servir de morada para las personas, sino la de guardar vehículos. Fuerza en las cosas, el acusado quebró el vidrio lateral derecho de la camioneta para sustraer la especie que se encontraba en su interior. Esta conducta esta tipificada en el artículo 443 inciso primero del Código Penal, como una de las hipótesis de fuerza en las cosas, definida por la ley como la "fractura de vidrios".

Grado de desarrollo del delito, la conducta desplegada por el sujeto activo lo fue en grado de frustrado. Participación: El acusado ha participado en calidad de autor del delito de robo con fuerza en sitio no destinado a la habitación, habiendo tomado parte en él de una manera inmediata y directa tal como lo exige el artículo 15 N° 1 del Código Penal.

Agrega el Fiscal que, concurre la circunstancia modificatoria de responsabilidad penal prevista y contemplada en el artículo 11 n° 7 del Código Penal, estos es el haber reparado con celo el mal causado, acreditado con la consignación hecha por la suma de \$ 20.000, para ser entregado a la víctima. En cuanto a la pena solicitada, conforme lo dispone el artículo 443 inciso primero, 7 inciso segundo en relación con el 432 todos del Código Penal, el Ministerio Público solicita se aplique al Sr. Héctor Iván Ramírez Gaete, una pena de Quinientos cuarenta días de presidio menor en su grado mínimo, como autor del delito de robo con fuerza en las cosas en sitio no destinado a la habitación en grado de frustrado.

SEGUNDO: Que, en la audiencia de preparación del juicio oral, el Sr. Fiscal del Ministerio Público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 407 del Código Procesal Penal, verbalmente solicitó y modificó su acusación y pena requerida, en la forma señalada precedentemente, a fin de permitir la tramitación de conformidad a las normas del Procedimiento Abreviado.

TERCERO.- Que, el acusado, habiendo tomado conocimiento de los hechos materia de la acusación y los antecedentes en que se fundó la investigación, los aceptó expresamente y estuvo de acuerdo en la aplicación del Procedimiento Abreviado solicitado por la fiscalía, previa advertencia del tribunal de sus derechos y luego que esta Juez de Garantía constató que prestaba su consentimiento en forma libre y voluntaria, sin haber sido objeto de coacciones ni presiones indebidas, habiéndose llevado a efecto la audiencia correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 411 del Código Procesal Penal, con fecha 29 de mayo del presente año.

CUARTO: Que, los antecedentes de la investigación del Ministerio Público son los siguientes:

a.- Parte Policial de la Segunda Comisaría de Temuco, dando cuenta de la detención el día 31 de enero de 2001 de Héctor Iván Ramírez Gaete, en calle Zenteno N° 251, en circunstancias que el funcionario aprehensor Juan Castañeda Moraga, transitaba por calle Zenteno a la altura del N° 251, siendo requerido por el cuidador del estacionamiento, por haber sorprendido a un sujeto en los instantes en que quebraba el vidrio lateral de una camioneta estacionada en el lugar, sustrayendo desde su interior una sierra eléctrica cortadora de aluminio, de propiedad de don Luis Alberto Zamponi Bambach, el imputado al ver la presencia policial lanzó la especie en la puerta del estacionamiento, escalando el cerco huyendo del lugar, no logrando su objetivo siendo alcanzado y detenido.

Se contiene en el parte declaración jurada de preexistencia de especie sustraída, acta de declaración del testigo Luis Alberto Román Sáez, cuidador del estacionamiento; acta de reconocimiento de detenido; acta de fuerza en las cosas, acta de retiro de especie robada e instrumento usado, una piedra, acta de entrega de especie, acta de notificación al imputado de sus derechos y declaración del imputado ante el Sr. fiscal de turno don José Orella Laurent.

b.- Declaración prestada ante el Ministerio público, de los siguientes testigos:

1.- Luis Alberto Román Sáez, nochero del estacionamiento, quien escuchó que golpeaban unos vidrios, observa los autos y ve como un sujeto con una piedra golpea el vidrio de una camioneta, y sustrae una máquina cortadora, en esos instantes llamó a Carabineros, que llegaron rápidamente, el sujeto dejó la especie y arrancó del lugar, saltando el cerco.

2.- Juan Castañeda Moraga, funcionario policial, quien se desplazaba por calle Zenteno, escuchó ruido de un vidrio que se quebraba, luego un señor que cuida unos estacionamientos le pidió ayuda porque estaban robando, en el interior del estacionamiento había un sujeto que intentaba lanzar una sierra eléctrica fuera del estacionamiento, al ver su presencia dio vuelta dejando la especie en la caseta del cuidador e intentó huir saltando la reja, corrió tras él alcanzándolo en calle Balmaceda, al regresar al estacionamiento se percató que una camioneta tenía el vidrio lateral derecho quebrado y en el interior estaba la piedra con la que había quebrado el vidrio, además en el interior de la caseta del cuidador estaba la sierra eléctrica, que reconoció como la especie que el sujeto intentaba lanzar al exterior del estacionamiento.

3.- Luis Alberto Zamponi Bambach, quien señala que dejó estacionada su camioneta el día 30 de enero en calle Zenteno N° 251, y el día 31 de enero, se percató

que el vidrio lateral había sido quebrado sustrayéndole una sierra eléctrica cortadora de aluminio marca Makita, la cual recuperó.

c.- Extracto de filiación y antecedentes del imputado Héctor Iván Ramírez Gaete, emitido con fecha 28 de marzo de 2001 en el cual consta que registra anotaciones prontuariales.

d.- Informe del Centro de Reinserción Social de Gendarmería de esta ciudad, donde consta que tiene cumplida su condena, en relación con las anotaciones que registra el acusado.

QUINTO: Que, los hechos que se dieron por probados sobre la base de la aceptación del acusado, son que los siguientes:

Que el día 31 de enero de 2001, Héctor Iván Ramírez Gaete, ingresó al estacionamiento de calle Zenteno N° 251 de esta ciudad, escalando un cerco, una vez en el interior, quebró el vidrio de una camioneta que se encontraba estacionada allí, sustrayendo desde su interior una sierra eléctrica cortadora de aluminio, la que llevaba consigo, cuando, al ver la presencia policial, dejó en la caseta del estacionamiento huyendo del lugar, siendo alcanzado y detenido por un funcionario policial que pasaba por el sector.

SEXTO: Que, para dar por establecidos los hechos expuestos precedentemente, el Tribunal acoge el valor de los antecedentes de la investigación referidos en el considerando cuarto de esta sentencia, toda vez que además de haber sido aceptados expresamente por el acusado, no han sido desvirtuados, antecedentes que son parte de la investigación realizada por el Sr. Fiscal y que en fotocopia, se encuentran agregados al registro de fs. 12 a 30 y que se han tenido a la vista en original para dictar esta sentencia.

SÉPTIMO.- Que, los hechos referidos en el considerando quinto de esta sentencia, tipifican el delito de robo con fuerza en sitio no destinado a la habitación en grado de frustrado, previsto y sancionado en los artículos 443 y 432 todos del Código Penal y que al acusado Héctor Iván Ramírez Gaete, le ha cabido participación en calidad de autor.

OCTAVO: Que, la defensa del acusado, solicitó se le aplique a su representado el mínimo de la pena, en atención a que invoca una circunstancia atenuante de responsabilidad, como es la del artículo 11 n° 7 del Código Penal, esto es la reparación celosa del mal

causado, solicitando además se le tenga por muy calificada, basada en la inestable situación laboral y económica del imputado quien debió hacer un esfuerzo para consignar la suma preparatoria y por otra parte invoca el hecho de haber colaborado en todos los actos del procedimiento.

NOVENO.- Que, la pena solicitada por el Sr. Fiscal, por estimarse por el Tribunal, que se encuadra dentro del marco legal y teniendo presente que concurre una circunstancia modificatoria de responsabilidad, la que no obstante no se le tendrá por muy calificada, pero su concurrencia, permite aplicar la pena en su minimum, según se dispondrá.

Y, visto además, lo dispuesto en los artículos 1, 7 inciso 2°, 14 N° 1, 24, 30, 67, 432 y 443 inciso primero del Código Penal, artículos 406 y siguientes y 468 del Código Procesal Penal, se declara:

I.- Que se condena al acusado HECTOR IVAN RAMIREZ GAETE, ya individualizado, a la pena de SESENTA y UN DIAS de presidio menor en su grado mínimo, por su responsabilidad como autor del delito de robo con fuerza en sitio no destinado a la habitación en grado de frustrado, hecho ocurrido en esta ciudad con fecha 31 de enero de 2001.

II.- Que se le condena además a la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas del proceso.

III.- Que, no reuniéndose en la especie los requisitos establecidos en la Ley N° 18.216, no se le concede beneficio alternativo alguno al acusado, debiendo cumplir efectivamente la pena corporal impuesta, la que se contará desde que se presente o sea habido, sirviéndole de abono un día que estuvo privado de libertad con motivo de la presente investigación, según consta del parte Policial de fecha 31 de enero de 2001 y certificado de habersele dado orden de libertad con igual fecha y que rola a fs. 5 del registro.

Cumplase con lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal, una vez ejecutoriado el presente fallo, oportunidad en que se devolverá a los intervinientes los documentos acompañados en original.

Regístrese y Archívese, cuando procediere.

RUC N° 100004836-0.-

RIT N° 231 -2001.-

Dictó doña Eliana Isabel Uribe Molina, Juez Titular del Juzgado de Garantía de Temuco

- **Rechaza petición de la defensa de decretar el sobreseimiento de la causa por no haberse cerrado la investigación al vencimiento del plazo y concede un nuevo plazo para la investigación, de conformidad con el artículo 17 del Código Procesal.**

Tribunal: Juzgado de Garantía de Temuco.

Resumen:

La defensa solicita una audiencia para que se aperciba a la Fiscalía a fin de que cierre la investigación por haber expirado el plazo que había sido fijado por el tribunal. El Ministerio Público indica que se encuentra pendiente una diligencia autorizada por el propio tribunal por lo que se opone al cierre de la investigación. Resolviendo, el tribunal señala que en atención a que la investigación no se ha cerrado por un hecho no atribuible al órgano investigador, sino a un tercero, concede no una ampliación sino un nuevo plazo para la investigación, de conformidad con el artículo 17 del Código Procesal Penal.

Texto completo:

Temuco, a catorce de junio de dos mil uno.

Siendo las 16:30 horas, se da inicio a la presente audiencia presidida por el Magistrado titular don Alejandro Vera Quilodrán, con la asistencia del Fiscal del Ministerio Público don Jaime Pino Arosteguy, domiciliado en Aldunate Nr. 51, del imputado don Audias Fernando Sepúlveda Moncada, domiciliado, quien es asistido por el abogado defensor don Gonzalo Cruz Gutiérrez, domiciliado en Prieto Norte Nr. 333 de Temuco. Querellante Ricardo Toro Méndez por el Sename IX región.

El Fiscal solicita notificaciones vía e-mail.

El Defensor solicita notificaciones vía e-mail.

El Abogado Querellante mantiene forma de notificación ya registrada. (fax).

El Tribunal apercibe a los intervinientes en los términos del art. 26 del Código Procesal Penal.

La Defensa señala que según el artículo 247 inciso cuarto solicitó la audiencia ya que se encuentra vencido el plazo decretado para el cierre de la investigación.

El Fiscal señala que si bien se terminó el plazo judicial siendo este no legal, teniendo en consideración que el examen toxicológico cuyo resultado aun no es evacuado por parte del Servicio Médico Legal, por lo tanto se opone al cierre de la investigación.

El Querellante solicita que se le de un plazo prudencial a la Fiscalía para que se ponga término a la investigación.

El Tribunal hace presente que se trata de una situación compleja ya que la norma del artículo 247 ordena al juez que decrete el sobreseimiento definitivo de la causa, al llegar al término del plazo para el cierre de la investigación.

La Fiscalía solicita derechamente que se amplíe el plazo de la investigación en 15 días, señalando que el plazo perentorio para el cierre de una investigación es de dos años, y así lo ha declarado la Corte de apelaciones de La Serena.

La Defensa se opone argumentando con el artículo 248 del Código Procesal Penal señalando que el delito que se investiga es de estupro y desacato no siendo relevante para ellos el examen toxicológico; además la ampliación del plazo debe ser solicitada antes del vencimiento del plazo, por lo que solicita que se decrete el sobreseimiento definitivo.

En cuanto a que no tiene relación con los delitos el examen toxicológico, el Tribunal le pide al Fiscal que se haga cargo de dicho argumento.

El Fiscal responde señalando que si no hubiera sido importante aunque no lo recoja expresamente en la resolución, no se habría ordenado; además este examen es importante porque recoge elementos psicológicos del imputado.

El Querellante concuerda con la Fiscalía en que existieron antecedentes que tienen que ver con el consumo de drogas del imputado las que pudieron gatillar el actuar del imputado. Además dicho informe ya fue ordenado por S.S. por lo que solo falta que éste sea conocido.

La Defensa aclara la cantidad de tiempo que tuvo la Fiscalía para tener el examen en su poder, que sería de un mes y medio.

El Fiscal aclara que la solicitud fue emanada por el Tribunal no por el Ministerio Público.

La Defensa señala que la resolución fue del 7 de mayo y que quien tendría el impulso procesal para agilizar el trámite del examen médico es el Ministerio Público.

EL TRIBUNAL RESUELVE:

Que va a pronunciar resolución respecto de la ampliación del plazo judicial para el cierre de la investigación y luego sobre la petición planteada por la defensoría para el sobreseimiento de la causa: teniendo presente este Tribunal oficio emanado de la Doctora Viera Barrientos Médico Jefe del Servicio Médico Legal de Temuco, de fecha 14 de mayo del 2001, donde se señala que el jueves 24 de mayo del 2001 el imputado tiene hora para tomarse ese examen toxicológico, no habiendo evacuado dicho Servicio el informe de tal examen lo cual no puede entenderse como responsabilidad del órgano investigador como es la Fiscalía sino que de un agente externo a él. Teniendo presente el artículo 17 del Código Procesal Penal que se refiere a la posibilidad que tiene el Tribunal de fijar un nuevo plazo este tribunal fija como un nuevo plazo, no prórroga o aumento, sino un nuevo plazo el cierre de la investigación el día 29 de junio del presente, para lo cual se cita a una audiencia para el día 30 de junio a las 09:00 horas a fin de aperecer en aquel momento a la Fiscalía al tenor de lo que dispone el artículo 247 del Código Procesal Penal. Y el

aperecer el cual ha debido realizar este Tribunal en esta audiencia se entiende suplido con este nuevo plazo.

Que resolviendo la petición de la Defensa en orden a decidir el sobreseimiento definitivo de esta causa este tribunal teniendo presente la norma legal antes citada, lo resuelto anteriormente y el artículo 247 del Código Procesal Penal resuelve que no ha lugar a decretar el sobreseimiento definitivo de esta causa.

La Defensa renuncia a su derecho a discutir sobre la subsistencia de los requisitos que se tuvieron presente para decretar la prisión preventiva en esta audiencia y solicita que en audiencia del 30 de junio se realice la revisión de la prisión preventiva.

La Fiscalía no se opone.

TRIBUNAL: No habiendo debate sobre los requisitos que se tuvieron presente al decretar la prisión preventiva del imputado Audias Sepúlveda Moncada habiéndose renunciado la defensa a este derecho como ha quedado constancia en el registro y no habiendo otro punto que tratar se pone término a la audiencia. Se pone término a la audiencia 16:45 horas.

- **Condena al acusado a la pena de seiscientos días de presidio menor en su grado medio, accesorias como autor del delito de homicidio, remitiendo condicionalmente la pena impuesta.**

Tribunal: Juzgado de Garantía de Coquimbo

Resumen:

El Ministerio Público acusó a José Luis Zapata Mendoza, de 16 años, como autor del delito de homicidio simple, solicitando la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, más accesorias legales. El tribunal tuvo por establecida a favor del imputado las circunstancias atenuantes del artículo 11 N° 6 y 8 del Código Penal, debiendo aplicársele el inc. 1° del artículo 72 del mismo cuerpo legal, por lo que sanciona, en definitiva, con la pena de cinco años solicitada por el Ministerio Público, eximiéndole del pago de costas en razón de su situación socioeconómica.

Texto completo:

Coquimbo, cinco de julio de dos mil uno.

OIDAS LAS PARTES, VISTOS LOS ANTECEDENTES Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que ante este Juzgado de Garantía de Coquimbo el Sr. Fiscal Adjunto de Coquimbo don Rodrigo de La Barra Cousiño, domiciliado en calle Doctor Marín N° 302 de esta ciudad, tras concluir la correspondiente investigación, debidamente formalizada, dedujo acusación contra el imputado JOSE LUIS ZAPATA ESPINOZA, chileno, 16 años de edad, cédula de identidad N°15.596.269-0, soltero, empleado, declarado con discernimiento por el Juzgado de Menores de La Serena, domiciliado en Pasaje Rancagua N°38, Tierras Blancas, Coquimbo, como autor del delito de homicidio, previsto y sancionado en el artículo 391 N°2 del Código Penal.

SEGUNDO: El hecho objeto de la acusación consistió en que el día 31 de diciembre del año 2000, cerca de las 13:00 horas, el acusado José Luis Zapata Espinoza se encontró con Manuel Alejandro Collao Díaz en la feria libre de Tierras Blancas, en las esquinas de calle Schneider y Linares, e iniciaron un supuesto juego consistente en decirse cosas, insultos y darse de empujones, lo que derivó rápidamente en un altercado entre ambos y posteriormente en golpes, y en un momento determinado, el acusado le pegó una palmada en la cabeza a Manuel Collao Díaz, éste respondió con una patada en el muslo del acusado, el que reaccionó tomando un cuchillo de más, de 20 cm. de hoja que estaba sobre una mesa y lo enterró en el abdomen de Manuel Collao Díaz, causándole una herida corto penetrante abdominal complicada que le produjo la muerte.

TERCERO: Que el Ministerio Público no alegó circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. Sin perjuicio de ello, señaló ser aplicable el artículo 72 del Código Penal, atendida la edad de 16 años del acusado, declarado con discernimiento y, por tanto, solicitó se condene al acusado ya mencionado a la pena **de cinco años presidio menor en su grado máximo**, más las accesorias legales que correspondan, como autor del ilícito antes descrito.

CUARTO: Por su parte, la defensa contestó verbalmente la acusación y efectuó las siguientes alegaciones:

a) Que el acusado no puede ser considerado responsable del delito de homicidio simple y solicitó se recalificara el hecho por el de cuasidelito de homicidio, de acuerdo a lo previsto en el Art. 490 N° 1 del Código Penal, pues a su juicio no existió dolo sino sólo culpa conciente con representación.

Que no concurre dolo directo ni eventual. Que el imputado quiso la acción de procurarse un arma y movilizarla en el entorno o cerca de la víctima pero tal cual como la culpa con representación exige, si bien pudo haberse representado este resultado, posteriormente fue rechazado por el imputado. Que el resultado era predecible; el resultado debió preverse, pero confiado probablemente que no se va a producir un resultado lesionante, y menos de homicida. De las declaraciones de los testigos no se desprende que el resultado producido haya sido querido ni aceptado por el autor.

Que de las circunstancias del hecho se puede entender que no hubo dolo homicida, porque había una circunstancia de amistad o un vínculo de conocimiento entre el imputado y la víctima, que el propio acusado señaló en su declaración "Que se le pasó la mano", eso hace pensar que él no quería semejante resultado; la declaración del Sr. Carlos Cortés dice "No creo que lo

haya querido matar ya que siempre estaban jugando en buena onda". Entonces el vínculo de la amistad y el conocimiento previo y de la circunstancia que habitualmente se encontraban en estos juegos, hace pensar que era una situación acostumbrada en ambos muchachos.

Que apenas se produjo el resultado lesionante, la pelea cesó de inmediato, si el acusado hubiese tenido el ánimo o la voluntad homicida, no se habría detenido al ver herido al otro muchacho. Que Luis Muñoz declara que la víctima luego de recibir la herida tomó un pedazo de sandía, se sentó en la solera y luego se sintió mal, es decir, nadie estaba peleando apenas ocurrió el hecho.

Que, además, induce a pensar que no hay dolo homicida la actitud posterior que tuvo el acusado. La declaración del Sr. Leonel Ardiles señala "el José quedó como pegado, como traumatado", es decir, sufrió una fuerte impresión al ver el daño que había causado en su compañero. Si hubiese tenido un dolo homicida quizás su reacción psicológica hubiese sido muy distinta y por lo demás el Sr. Zapata llevó a la posta a la víctima y luego tomo un colectivo y se fue a entregar a Carabineros. Todas estas circunstancias hacen pensar que había un resultado previsible, que debió preverse; que realmente se previó pero fue rechazado por su autor, y por ello sostiene la defensa que hubo un cuasidelito de homicidio. Respecto al examen de autopsia señaló, que ella da cuenta de una única herida abdominal, cual es la causa de la muerte. Que habitualmente las heridas homicidas no son abdominales ni tampoco son una cuando se trata de herida corto penetrante, las heridas abdominales regularmente no son mortales, como las heridas de tórax, cuello o cabeza, eso hace pensar que no hubo intencionalidad, no ingresó toda la hoja del cuchillo, y de acuerdo a testimonios la hoja habría tenido hasta 40 centímetros, la herida tiene 15 centímetros de penetración.

b) Invocó la aplicación del Art. 72 del Código Penal.

c) Alegó la irreprochable conducta anterior del acusado prevista en el Art. 11 N°6 Código Penal, lo que demostraría con su extracto de filiación y haciendo presente que para tener una irreprochable conducta anterior, no se requiere que sea una persona destacada dentro de la sociedad si no que más bien hay que situarse en el entorno de la persona de quien se alega la irreprochable conducta anterior, no es necesario probar la virtud de la persona, no hay que entrar a probar un elemento positivo, solamente hay que constatar la ausencia de elementos negativos y además la irreprochable conducta anterior debe apreciarse de acuerdo a las circunstancias personales del sujeto y en este caso, el acusado ha estado inserto en un ambiente socio cultural modesto y que le ha proveído de ciertas inseguridades en materia de vida, no ha tenido las

mejores oportunidades en materia de educación o familiares.

d) Alegó la atenuante prevista en el Art. 11 N°7 del Código Penal, esto es, que el imputado intentó impedir las ulteriores perniciosas consecuencias del hecho. Fundó dicha alegación en que el acusado, al apreciar el resultado de su conducta hizo un intento serio por revertirla pidiendo auxilio y llevando al herido a la posta.

e) Por último, invocó en su favor la atenuante prevista en el Art. 11 N°8 Código Penal, esto es, que pudiendo eludir la acción justicia se ha denunciado y confesado el delito. Que el acusado se entregó sin esperar que nadie fuera a requerirlo, sin esperar que se iniciara investigación en su contra, se dirigió por sus propios medios a la unidad policial.

f) Finalmente, solicitó la aplicación de los beneficios de la Ley 18.216.

QUINTO: Que durante la investigación, el Ministerio Público, reunió, entre otros, los siguientes antecedentes:

a) Declaración de **Luis Mauricio Muñoz Miranda, apodado "El Chiqui"**, quien ante la Brigada de Homicidios de La Serena manifestó que ese día, cerca de las 13:30 horas llegó a la feria libre de Tierras Blancas que se ubica en Rene Schneider con Linares. En los primeros puestos se encontraba Manuel y el "Carlanga", y en el primer puesto estaba José "El Cabezón", ayudando a la venta que ofrecía ese puesto, quedándose en este lugar, hasta donde llegó minutos más tarde Manuel pues habían vendido todo en su puesto y después llegó al grupo "El Chino". En esos momentos el José tomó un cuchillo de grandes dimensiones, similar a los cocineros, el que se empleaba para cortar sandías, elemento de propiedad de "EL Carlanga". Con él comenzó a hacer las veces de atacar a Manuel, lo que hizo en dos oportunidades, luego de lo cual al parecer, Manuel se enojó y le dio una patada en el trasero, acción a la que reaccionó José y con el cuchillo propinó una estocada en el estómago a Manuel, el que incluso trató de esquivar pero de igual forma le acertó; luego de esto, Manuel se sentó en la cuneta y tomó un trozo de sandía, la que no alcanzó a comer ya que se sintió mal y se paró para dirigirse a la Posta que se ubica en las cercanías, acción que no les llamó la atención ya que pensaban que estaba bromeando.

Ante el Ministerio Público prestó declaración en términos similares, señalando que Manuel le pegó una patada a José, pero "en la onda de juego", siempre travesaban así. El José reaccionó agarrando un cuchillo que estaba en la mesa y se lo enterró a Manuel, éste se corrió pero lo alcanzó igual.

b) Declaración de **Carlos Orlando Cortés Godoy, apodado "El Carlanga"**, quien ante la Brigada de Homicidios de La Serena manifestó que el 31 de diciembre de 2.000 estuvo junto a Manuel en la feria libre de Tierras Blancas que se ubica en René Schneider con Linares, vendiendo sandías trozadas para lo cual empleaba un cuchillo marca "Tramontina" de unos treinta centímetros de largo por tres centímetros de ancho de su hoja, de su propiedad. Que siendo las 13:00 horas, terminaron de vender, y se preparaban para retirarse. El se internó en la feria para comprar fuegos artificiales y Manuel quedó cuidando los tableros y cajones del puesto. Que cerca habían unos amigos de la población vendiendo, entre los cuales estaba "El Cacaca", "El Chiqui", "El Meón" (José), por lo que supuso que Manuel iría donde ellos. Al cabo de unos veinte minutos regresó de las compras y al llegar a la entrada de la feria observó que el Manuel era llevado en dirección a la Posta por "El Chiqui", "El José" y "El Cacaca", y se apresuró y se enteró que José le había enterrado en el estómago el cuchillo que empleaban para cortar sandías, observando que tenía un corte de unos cuatro centímetros en el costado izquierdo del estómago del cual se le asomaba una tripa. Ya en la Posta fue asistido y trasladado al Hospital de Coquimbo. Que ya en su casa, "El Chiqui" le comentó que en los momentos que conversaban Manuel se comía una sandía, para ello empleaba el cuchillo, el que dejó sobre un mesón, luego de lo cual Manuel y José sostuvieron una discusión, en la que Manuel dio una patada a José y éste, para defenderse tomó el cuchillo y le tiró unos cortes al cuerpo, alcanzándolo uno de ellos. Dicho testigo, prestó declaración ante el Ministerio Público en términos similares, señalando que Manuel y José siempre jugaban a los golpes, e incluso José le tiraba cortes a Manuel con cuchillo. Que ahora no cree que lo haya querido matar, siempre estaban jugando en buena onda.

c) Declaración de **Leonel Fernando Ardiles Vega, apodado "El Cacaca"**, quien ante la Brigada de Homicidios de La Serena manifestó que el día 31 de diciembre del año 2.000, fue a trabajar con "El Lucho" y José a la feria de Tierras Blancas que se ubica en René Schneider. Después llegó a la feria "El Carlanga" con Manuel, e instalaron un puesto de sandías en la misma corrida que ellos. Más tarde, como a las 14:30 horas, ya estaban por retirar los puestos y en eso llegó Manuel al puesto de ellos, estuvieron conversando. Luego Manuel y José comenzaron a jugar como peleando y pegándose patadas y combos, pero este juego era habitual entre ellos, por lo que no le llamó la atención. De pronto Manuel le pegó una patada fuerte a José en la pierna y este se anduvo picando. Que él se dio vuelta para acomodar los cajones, y al mirar nuevamente José tenía la cuchilla que utilizaban en el puesto de "El Lucho"

en su mano, con la cual tiró un corte hacia el estómago a Manuel, sin lograr tocarlo, después nuevamente intentó agredirlo enterrando la cuchilla en su estómago, fue algo rápido; inmediatamente después Manuel caminó, se apoyó en una camioneta deslizándose hasta quedar sentado en el piso. Que pensó que Manuel se estaba haciendo el herido, como una broma, luego se acercó a verlo con "El Chiqui" y lo vio pálido, le levantaron la polera y se le veía en la zona izquierda del estómago como una tripa que asomaba, sin sangre. El Chiqui con José lo levantaron haciéndole caminar para llevarlo a la Posta que se ubica muy cerca, pero Manuel dijo que se iba a desmayar y se desvaneció, de ahí lo levantó junto con "El Chiqui" y mandaron a José que fuera primero a la Posta a pedir ayuda y cuando llegaron a la entrada apareció "El Carlanga" el que ingresó a Manuel a la Posta. Ellos se quedaron en la feria y José no decía nada, se quedó mudo. Que el cuchillo era de tamaño grande, con empuñadura de madera.

Ante el Ministerio Público declaró en términos similares, señalando que Manuel y Zapata se pusieron a jugar a la pelea y en una de esas José le pegó muy fuerte y Manuel se picó y le puso una patada, luego de ello vió al José con una cuchilla grande de unos 40 centímetros, le tiró una punta pero no le alcanzó ya que el Manuel la esquivó, inmediatamente le tiró otra y ahí le dio.

d) Declaración de **Luis Emiliano Zapata Portilla, apodado "El Chino"**, quien ante la Brigada de Homicidios de La Serena manifestó que el día 31 de diciembre del año 2.000, fue a la feria que se ubica en la calle que está el Retén de Carabineros y la Posta de Urgencia. Vio en un puesto al "Mocambo" (Manuel Collao) vendiendo con "El Carlanga". Después de un rato se dirigió al puesto donde estaba "El Lucho" (hermano del Carlanga) junto a José, el Cacaca y el Chiqui y se puso a conversar con ellos. En los momentos que se encontraba en diagonal a las espaldas del Mocambo y éste conversaba con José, comenzaron a decirse apodos, lo que presume, calentó los ánimos; en un momento cambió la mirada en dirección al Retén de Carabineros y al volver a verlos observó que José sacaba la mano del estómago del Mocambo, y en su mano empuñaba un cuchillo, luego de lo cual el Mocambo se tomó el estómago y se agachó, volviéndose a parar al cabo de unos segundos, dirigiéndose a la rueda de una camioneta que estaba estacionada tras los puestos. En ese momento José dijo que lo llevaran a la Posta y al tomarlo se le subió la polera y al mirar en su estómago cerca del ombligo observó que tenía afuera una tripa, instantes en que apareció el Carlanga. Llevaron al Mocambo a la Posta desde donde fue derivado al Hospital. Luego regresó al puesto con José, quien estaba afectado con lo ocurrido, hecho por el cual en horas de la tarde se entregó en Carabineros.

Ante el Ministerio Público declaró sin agregar nuevos antecedentes.

e) Declaración de **Nibaldo Ulises Cortés Alvarez**, quien ante la Brigada de Homicidios de La Serena manifestó que el día 31 de diciembre del año 2.000, como de costumbre fue a trabajar a la feria de Tierras Blancas en la que estuvo hasta las 17:00 horas. Posteriormente se fue para la casa y ahí su hijo Luis y otros jóvenes que estaban con él le comentaron que Manuel Collao, alias el Mocambo, y José Zapata, alias el Meón, estaban jugueteando en el puesto de Luis en la feria y José hirió con un cuchillo a Manuel. Que cuando tuvo conocimiento que el cuchillo que utilizó José para lesionar a Manuel es uno que se utilizaba en el puesto de su hijo Carlos para cortar sandías, y que corresponde a un cuchillo con mango de madera, cuya hoja es de tamaño mediano, salió al patio o bodega encontrándolo entre los cajones del puesto de Carlos y lo depositó en el tarro de la basura ya que le dio miedo mantenerlo en la casa.

f) Informe de autopsia N°01-01 de 3 de enero del año en curso practicada por la Dra. Katia Cabrera Briceño, Médico Legista del Servicio Médico Legal de la Serena, en el que consigna haber realizado la autopsia medico legal al cadáver de sexo masculino identificado como Manuel Alejandro Collao Díaz, describiendo bajo el acápite Lesión Principal lo siguiente: "En el mesogastrio izquierdo se observa una herida corto penetrante, suturada, oblicua que mide 2,5 cm, al retirar los puntos de sutura se observa ángulo agudo bilateral y bisel inferior. Ubicada a 4 cm. de la línea media, a 40 cm. del borde inferior de la clavícula izquierda y a 108 cm. del talón izquierdo desnudo. Penetra la cavidad abdominal lesionando en su trayectoria piel, celular subcutáneo, planos musculares, dejando una herida oblicua de 2 cm. en el músculo recto anterior del abdomen del lado izquierdo, sin sutura, posteriormente continúa lesionando el peritoneo del lado izquierdo el cual se encuentra suturado, al retirar los puntos de sutura, se observa una herida de 2,5 cm., luego sigue lesionando el yeyuno, en su porción distal, el cual también se encuentra suturado, además se constata hematoma retroperitoneal que abarca la cápsula del riñón derecho, al diseccionar la zona, se constata una sección parcial de la aorta abdominal de 1,5 cm, sin sutura, ubicada a 8 cm. de la bifurcación de las arterias ilíacas; toda la zona se encuentra rodeada de abundante cantidad de coágulos. Trayectoria: De izquierda a derecha, de abajo hacia arriba y de delante hacia atrás, presentando un recorrido intracorporal de 15 Cm."

Concluye que la causa de muerte fue herida corto penetrante abdominal complicada. Las lesiones son recientes, vitales, necesariamente mortales, aun con socorros oportunos y eficaces; presentan una trayectoria de izquierda a derecha, de abajo hacia arriba y de

delante hacia atrás, presentando un recorrido intracorporal de 15 cms., de tipo homicida.

g) Certificado de defunción de Manuel Alejandro Collao Díaz, RUN 15.053.043-1, en el que se consigna su fallecimiento el día 31 de diciembre de 2.000 a las 17:25 horas, y se señala como causa de muerte "herida corto penetrante abdominal complicada".

SEXTO: Que en la misma audiencia de preparación del juicio oral el imputado aceptó los hechos objeto de la acusación y los antecedentes referidos en el considerando que precede.

SÉPTIMO: Estos antecedentes permiten tener por establecido que el día 31 de diciembre del año 2000, después de las 13:00 horas, José Luis Zapata Espinoza se encontró con Manuel Alejandro Collao Díaz en la feria libre de Tierras Blancas, en las esquinas de calle Schneider y Linares, y después de haberse proferido algunas expresiones que les causaron molestia, derivaron rápidamente en un altercado y posteriormente en golpes. En un momento determinado, el acusado golpeó a Manuel Collao Díaz, éste le respondió con una patada en el muslo, y el acusado reaccionó enterrándole un cuchillo en el abdomen, causándole una herida corto penetrante abdominal complicada que le produjo la muerte ese mismo día a las 17:25 horas.

OCTAVO: Que, por su parte, el acusado José Luis Zapata Espinoza, prestando declaración ante el Ministerio Público de esta ciudad con fecha 17 de abril del año en curso, manifestó que el día 31 de diciembre, cerca de las 12:30 horas estaba en la feria de Tierras Blancas con unos amigos vendiendo chirimoyas. Estaba con "El Lucho", hermano del "Carlanga". Ya eran cerca de las 15:30 horas y la feria ya estaba terminando. Manuel se puso a conversar con él, el Lucho, el Cacaca. Al rato, él con Manuel empezaron a palanquear, a tirarse tallas, a pegarse en juego. Que en un momento le pegó una palmada en la cabeza a Manuel, éste se picó y le pegó una patada en el muslo. Él se enojó y le enterró el cuchillo que ya tenía en la mano. Sólo se lo enterró una vez. Sólo hizo un intento rápido. Después se dio cuenta que se le había pasado la mano, dejó el cuchillo en la mesa y le pidió a Manuel que le mostrara la herida y le dijo que fueran a la Posta. Lo iban acompañando a la Posta y se desmayó. Que le pidió ayuda a los muchachos y lo dejaron en la posta.

Más tarde fue al Hospital y ahí se enteró que había muerto.

NOVENO: Que los mismos elementos de convicción reseñados en el considerando quinto de esta sentencia, unida a la aceptación de dichos antecedentes y de los

hechos formulados en la acusación por parte del imputado, bastan para tener por acreditada su participación en calidad de autor en el hecho que se tuvo por establecido en el motivo séptimo.

DÉCIMO: Por su parte, la defensa dedujo como principal alegación que estos hechos fueran recalificados como cuasidelito de homicidio, porque a su juicio, y de los antecedentes, no está establecido que el acusado haya ni siquiera actuado con dolo eventual, sino que sólo obró bajo la modalidad de culpa con representación.

DÉCIMOPRIMERO: Que no obstante reconocer dos elementos constitutivos del dolo eventual -la representación previa del resultado típico posible y la aceptación o ratificación de dicho resultado- no parece conveniente mantener esta división abstracta en el examen de una conducta real determinada. Por la naturaleza misma de los hechos, y por las características de las conductas humanas es imposible determinar que antecedentes o circunstancias podrían hacer suponer la existencia de uno de los elementos constitutivos del dolo eventual y que otros antecedentes podrían acreditar la existencia del segundo elemento.

En la gestación del acto humano estas dos etapas de representación del resultado y aceptación de ese resultado, se suceden vertiginosamente y son casi simultáneas, de tal manera que al proyectarlas sobre un determinado acto material no parece lógico dividir las buscando antecedentes o circunstancias que las fundamenten separada e independientemente.

En consecuencia, serán unos mismos los antecedentes que permitan determinar si una acción ha sido ejecutada con dolo eventual, o por si faltarle esa sutil indiferencia respecto del resultado, esa actitud representada gráficamente por "el no me importa", "me da lo mismo" sólo ha sido ejecutada con culpa conciente.

En la culpa conciente el autor se representa la posibilidad de que el resultado típico se produzca, pero la descarta basado en cualquier consideración de destreza, u otras.

En el presente caso, la defensa sostuvo que el acusado quiso la acción de procurarse un arma y movilizarla en el entorno o cerca de la víctima, y que tal cual como la culpa con representación exige, si bien pudo haberse representado este resultado, posteriormente fue rechazado por el imputado. Que el resultado era predecible, el resultado debió preverse, pero confiando probablemente que no se va a producir un resultado lesionante y menos, homicida.

Al respecto, cabe señalar que no resulta exacto lo manifestado por la defensa en cuanto a que el imputado movilizó el arma en el entorno o cerca de la víctima, pues se encuentra acreditado que este dirigió su acción en directo acometimiento del ofendido. Incluso de la declaración un testigo presencial -Luis F. Ardiles Vega-

aparece que esta acción fue frustrada en una ocasión por cuanto la víctima logró evadirla y nuevamente el hechor acometió contra aquel, acertando su objetivo en el segundo intento. Dicho accionar impide a este sentenciador pensar seriamente que, si bien el imputado pudo haberse representado este resultado, posteriormente fue rechazado por él. No se advierte de los antecedentes de qué modo podría el hechor que acomete en forma directa y con un arma blanca en contra de su víctima, propinándole una estocada en el abdomen que tuvo una trayectoria intracorporal de 15 Cms., suponer siquiera que no se producirá el daño causado.

De otro lado, corresponde considerar el carácter del acusado, el que posee un pobre control de sus impulsos, por lo que en ocasiones tiende a ser agresivo, según se constata del informe presentencial evacuado por el Centro de Reinserción Social de Gendarmería de La Serena -antecedente de la investigación también aceptado- unido a las circunstancias de su accionar, en la que los distintos testigos que presenciaron los hechos dan cuenta que el acusado y la víctima llegaron a un nivel en que se encontraban molestos, enojados, tal como fue reconocido por él mismo, quien manifestó que el ofendido le pegó una patada y él se enojó y le enterró el cuchillo que ya tenía en la mano. Estos antecedentes constituyen elementos que permiten establecer que el acusado tenía el propósito de lesionar a su oponente a fin de reducirlo.

Para encontrar las motivaciones del actuar de las personas no es siempre necesario ir en busca de causas remotas, sino que la mayor parte de las veces, no sólo basta, sino que debe buscarse en las circunstancias próximas que rodearon el hecho. Por ello, si bien no existe ningún antecedente que diga relación con altercados ni animosidad previa entre acusado y víctima, no se ha pretendido sostener que el imputado realizó su conducta en forma predeterminada, sino que, sencillamente, aparece que en el momento de la agresión el hechor actuó con enojo, irascible, sin control de sus impulsos, con intención de causar lesiones y, tal como ya se manifestó, atendido que acomete en forma directa y con un arma blanca en contra de su víctima, propinándole una estocada en el abdomen, no puede una persona normal, del común y de los corrientes seres humanos, sino suponer que con su actuar no sólo lesiona, sino que pone en riesgo vital al herido, y aunque no lo desee actúa, de lo cual aparece que este obró a lo menos, con dolo eventual.

DUODECIMO: De esta manera, el hecho establecido en el motivo séptimo, y en el que al acusado le correspondió participación en calidad de autor, según se estableció en el motivo noveno de esta sentencia, es constitutivo del delito de homicidio simple, previsto y sancionado en el artículo 391 N°2 del Código Penal.

DÉCIMOTERCERO: La defensa, alegó también las siguientes circunstancias atenuantes a favor de su representado:

a) La irreprochable conducta anterior del acusado prevista en el Art. 11 N° 6 Código Penal. Dicha atenuante será acogida, toda vez que de su extracto de filiación y antecedentes no registra anotaciones penales y que del propio expediente de discernimiento tramitado ante el Juzgado de Menores de La Serena, sólo aparece certificada la tramitación de una causa anterior por medida de protección por infracción a la Ley de Alcoholes, sin que aparezca haber sido sometido anteriormente a examen de discernimiento alguno. A ello cabe agregar que, efectivamente, la irreprochable conducta anterior no requiere que una persona sea destacada por su virtud, sino que más bien hay que situarse para calificar su conducta en el entorno de aquella. Esta debe apreciarse de acuerdo a sus circunstancias personales, y si bien de los antecedentes de la causa aparece que el imputado tiene problemas de drogadicción y refleja una tendencia a involucrarse en forma progresiva en situaciones de conflicto, no es menos cierto que en la conducta de las personas no se puede exigir más de lo que razonablemente, atendidas sus circunstancias, se puede esperar. En efecto, importante es destacar el entorno y circunstancia de vida del acusado, las que aparecen claramente detalladas en el informe presentencial ya referido, del que se constata que éste ha vivido en un medio abundante en carencias, económicas, sociales y afectivas, sufriendo en más de alguna ocasión verdaderos estados de abandono, aun por parte de sus propios progenitores. Ello, lleva a concluir que, en sus circunstancias no existen antecedentes que permitan establecer que su conducta anterior sea digna de algún reproche, por lo que de esta manera, sólo cabe acoger la atenuante alegada.

b) En cuanto a la circunstancia atenuante de haber procurado impedir las ulteriores perniciosas consecuencias del hecho, prevista en el Art. 11 N°7 del Código Penal, de acuerdo a los antecedentes de la investigación, al apreciar el resultado de su conducta el acusado hizo un intento serio por revertirla pidiendo auxilio y llevando al herido a la posta o policlínico que se encontraba cerca del lugar, lo que se desprende de su propia declaración y de las declaraciones de los testigos Luis Mauricio Muñoz Miranda ("El Chiqui"), Carlos Orlando Cortés Godoy ("El Carlanga"), Leonel Fernando Ardiles Vega ("El Cacaca"), Luis Emiliano Zapata Portilla ("El Chino), por lo que será acogida la atenuante alegada.

c) En cuanto a la circunstancia atenuante prevista en el Art. 11 N°8 Código Penal, de los antecedentes de la investigación, en especial de la declaración del propio imputado, declaraciones de los testigos Luis Mauricio Muñoz Miranda ("El Chiqui"), Leonel Fernando Ardiles Vega ("El Cacaca"), Luis Emiliano Zapata Portilla ("El

Chino"), y habida consideración que la víctima falleció a las 17:25 horas del 31 de diciembre del año 2.000 y que según el parte policial N°50 de la misma fecha de la Tenencia de Carabineros Tierras Blancas, aparece que el acusado se presentó en esa unidad a las 18: 15 horas, por lo que se encuentra establecido que este se denunció y confesó el delito antes de iniciado procedimiento alguno. A ello, cabe agregar que, de acuerdo a la normativa procesal vigente, no era posible dirigir medida cautelar alguna en contra del imputado en tanto no existiera una sentencia ejecutoriada que declarara su discernimiento y ella fuera debidamente acreditada ante este Juzgado de Garantía, lo que sólo ocurrió con fecha 23 de enero del año en curso, según consta en la carpeta a fojas 34 y siguientes, por lo cual este tribunal no puede sino entender que, además, el imputado tuvo al menos la oportunidad de eludir la acción de la justicia, y sin embargo, de la tramitación de la causa aparece que ha estado siempre disponible a las actuaciones del Ministerio Público y Poder Judicial. De esta manera, también cabe acoger esta última atenuante.

DÉCIMOCUARTO: Atendido los antecedentes de la investigación, en especial las copias autorizadas del expediente de discernimiento tramitado ante el Juzgado de Menores de la Serena y certificado de nacimiento del acusado, de los que aparece que este tenía la edad de 16 años a la época en que ocurrieron los hechos, y que actuó con discernimiento en los mismos, corresponde aplicar a su respecto lo dispuesto en el Inc. 1° del Art. 72 del Código Penal, por lo cual, al regular la pena deberá tomarse como base la pena de presidio menor en su grado máximo, por ser aquella la inferior en grado al mínimo señalado por la ley para el delito de homicidio simple.

DECIMOQUINTO: Que beneficiando al acusado tres circunstancias atenuantes, como se tuvo por establecido en el motivo decimotercero de esta sentencia, el tribunal se encuentra facultado para imponer la pena inferior en uno o dos grados conforme al Art. 67 del Código Penal, y atendido la entidad de las atenuantes en relación al bien jurídico afectado por el delito, este tribunal rebajara la pena correspondiente al delito -y sobre el cual se ha hecho ya aplicación de lo dispuesto en el Art .72 del Código Penal- en un grado, por lo que se sancionará al acusado con una de presidio menor en su grado medio.

DECIMOSEXTO: Teniendo en consideración el Informe Social evacuado por doña Sandra Plaza Rojo, Asistente Social del Centro Juvenil Tierras Blancas, en que se concluye que el grupo familiar del acusado se ubica en situación de pobreza y teniendo presente, además, que éste ha sido defendido por un abogado del Programa de Defensa Penal Pública, que implica su defensa gratuita,

circunstancias que permiten estimar que el sentenciado presenta una precaria situación económica que le hace imposible asumir las costas del juicio, se le eximirá de la obligación establecida en los artículos 24 del Código Penal y Art. 47 Inc. 1° del Código Procesal Penal.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 1, 15 y 30 del Código Penal, y artículos 47 Inc. 3°, 297, 411, 412, 413 y 415 del Código Procesal Penal, SE DECLARA:

1°) **QUE SE CONDENA A JOSÉ LUIS ZAPATA ESPINOZA**, ya individualizado, a sufrir la pena de **SEISCIENTOS DIAS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MEDIO**, más las accesorias de suspensión de cargo y oficio público mientras dure la condena, en su calidad de autor de delito de homicidio de Manuel Alejandro Collao Díaz, hecho ocurrido el día 31 de diciembre del año dos mil en esta ciudad de Coquimbo.

2°) Por reunirse en la especie las exigencias del Art. 4° de la Ley 18.216, se remite condicionalmente al enjuiciado la pena corporal impuesta, debiendo quedar bajo la vigilancia y control del Departamento de Reinserción Social de Gendarmería de Chile durante seiscientos días y cumplir con el resto de las obligaciones del Art. 5° de la misma ley.

En caso de serle revocado el beneficio ingresará a cumplir íntegramente la condena al Centro de Cumplimiento Penitenciario de La Serena, no existiendo abonos que reconocer en su favor.

3°) Se exime al sentenciado del pago de las costas del juicio.

Regístrese y archívese si no se apelare.

Oportunamente, dése cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 468 del Código Procesal Penal.

RUC 0100.000.410-k RUI 4-2001

Dictada por don MARCO A. FLORES LEYTON, Juez de Garantía.

- **Condena, en procedimiento abreviado a la pena de dos años y un día de presidio menor en su grado medio, accesorias y costas, a los acusados como autores del delito de hurto de ganado.**

Tribunal: Juzgado Mixto de Toltén

Resumen:

El Ministerio Público presentó acusación por el delito hurto de ganado. Alegó las agravantes de ejecutar los hechos en sitios faltos de vigilancia policial, oscuros, solitarios, sin tránsito habitual o que por cualquiera otra condición favorezcan la impunidad y la de ser dos o más los malhechores. Alega también para los autores, la atenuante de irreprochable conducta anterior, solicitando, en definitiva, la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo para los autores, más accesorias legales. El tribunal, al sentenciar, rechaza la agravante del artículo 456 N° 1 del Código Penal en razón de que el abigeato por su naturaleza y peculiaridades inherentes acoge gran parte de las hipótesis planteadas en la agravante especial.

Texto completo:

Toltén, a doce de julio de dos mil uno.-

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que ante este Juzgado de Letras Mixto, en causa RUC0000001095-2, RIT 2-2001, el Ministerio Público, representado por la Señora Fiscal, doña Adelina Barriga Araneda, ha deducido acusación en contra de **César Antonio Gómez Gajardo**, RUN N° 13.607.748-1, soltero, empleado, domiciliado en Arauco N° 243, Villa Los Boldos, de esta comuna; **Rodrigo Aliro Rivas Rivas**, RUN N° 14.234.808-K, casado, obrero, domiciliado en calle El Roble N° 148, Población Victoria, Villa Los Boldos, de esta comuna; y **Alejandro Octavio Figueroa Betancourt** RUN N° 15.897.562-9, soltero, sin empleo conocido, con domicilio en calle El Roble N° 115, Villa Los Boldos, de esta comuna, fundándola en que la madrugada del 23 de diciembre del año 2000, previo concierto para la ejecución del hecho, lo cual incluyó un recorrido de reconocimiento por el sector y camino escogido para el arreo, además del acuerdo con un potencial comprador, llevó a que dos de ellos, Figueroa Betancourt y Gómez Gajardo, procedieran la citada noche a constituirse en el sector Ultraboldo de esta comuna, primeramente en el predio de doña Carmen Ortiz y, por significar menos riesgo, más tarde en el de don Rigoberto Negrón Delgado, desde donde sustrajeron cinco animales bovinos: una vaca, una ternera, un novillo o torito y dos vaquillas, evaluados en total, a esa fecha, en la suma de \$825.000.- los que arrearon por espacio de unos cuatro coma cinco kilómetros, a través de un camino agreste existente en un predio colindante, perteneciente a la Forestal Valdivia, para desembocar en un cargadero ubicado en el inmueble de propiedad de doña Clotilde Niefergold Cabezas en horas de la mañana, lugar hasta donde, tiempo más tarde, arribo

Rodrigo Rivas y sus co-participes en el ilícito, junto al comprador, don Manuel Anibal Romero Pino, materializando una compraventa en una suma ascendente a \$400.000.-, la que fue repartida entre los co-autores del hecho que, en su concepto, tipificaría el delito de hurto de ganado, en grado consumado, en perjuicio de don Rigoberto Negrón Delgado, figura típica consagrada en los artículos 449 en relación con el 446 N° 2, ambos del Código Penal, solicitando, asimismo, se estimen concurrentes respecto de todos los acusados dos agravantes: la de ejecutar el hecho en sitios faltos de vigilancia policial oscuros, solitarios, sin tránsito habitual o que por cualquiera otra condición favorezcan la impunidad, contemplada en el artículo 456 bis N° 1 del compendio jurídico citado, que funda en las características del área escogida para el desarrollo del hecho punible: sector rural, solitario y sin tránsito, como también en el horario elegido para su perpetración: de noche, todo con miras a lograr impunidad; y la de ser dos o más los malhechores, recogida positivamente en el artículo 456 bis N° 3 del mismo cuerpo legal, ya que han sido tres los participes en la planificación y ejecución material del ilícito haciendo presente también que a todos beneficiaría la atenuante de irreprochable conducta anterior, prevista en el artículo 11 N° 6 del texto punitivo, atendido el tenor de sus extractos de filiación y antecedentes; razón por la que, previas citas legales, culmina pidiendo se les imponga la pena de CUATRO AÑOS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MÁXIMO o, en subsidio, la pena máxima señalada por ley al delito, en calidad de autores, según el artículo 15 N° 1 del Código Penal, para el caso de Gómez Gajardo y Figueroa Betancourt, y conforme al N° 3 del mismo precepto, para el de Rivas Rivas.

SEGUNDO: Que, los acusados, en conocimiento de los hechos materia del libelo acusatorio y de los antecedentes de la investigación en que aquél se ha fundado, los aceptaron expresamente, manifestando su conformidad con la aplicación del procedimiento abreviado.

TERCERO: Que, por su parte, la Defensa Penal Pública, representada por el abogado don Patricio Salinas Gaete, compartiendo explícitamente la calificación del hecho efectuada por el Ministerio Público como un hurto de animales, impugnó, por un lado, las agravantes por tal entidad invocadas y solicitó la calificación de la irreprochable conducta anterior y el ejercicio de la facultad contenida en el artículo 69 del Código Penal, por otro. En efecto, en relación con la agravante consistente en la ejecución del hecho en sitios faltos de vigilancia policial, oscuros, solitarios, sin tránsito habitual o que por cualquiera otra condición favorezcan la impunidad, alegó que se trataría de una circunstancia inherente al delito en análisis y que, en consecuencia, no permitiría aumentar la pena, además de argumentar que ella no configuraría un "plus" de disvalor, toda vez que no se habría lesionado otro bien jurídico, para acotar, finalmente, que la impunidad constituye la aspiración natural de todo delincuente. Mientras en lo atinente a la agravación por estar frente a dos o más malhechores, aseveró que en un sistema garantista no podía considerarse tal circunstancia de manera aritmética, sino valórica, debiendo apreciar la importancia que en el hecho adquiriría la concurrencia de dos o más personas, exigiéndose presencia física, por lo que debía excluirse desde ya de su influencia a Rodrigo Aliro Rivas Rivas, y dado que tal elemento no implicó peligro para la víctima, ni debilitó la defensa privada ni implicó mayor seguridad para los autores, debía estimarse in concurrente también en relación con los restantes acusados. En lo concerniente a la calificación de la atenuante de irreprochable conducta anterior de todos sus defendidos, esgrimió como basamento los informes sociales y certificados de honorabilidad incorporados como antecedentes a la investigación, en los que se da cuenta de la calidad humana de aquellos, lo que permitiría la rebaja de grado de la pena conforme al artículo 68 bis del Código Penal, aduciendo, al mismo tiempo, la procedencia de la aplicación del artículo 69 del texto del ramo y considerando que la extensión del mal causado por el delito se veía aminorada por la recuperación por parte del ofendido de cuatro de los cinco animales sustraídos. Termina requiriendo en pro de sus representados los beneficios de remisión condicional de la pena o libertad vigilada, según el caso, ambos contemplados en la Ley N° 18.216.

CUARTO: Que, de este modo, sobre la base de la aceptación que los acusados han manifestado respecto

de los antecedentes de la investigación, así como la apreciación de aquellos conforme a los principios de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicamente afianzados, han de darse por probados los siguientes hechos:

- a) La ejecución por tres personas de un acto apropiatorio ilícito, en el que no concurrió fuerza en las cosas ni violencia o intimidación en las personas, cuyo acaecimiento tuvo lugar en el sector de Ultraboldo de esta comuna, en la madrugada del 23 de diciembre del año 2000.
- b) La sustracción, con motivo de tal evento punible, de cinco animales bovinos en perjuicio de su dueño, que lo es don Rigoberto Negrón Delgado.
- c) El avalúo de tales bestias, a la época de perpetración del hecho punible en la suma de \$825.000.-
- d) La percepción de ingresos en beneficio de sus autores, equivalentes a \$400.000.- por concepto de compraventa del producto sustraído, efectuada por don Manuel Aníbal Romero Pino, materializando un lucro a partir del hecho punible

QUINTO: Que la convicción del juez para arribar a las conclusiones anunciadas en el acápite que precede no sólo se ha logrado con el mérito de la aceptación de los acusados, sino que han concommitado a su derivación los antecedentes acopiados en la investigación dirigida por la Fiscalía Local, en particular, los informes policiales evacuados, las declaraciones presentadas por la víctima, don Rigoberto Negrón Delgado, por el comprador de las especies, don Manuel Aníbal Romero Pino, y por el hijo de la propietaria del cargadero de animales utilizado al efecto, don Marco Antonio Mieville Niefergold, quienes dieron suficiente razón de sus dichos por haber presenciado diversos momentos de ejecución del hecho punible, así como el avalúo de las especies sustraídas se halla fehacientemente establecida con el mérito de los informes periciales de tasación preliminares de don Miguel Ángel Monja Tejeda, corredor de ganado, y de don Edson Engerlber Fonseca Vásquez, técnico agrícola.

SEXTO: Que, conforme a lo establecido en el considerando cuarto que precede, y dada la peculiar naturaleza del objeto material del hecho punible esto es, de las especies sustraídas constitutivas de ganado mayor, se configura el delito de hurto de animales, en doctrina nominado abigeato previsto típicamente por la concordante vinculación de los artículos 446 N° 2 y 449 del Código Penal, toda vez que sin la voluntad de su dueño ni haber mediado fuerza en las cosas ni violencia o intimidación en las personas pero con su manifiesto ánimo lucrativo, existió apropiación de cosas muebles

ajenas de la especial índole ya singularizada, cuyo avalúo pericial a la data de comisión del ilícito ha permitido establecer que se empina por sobre las cuatro unidades tributarias mensuales, mas no sobrepasa las cuarenta, de tal modo que la pena legalmente contemplada para tal atentado contra la propiedad consiste en presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, teniendo el juzgador la prerrogativa de imponer a los partícipes las penas superiores en un grado a las que les habría correspondido sin la circunstancia de tratarse de sustracción de animales.

SÉPTIMO: Que, en uso de tal facultad punitiva agravatoria, con raigambre histórica, este sentenciador optará, en lo resolutivo, por prescindir del aumento de grado, teniendo en vista, fundamentalmente, según se anotará, la efectiva concurrencia de una atenuante relativa a la personalidad de los autores reconocida aun por el propio Ministerio Público y comprobada con el mérito de los respectivos extractos de filiación y antecedentes, esto es, la de su irreprochable conducta pretérita, que no hace aconsejable, en concepto de este sentenciador, su empleo contra sujetos recién iniciados en el camino delictual y con adecuada dosis de posibilidades de reinserción social.

OCTAVO: Que, como corolario de lo anterior, no obstante estimar concurrente la atenuante de irreprochable conducta anterior, el juzgador no accederá a su ponderación como muy calificada, por cuanto son notoriamente insuficientes los antecedentes esgrimidos por la Defensa e incorporados a la carpeta de investigación fiscal para así considerarla, máxime si ni tan siquiera la edad de los acusados permite demostrar una línea vital de comportamiento prolongada en el tiempo, ajustada a derecho, atendida la juventud de todos ellos.

NOVENO: Que, en otro orden de ideas, habrá de apreciarse la concreción respecto de todos los acusados de la agravante especial de pluralidad de malhechores, desde que constituye un hecho objetivo desprendido de sus propias declaraciones prestadas ante el Ministerio Público, sumadas a las de testigos como Manuel Anibal Romero Pino y Marco Antonio Mievil Nefergold, el que los tres co-partícipes, sin distinción, concluyeron a la ejecución de su designio delictivo, si bien con roles diversos en el desarrollo del mismo, aun presentes físicamente en la etapa de agotamiento del delito.

DECIMO: Que, sin embargo, teniendo en cuenta que el abigeato constituye un delito, cuya naturaleza y peculiaridades inherentes acoge gran parte de las hipótesis planteadas en la norma del artículo 456 bis N° 1 del Código Penal, puesto que, de ordinario, acaece en

sectores rurales despoblados y, por ende, faltos de vigilancia policial, solitarios y sin tránsito habitual, además que efectivamente no concreta un disvalor de acción adicional que pudiera poner en riesgo o vulnerar otro bien jurídico distinto y de mayor entidad que la propiedad, de manera que ni la propia oscuridad habilitaría per sé la aplicación de esta circunstancia, se prescindirá de su acogida, en definitiva.

UNDECIMO: Que en consecuencia, teniendo por base punitiva el tramo medio del presidio menor y en concurrencia de una agravante y una atenuante, el sentenciador podrá recorrer toda su extensión, atendida la racional compensación producida conforme a la regla contenida en el inciso final del artículo 67 del cuerpo legal sancionatorio.

DUODECIMO: Que, en lo atinente a los beneficios de la Ley N° 18.216, solicitados por la Defensa, dado que la pena que se impondrá, en definitiva a los acusados no excederá de los tres años de privación de libertad, que, conforme se desprende de su extractos de filiación, ninguno de ellos ha sido condenado anteriormente por crimen o simple delito y que los antecedentes personales de dos de ellos, Rodrigo Aliro Rivas Rivas y César Antonio Gómez Gajardo, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten presumir que no volverán a delinquir, haciéndose innecesario un tratamiento o la ejecución efectiva de la pena, se les remitirá condicionalmente la que se imponga.

DECIMOTERCERO: Que, por último, atendido que la pena privativa de libertad que se impondrá al acusado Alejandro Octavio Figueroa Betancourt excederá de dos años, mas no superará los cinco, que tampoco ha sido condenado anteriormente por crimen o simple delito y que el informe sobre sus antecedentes sociales y características de personalidad, su conducta anterior y, especialmente, la posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten concluir que un tratamiento en libertad aparece eficaz y necesario, en el caso específico, para su efectiva readaptación y resocialización, estimándose, en esta ocasión, bastante el informe evacuado por la asistente social, doña Myriam Gutiérrez e incorporado a los antecedentes del Ministerio Público, para los efectos de la ley y el reglamento respectivos, de le concederá el beneficio de la libertad vigilada.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 1, 11 N° 6, 15 N° 1 y 3, 30, 67, 432, 446 N° 2, 449, 456 bis del Código Penal ; 47, 297, 406, 407, 409, 410, 411, 412 y 413 del Código Procesal Penal y artículos 3 a 6 y 14 a 23 de la Ley N° 18.216 **SE DECLARA:**

I.- Que, SE CONDENA a RODRIGO ALIRO RIVAS RIVAS, a CÉSAR ANTONIO GÓMEZ GAJARDO Y ALEJANDRO OCTAVIO FIGUEROA BETANCOURT, todos ya individualizados, en su calidad de co-autores del delito de hurto de ganado, en perjuicio de don RIGOBERTO NEGRÓN DELGADO, perpetrado, en el sector Ultraboldo de esta comuna, en la madrugada del 23 de diciembre del año 2000, a la pena de DOS AÑOS Y UN DÍA de presidio 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.

II.- Que reuniéndose en la especie los requisitos del artículo 4° de la Ley N° 18.216, SE REMITE CONDICIONALMENTE la pena impuesta a los sentenciados RODRIGO ALIRO RIVAS y CÉSAR ANTONIO GÓMEZ GAJARDO, debiendo quedar sometidos al control y vigilancia de la autoridad administrativa de Gendarmería de Chile y cumplir con las exigencias que dicha ley contempla por el término fijado para la pena impuesta, es decir, DOS AÑOS Y UN DÍA.

El quebrantamiento de algunas de las condiciones impuestas, facultará para la revocación del beneficio, disponiendo el cumplimiento efectivo de la pena o su conversión, si procediere, en reclusión nocturna.

III., Que concurriendo los presupuestos del artículo 15 de la ley N° 18.216, SE SUJETA A UN REGIMEN DE LIBERTAD VIGILADA al condenado ALEJANDRO OCTAVIO FIGUEROA BETANCOURT, debiendo quedar supeditado a un período de observación y tratamiento en la sección correspondiente de Gendarmería de Chile por el lapso de TRES AÑOS y cumplir con los demás deberes que el mentado cuerpo legal prevé por ese mismo plazo.

Asimismo, el quebrantamiento de algunas de las condiciones impuestas por el Tribunal o la desobediencia grave o reiterada y sin justa causa de las normas de conducta impartidas por el respectivo delegado, facultarán para la revocación del beneficio, disponiendo el cumplimiento efectivo de la pena o su conversión, si procediere, en reclusión nocturna.

Devuélvase los antecedentes.

Regístrese, notifíquese y archívese en su oportunidad.

RUC N° 0000001095-2
RIT N° 2-2001

Pronunciada por don Luis Moisés Aedo Mora, Juez Titular del Juzgado de Letras Mixto de Toltén.

- **Aprueba acuerdo reparatorio y sobresee definitivamente la causa por el delito de lesiones menos graves.**

Tribunal: Tribunal Mixto de Andacollo.

Resumen:

En causa seguida por cuasidelito de lesiones menos graves, ocasionadas por el imputado que, al perder el control de su vehículo, atropelló a dos peatones, las partes acuerdan el pago de una indemnización de perjuicios que el tribunal, previa verificación de la concurrencia de todos los requisitos contemplados en el artículo 241 del Código Procesal Penal, aprueba como acuerdo reparatorio, sobreseyendo definitivamente la causa.

Texto completo:

Andacollo, dieciocho de Julio de dos mil uno.

VISTOS:

1° Que se ha presentado el requerimiento por el Ministerio Público contra don DANIEL ANTONIO AGUILERA TIRADO, por el hecho de haber ocasionado lesiones menos graves a las víctimas Osvaldo Reinaldo Mondaca Castro y Douglas Damian Soto Espinoza, debidamente individualizados en el requerimiento, al igual que el imputado, por hecho de haber atropellado a las víctimas el día 13 de Abril a las 13:00 en circunstancias de conducir su vehículo automático marca Fiat, modelo 125, año 1991, color verde, placa patente FS-5704, por calle Barrio Martines en dirección Oriente a Poniente y al negar a la curva de dicha calle perdió el control del vehículo atropellando a dos peatones que son las víctimas que comparecen en esta audiencia.

2° Que habiéndose instruido al imputado la posibilidad de celebrar algún acuerdo reparatorio, y que el Abogado de la Defensoría Penal Pública expresa que el imputado y las víctimas ya individualizadas han convenido, de conformidad del artículo N° 241 del Código Procesal Penal, en el siguiente acuerdo reparatorio, que se hace con pleno conocimiento y consentimiento de estos:

3° El acuerdo reparatorio obrado consiste en:

- El imputado se obliga a pagar a título de indemnización por los daños causados a Osvaldo Mondaca Castro, la suma de \$ 300.000 que se cancelara de la siguiente forma: \$ 50.000 se pagara en este acto, el saldo de \$250.000 lo hará en 5 cuotas mensuales y sucesivas de \$ 50.000 cada una, las que se cancelarán durante los primeros 5 días de cada mes a contar del mes de agosto del año en curso, y los que se consignará en la Fiscalía de Andacollo en la fecha prefijada.

- Respecto de la víctima Douglas Soto Espinoza se obliga a cancelar por el mismo concepto antes indicado al imputado la suma de \$ 200.000, pagando en este acto la cantidad de \$ 50.000 y el saldo en 3 cuotas de \$50.000 cada una y en la misma forma antes dicha, pago que depositará en la cuenta de ahorro de su padre don Alejandro Soto Morales, cuyo N° de cuenta es 1316.101.591-6.- del Banco del Estado de Chile, Andacollo.

4° Que, preguntado el imputado respecto del requerimiento efectuado, éste ha manifestado que los hechos y circunstancias relatadas en él son efectivos.

5° Que no existiendo antecedentes penales anteriores respecto del imputado y que en la conducción de su vehículo lo hacía en normal estado de temperancia según consta del extracto de filiación y antecedentes e informe de alcoholemia exhibidos por la fiscalía.

6° Y que el imputado ha cancelado en esta audiencia las primeras cantidades ofrecidas de \$ 50.000 para cada una de las víctimas.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el artículo 241 y siguientes del Código Procesal Penal, se decide:

"Que se acoge el acuerdo reparatorio logrado entre el imputado DANIEL ANTONIO AGUILERA TIRADO, y las víctimas OSVALDO REINALDO MONDACA CASTRO y DOUGLAS DAMIÁN SOTO ESPINOZA, en la forma indicada en el considerando tercero y se ordena sobreseer definitiva y totalmente la presente causa".

Téngase por notificado de todo lo obrado y resuelto en esta audiencia a los intervinientes presentes.

Dése copia a las partes que así lo solicitaran.

Regístrese y agréguese a la carpeta y Archívese.

Se pone fin a la audiencia firmando S.S. la presente acta de registro.

RUC N° 0100018326-8

RUI N° 44-2001

- **Condena a imputado, en procedimiento abreviado, a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes(marihuana), y exime del pago de multa ya que, al carecer el imputado de medios para el pago, su imposición haría ilusoria una medida alternativa.**

Tribunal: Tribunal Mixto de Los Vilos.

Resumen:

El Ministerio Público acusa a un imputado por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes (marihuana), que fuera pesquisado a través de un funcionario policial que actuó como agente encubierto. El imputado aceptó los hechos en que se fundó el requerimiento y consintió en el procedimiento abreviado. Al fijar la cuantía de la pena, el tribunal rebajó la pena en dos grados y la aplicó en su minimum en atención al tipo de drogas y la concurrencia de la atenuante de irreprochable conducta anterior. Al mismo tiempo exime al imputado de la pena copulativa de multa puesto que, al comprobarse que carece de medios para el pago, considera que su imposición haría ilusoria la concesión de una medida alternativa como la remisión condicional de la pena que, finalmente, otorga.

Texto completo:

Los Vilos, dos de agosto de dos mil uno.

VISTO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: En este Tribunal de Garantía se ha seguido la causa Rol 0076-2001, Rol Unico 010006820-5, por el delito de Infracción a la ley número 19.366, seguida en contra del Imputado JOSE IGNACIO CORREA CORREA, cédula de identidad nacional número 11.384.855-3, soltero, agricultor, de 31 años de edad, nacido el 22 de enero de 1969, natural de Quilimarí, domiciliado en Libertad 30-B, Quilimarí, comuna de Los Vilos, sin antecedentes anteriores, representado por el Defensor Público don José Ignacio Vallejos Basualto.

SEGUNDO: Que el Ministerio Público, representado por su Fiscal don José Morales Opazo ha formalizado la investigación y acusado a José Ignacio Correa Correa de ser autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes (marihuana) previsto y sancionado en el artículo 5° en relación con el 1° inciso segundo de la Ley número 19.366, no concurriendo a su respecto circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal, solicitando la pena de tres años, de presidio menor en su grado medio, multa de 40 unidades tributarias mensuales y accesorias que en derecho correspondan, además del decomiso del dinero incautado en la investigación.

TERCERO: Que los hechos en que se fundamenta la acusación son los siguientes: El 11 de febrero de 2001 alrededor de las 01:00 horas aproximadamente, a partir de información proporcionada a Carabineros, que indicaba que en el sector de Quilimarí, existía un punto de venta de Cannabis sativa, se dispuso la presencia de un funcionario del O.S.7 de Carabineros, quién concurrió

al inmueble ubicado en Libertad 30-B de Quilimarí y, en su interior el imputado vendió al agente 29,5 gramos de marihuana en la suma de \$ 20.000, además, se encontró nueve papellillos que en su interior contenían ocho gramos de la misma droga y la suma de \$ 121.500 provenientes, presumiblemente, de la venta de drogas.

CUARTO: Que los antecedentes aportados por el Ministerio Público tendiente a establecer la existencia del hecho punible y la participación que le correspondió al imputado son los siguientes:

- a) Informe Policial de 11 de febrero pasado que da cuenta de la detención de José Ignacio Correa Correa en el inmueble ubicado en calle Libertad 30-B, localidad de Quilimarí, por haber vendido en la suma de \$ 20.000 un paquete de marihuana al agente encubierto, perteneciente al O.S.7 de Carabineros, además se da cuenta que se encontró nueve papellillos con marihuana en su interior con un peso bruto de 37,5 gramos.
- b) Informes análisis de droga remitidos por el Director Subrogante del Servicio de Salud Coquimbo, los que señalan que analizadas las muestras números 27A y 27B, dio el siguiente resultado: Positivo a la presencia de la cannabinoles, principio activo que se encuentra en las sumidades floridas del vegetal denominado Cannabis Sativa L., conocida comúnmente como marihuana;
- c) Acta de Recepción del Servicio de Salud Coquimbo de 2 bolsas plásticas conteniendo 7,78 y 28,62 gramos de cogollos de hierba verde y seca, nombre presunto: Marihuana;
- d) Informe del Instituto de Salud Pública, sobre tráfico y acción del Cannabis en el organismo, con el objeto de dar cumplimiento a lo establecido en el inciso 5° del artículo 26 de la Ley número 19.366;

e) Informe de diligencias evacuado por la Sección de Investigación Delictual de Carabineros de Illapel;
f) Testimonios prestados ante la Fiscalía el 29 de marzo y 31 de mayo por Cristian Javier Soto Figueroa y Gonzalo Alberto Ormazabal Vidal, ambos funcionarios de Carabineros, quienes declararon al tenor de los hechos ocurridos el 11 de febrero pasado;

QUINTO: Que el imputado ha aceptado los hechos en los cuales se funda la acusación, los antecedentes aportados por la Fiscalía y en el procedimiento abreviado, lo que ha expresado ante este Tribunal en forma libre y espontánea, conociendo su derecho a exigir un juicio oral, entendiendo las consecuencias de esto y, no habiendo sido objeto de coacción de ningún tipo, en los siguientes términos: Que el 11 de febrero de 2001, alrededor de las 01:00 horas, tomó contacto en su domicilio con Gonzalo Ormazabal Vidal, quién resultó ser un agente encubierto del O.S.7 de Carabineros, a quién le vendió 29,5 gramos de marihuana en la suma de \$ 20.000 y, efectivamente mantenía marihuana en unos papelillos, no recuerdo si eran ocho o nueve.

SEXTO: Que apreciados los antecedentes probatorios pormenorizados precedentemente de conformidad con lo dispuesto en los artículos 36 de la Ley número 19.366 y, 297 del Código Procesal Penal, se puede tener por establecido que en la localidad de Quilimarí en el interior del inmueble ubicado en Libertad 30-8, de esta comuna, el 11 de febrero de 2001, alrededor de las 01:00 horas, José Ignacio Correa Correa, le vendió a un funcionario del O.S.7 de Carabineros, quién actuaba como agente encubierto la cantidad de 28,62 gramos netos de marihuana y se encontró, además, en su domicilio nueve papelillos, conteniendo 7,78 gramos netos de la misma droga, sin que hubiese justificado y fuere notorio que estaba destinado a un tratamiento médico ó, a su consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo; ilícito penal que por reunir los requisitos del legislador, tipifican el delito de tráfico ilícito de estupefacientes (marihuana), previsto y sancionado en el artículo 5° en relación con el 1° inciso segundo de la Ley 19.366, en el que ha correspondido participación, en calidad de autor a José Ignacio Correa Correa.

SEPTIMO: Que concurre en favor del imputado la aminorante de responsabilidad criminal de su irreprochable conducta anterior, acreditado con el mérito de su Extracto de Filiación y Antecedentes, exento de anotaciones penales pretéritas, dando lugar, de esta forma a lo solicitado por su Defensa, toda vez que la anotación que en él aparece, es por una falta que en nada altera lo antes razonado.

OCTAVO: Que en relación a lo solicitado por la Fiscalía en cuanto a proceder al comiso de la suma \$ 121.550,

incautado al detenido al momento de su detención y depositado en la Cuenta Corriente de este Tribunal, se accederá a lo solicitado por cuanto de los antecedentes de la investigación no se ha establecido la legítima adquisición de éste y, habiéndose producido efectivamente un tráfico de droga, debemos presumir que éste es producto de aquel ilícito penal.

NOVENO: Que para la aplicación de la pena debe considerarse que este ilícito se encuentra sancionado con penas copulativas, consistentes en una privativa de libertad, que se rebajará en dos grados al imputado, atendida las circunstancias personales del encausado y el tipo de droga incautada, y otra de carácter pecuniario, por lo que concurriendo una circunstancia atenuante de responsabilidad criminal, sin que lo perjudique agravante alguna, se le impondrá la privativa de libertad en su mínimum, como lo ha pedido su defensa.

DECIMO: Que haciendo uso de la facultad que confiere al Tribunal el inciso segundo del artículo 39 de la Ley número 19.366 y, teniendo presente que, de los antecedentes expuestos por la defensa, en especial al hecho de que el imputado es un trabajador agrícola, sin medios suficientes para pagar una multa, que por su imposición haría ilusoria la posible aplicación de una medida alternativa, se debe estimar que el encausado no posee ingresos suficientes para satisfacer la pena de multa, razón por la cual se le eximirá de su pago.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 11 N° 6, 14 N° 1, 15 N° 1, 24, 26, 30, 50, 67, 76 del Código Penal; 1, 45, 166, 248, 259, 297, 406, 409, 410, 411, 412, 413 del Código Procesal Penal; 1°, 5°, 26, 36 y 39 de la Ley número 19.366 y segundo de su Reglamento, se declara que:

A.- Se condena al imputado JOSE IGNACIO CORREA CORREA, cédula de identidad nacional número 11.384.855-3, ya individualizado en lo expositivo del fallo, como autor del delito tráfico ilícito de estupefacientes (marihuana), previsto y sancionado en el artículo 5° en relación con el 1° inciso segundo de la Ley número 19.366, cometido en la localidad de Quilimarí el 11 de enero de 2001, a la pena de QUINIENTOS CUARENTA y UN DIAS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MEDIO.

B.- Se le impone, asimismo, la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y, el pago de las costas de la causa.

C.- Se le exime del pago de la pena de multa.

D.-Se dispone el comiso de la suma de \$ 121.550 que se encuentra depositado en la Cuenta Corriente del

Tribunal, debiendo girarse cheque, oportunamente, a la Institución respectiva.

Por reunirse respecto del sentenciado Correa Correa los requisitos establecidos en el artículo 4° de la Ley número 18.216, se le concede la medida alternativa de Remisión Condicional de la pena, accediendo de esta forma a lo solicitado por la Defensa, 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 período de QUINIENTOS CUARENTA y UN DIAS y, cumplir, además, con las condiciones establecidas en el artículo 5° de la referida ley.

En el evento que debiese cumplir, efectivamente, la pena impuesta por esta causa, lo hará desde que se presente o sea habido, sirviéndole de abono todo el tiempo que permaneció, ininterrumpidamente, privado de libertad por

estos hechos, esto es, treinta y tres días, entre el 11 de febrero y 15 de marzo de 2.001, según consta de las audiencias de las mismas fechas.

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

REGISTRESE, NOTIFIQUESE y ARCHIVESE SI NO SE APELARE.

Se procede a la lectura íntegra del presente fallo, quedando las partes notificadas, entregándose copias a cada una 4

ROL 0076-2001; Rol Unico 010006820-5

DICTADO POR DON ALEJANDRO PATRICIO PALMATICID, JUEZ DE GARANTIA TITULAR.

- **Condena a imputado por el delito de manejo en estado de ebriedad a una pena privativa de libertad sustituida por reclusión nocturna, multa y retiro definitivo de licencia de conducir. Aplicando el artículo 398, suspende la pena y sus efectos, con excepción del retiro definitivo de la licencia de conducir que se hace efectivo de inmediato.**

Tribunal: Tribunal Mixto de Andacollo.

Resumen:

El Ministerio Público presenta requerimiento en contra de un imputado que fue sorprendido conduciendo un vehículo motorizado en estado de ebriedad. Los antecedentes del imputado dan cuenta de que registró 2,17 gramos por mil de alcohol en la sangre y poseía antecedentes penales al haber sido condenado anteriormente por cuasidelito de homicidio. El Tribunal, acoge el requerimiento, cuyos fundamentos fueron aceptados por el imputado, y condena a la pena de 540 días de presidio menor en su grado mínimo, multa de dos sueldos vitales y retiro definitivo de la licencia de conducir. La pena privativa de libertad es sustituida por reclusión nocturna. En virtud del artículo 398 del Código Procesal Penal, acoge la petición de la defensa y suspende el cumplimiento de la pena, pero mantiene el retiro definitivo de la licencia de conducir que ordena cumplir en la forma decretada.

Texto completo:

Andacollo, diez de agosto de dos mil uno.

VISTOS:

1° Que, se ha presentado el requerimiento por el Ministerio Público contra don ESTANISLAO SEGUNDO PASTEN GUERRERO fundado en haber manejado su camioneta marca Nissan, modelo D-16, año 2.000, color blanco, placa patente TT-4160, por calle Bellavista frente al N°48 de esta comuna, el día 01 de Abril del presente año, aproximadamente a las 10:00 horas en manifiesto estado de ebriedad, siendo sorprendido por funcionarios de Carabineros de la Tenencia de Andacollo, y que además se le trasladó el hospital para la respectiva alcoholemia, por otro parte lo hacia sin obtener la licencia de conductor, conducta prevista y sancionada por el artículo 121 de la Ley 17.105.

2° Que, el requerimiento del Ministerio Público se fundamenta en que se invocó la declaración prestada en esta Fiscalía por el imputado cuya transcripción consta fojas 2 de la carpeta del Tribunal.

3° Que, la Fiscalía propone imponer al imputado el máximo de la pena, consistente en 540 días de presidio menor en su grado mínimo, una multa de 2 sueldo vitales, y suspensión por dos años o retiro definitivo de la licencia.

4 ° Que, preguntado el imputado respecto del requerimiento efectuado y de la responsabilidad que en él le cabe, este manifestó en esta audiencia que los

hechos han ocurrido tal cual como lo describió la Fiscalía, aceptando la responsabilidad en esta .

5° Que, con los antecedentes enunciados por el Ministerio Público, los documentos exhibidos en esta audiencia cuyas copias se acompañaron en el respectivo requerimiento, constando en ellos el informe de alcoholemia N° 955-01 que establece el imputado se desempeñaba en estado de ebriedad, con un resultado de 2.17 gramos por mil y del extracto de filiación y antecedentes, en el que registra condena anterior por cuasidelito de homicidio en causa rol 9.264-95 de este mismo tribunal en que fue condenado en calidad de autor por delito mencionado.

6° Que, la Defensoría Penal Pública que representa al imputado en la persona de doña Tatiana Barrientos Albretc, ha solicitado para su representado la suspensión de la pena de conformidad al art. 398 del Código Procesal Penal y en subsidio se le conceda el beneficio de la reclusión nocturna, petición que fundamenta en la buena conducta demostraba desde el año 1995, como el estudio universitario de contador auditor y el estar ejerciendo actualmente un trabajo y no tener ninguna otra anotación penal desde dicha época a la fecha en que se denunció el hecho por el cual se le procesa, además para el caso de otorgar el beneficio de reclusión nocturna solicita que se cumpla en Gendarmería de Chile de la ciudad de Santiago Centro.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el artículo 395 del Código Procesal Penal,

SE DECLARA:

“Que se acoge el requerimiento presentado por el Ministerio Público en contra del imputado ESTANISLAO SEGUNDO PASTEN GUERRERO, y se le condena a la pena de 540 días presidio menor en su grado mínimo, al pago de una multa de 2 sueldos vitales, como autor del delito de desempeñarse en estado de ebriedad, más la accesoria de suspensión de cargo u oficio públicos durante el tiempo de la condena, y al retiro definitivo de la licencia de conducir, y al pago de las costas de la causa.

Que se le concede el beneficio de la reclusión nocturna solicitada por su Abogado Defensor de conformidad a lo establecido en el art. 9 de la ley 18.216 ; el cumplimiento de este beneficio deberá hacerlo a través de la sección de tratamiento en el medio libre de Gendarmería de Chile de Santiago por registrar en dicha ciudad su domicilio”.

Que ha lugar a la suspensión de la pena y sus efectos por el plazo de 06 meses, de conformidad al artículo 398 del Código Procesal Penal con excepción del retiro definitivo de su licencia o permiso de conducir, el que deberá cumplirse en la forma antes decretada.

Téngase por notificado todo lo obrado y resuelto en esta audiencia a todos los intervinientes presentes. Dése copia a las partes que así lo soliciten.

Anótese, Regístrese, y agréguese a la carpeta

RUC. N° 0100015834-4

RUI N° 87-A-2001.

Dictada por don OSCAR VALDERRAMA BRAVO, Juez de Garantía Titular

TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL

- **Condena a imputado a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, por el delito de robo con violencia y rechaza la agravante del artículo 12 N° 16, en razón de no encontrarse cumplida la pena a que fuera condenado anteriormente el imputado.**

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

Resumen:

El Ministerio Público acusa al imputado de haber cometido el delito de robo con violencia en perjuicio de la víctima que fue abordada durante la noche mientras esperaba un taxi. La defensa alega que los hechos constituyen un concurso material de los delitos de lesiones leves y hurto, puesto que inicialmente el imputado habría tratado de defenderse de una agresión de que era objeto y más tarde aprovechó las circunstancias para hurtar las especies de propiedad de la víctima. El Tribunal acoge la tesis del Ministerio Público sobre la base de las declaraciones de la víctima, los funcionarios aprehensores y del propio imputado, condenando a este último a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo. Para fijar la cuantía de la pena el tribunal desestimó la agravante del N° 16 del artículo 12 del Código Penal, que había sido alegada por el Ministerio Público sobre la base de que el imputado había sido condenado anteriormente por el delito de robo con fuerza, en razón de haberse acreditado que la pena no se encontraba cumplida, circunstancia que, de conformidad con la doctrina, considera requisito de la agravante.

Texto completo:

La Serena, uno de Junio del año dos mil uno.

Barrientos Albrecht, ambos con domicilio en calle Balmaceda n° 670, tercer piso, de esta ciudad.

VISTOS:

PRIMERO: Que, con fecha veintiocho de mayo de dos mil uno, ante esta Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de la Serena, constituida por el Juez Presidente de Sala señor Jorge Fernández Stevenson y los Jueces señores Jaime Meza Sáez y Enrique Durán Branchi, se llevó a efecto la audiencia del Juicio Oral relativa a los autos rol N°4-200 1. seguidos contra CLAUDIO ENRIQUE RAMOS POZO, chileno, soltero, 18 años de edad, cédula de identidad N° 15.052.933-6 domiciliado en pasaje Los Acacios n°37, Población Juan XXIII, La Serena, condenado anteriormente por el Segundo Juzgado del Crimen de La Serena, causa 29.035-1-99, como autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado.

Fue parte acusadora en el presente juicio el Ministerio Público, con domicilio en calle Gandarillas n° 810, La Serena, representado por don Marcelo Sanfeliú Gerstner y Jorge Valladares Opazo.

La defensa del encausado estuvo a cargo de los abogados Cristian Rodríguez Villalobos y Tatiana

SEGUNDO: Que, los hechos materia de la acusación, según el auto de apertura del juicio oral, tuvieron lugar el 19 de Febrero último en esta ciudad, aproximadamente a las 05.30 horas, oportunidad en que la víctima Benjamín Amador Torres Contreras después de concluir su jornada de trabajo, caminaba en dirección a su casa por calle Cienfuegos, dirección sur, y al llegar a Avenida Francisco de Aguirre fue interceptado por el imputado Ramos Pozo, quien acompañado de otra persona, menor de edad, lo intimidó con una botella de vino para robarle, lo que provocó su huida. Luego, entre calle Cienfuegos y O'Higgins, Ramos golpeó en la cabeza a Torres, causándole lesiones leves, lo que aprovechó para sustraerle cinco mil pesos en tres billetes, un reloj Citizen y una chaqueta de cotelé de color negro. La Fiscalía agrega que el hechor fue detenido minutos más tarde y le encontraron el dinero y el reloj en su poder. Señala, además, que concurre la agravante del artículo 12 n° 16 del Código Penal, por cuanto el imputado es reincidente en delito de la misma especie, al haber sido condenado anteriormente en causa rol n° 29.0351-99 del Segundo Juzgado del Crimen de La Serena, en la que fue condenado por el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado.

Contestando la acusación deducida en su contra, la defensa sostiene que en la especie debe el Tribunal realizar una calificación jurídica distinta de los hechos a como fueron éstos circunscritos por la Fiscalía señalando que en realidad se trataría de un concurso real entre un delito de lesiones leves y un delito de hurto.

Solicita la defensa, asimismo, que se rechace la agravante del artículo 12 n° 16 del Código Penal, a saber, ser el acusado reincidente en delito de la misma especie, por cuanto la doctrina –arguye- es unánime en cuanto a considerar que no opera esta agravante cuando la condena no ha sido cumplida, lo que se constata de la lectura del certificado emanado del Segundo Juzgado del Crimen de La Serena, en causa rol 29.035-1-99 seguida contra el acusado Ramos Pozo, que refiere que este último se encuentra con orden de aprehensión pendiente.

TERCERO: Que, son hechos no controvertidos en la causa, por haber sido materia de convención probatoria, los siguientes: a) que se ocasionaron lesiones leves a la víctima, Benjamín Amador Torres Contreras, en la madrugada del día 19 de Febrero último; b) que las especies, consistentes en \$ 5.000, de los cuales sólo \$4.000 se encuentran en custodia, un reloj Citizen y una chaqueta de cotelé, de color negro, pertenecen a Benjamín Amador Torres Contreras; c) que a las 5 de la madrugada del día 19 de Febrero pasado, se encontraban en el sector de calle Cienfuegos con Avenida Francisco de Aguirre, de esta ciudad, tanto Claudio Enrique Ramos Pozo como Benjamín Amador Torres Contreras, y d) que en la misma ocasión señalada en el punto anterior se encontraba presente Pilar Constanza But.

CUARTO: Que el objeto del presente juicio, estriba en determinar la conexión entre las lesiones y la sustracción de especies de propiedad de la víctima, según la intencionalidad del agente, es decir, dilucidar si los hechos deben considerarse como dos tipos penales distintos -lesiones y hurto- o bien, como un solo y único hecho ilícito penal -robo con violencia-, y la participación que en ellos le pudo haber cabido al imputado.

QUINTO: Que en este sentido es posible valorar las siguientes pruebas:

Declaración del ofendido, quien manifiesta en lo pertinente que, como de costumbre salió de su lugar de trabajo el 19 de Febrero en curso en horas de la madrugada, a tomar radio taxi. Agrega que se le acercó un sujeto que le pidió un cigarrillo, ofreciéndole el que tenía encendido; que este individuo, al que acompañaba una mujer, le manifestó que quería uno entero, respondiéndole que no tenía más; que el sujeto sacó una botella y la quebró, amenazándolo con la misma; que

huyó del lugar siendo seguido por este individuo; que en un momento determinado el sujeto le grita que se pare; que se detiene y lo mira para atrás; que estando de frente éste le pegó en la cabeza, cayendo al suelo, oportunidad en que el muchacho le mete la mano al bolsillo sacándole el dinero que portaba, el reloj y la chaqueta; que incluso intentó quitarle unos anillos lo que no consiguió porque estaban muy apretados; que se levantó algo mareado y en radio taxi se dirigió a Carabineros.

El testimonio anterior, resulta congruente y reafirmado con los dichos de los funcionarios aprehensores señores Cristian Castelli Castelli y Jorge García Valenzuela, quienes se encuentran contestes el que a la unidad policial en horas de la madrugada del 19 de Febrero del año en curso, llegó un individuo herido y sangrando de la cabeza, manifestando haber sido víctima de un asalto por un muchacho al que acompañaba una mujer, a quienes describe. Añaden que éste agregó que el muchacho le propinó un botellazo en la cabeza y a continuación, aprovechando su caída al suelo, le sustrajo su chaqueta de cotelé, un reloj y cinco mil pesos en dinero efectivo.

Agregan que, trasladados al sector donde habrían ocurrido los hechos, seguidos por el ofendido, observaron a un grupo de personas, entre las cuales se hallaban dos individuos de características físicas concordantes a las entregadas por la víctima en el recinto policial. Añaden que llega en ese momento el afectado, quien directa e inmediatamente individualiza al acusado como su agresor y se percata que su acompañante vestía la chaqueta que momentos antes le fuese sustraída.

Estos mismos funcionarios policiales, junto a la declaración del policía Jorge García Valenzuela coinciden también en que, más tarde, al verificar el registro de rutina que se practica por razones de seguridad a cada detenido que ingresa a la unidad policial, se percataron que al sacarse el imputado los calcetines, cayeron del interior de uno de éstos el reloj y cuatro mil pesos en dos billetes de dos mil y que preguntado sobre el origen de las señaladas especies por el oficial de guardia, no dio explicaciones satisfactorias. Los funcionarios policiales ya aludidos, junto al testimonio de Leonardo Labra Astorga, deponen en el juicio, además, acerca de la cadena de custodia de la prueba material, consistente en un reloj marca Citizen, cuatro mil pesos en dos billetes de dos mil y una chaqueta negra de cotelé, especies de propiedad del ofendido, situación no controvertida en el juicio toda vez que ha sido materia de convención probatoria como se manifestara en la lectura del auto de apertura de juicio oral.

Igualmente depuso la médico legista Juana María Bello Córdova, quien señala que examinado el ofendido poco más de un mes de haber sido agredido con un botellazo, según este le refiriera, constató la existencia de heridas cicatrizadas que estimó recientes, las que habrían sido provocadas con un elemento cortante, ya que este tipo de instrumento lesiona piel y tejido subcutáneo, dejando bordes de cicatrices muy lineales, concordando haber sido provocadas con una botella, lesiones que finalmente diagnostica como de carácter leve.

SEXTO: Que, con las convenciones probatorias y pruebas referidas precedentemente, apreciadas libremente conforme lo dispone el artículo 297 del Código Procesal Penal, se encuentran establecidos los siguientes hechos: a) que un individuo, el día 19 de Febrero del año en curso, en horas de la madrugada, fue golpeado en su cabeza con un elemento cortante, lo que le provocó lesiones de carácter leve, instante en que además le fueron sustraídas una chaqueta, un reloj Citizen y \$ 5.000 (cinco mil pesos); y b) que un individuo fue detenido momentos más tarde con la mayoría de las especies referidas en su poder.

SEPTMO: Que, la participación del acusado en los hechos referidos, está probada por los dichos de la víctima, de los policías que deponen en la audiencia en el sentido de haber encontrado en poder del encausado la mayoría de las especies sustraídas al ofendido, lo que configura la presunción de autoría del artículo 454 del Código Penal, y la declaración del propio imputado en cuanto señala que un individuo le arrojó una botella, por lo que le fue a "echar la aniñada"; que empezaron a pelear en la esquina; que cuando el sujeto iba corriendo le pegó un botellazo en la cabeza; que la chaqueta la recogió del suelo; que el dinero estaba dentro de uno de los bolsillos de la misma; y que el reloj lo tomó la niña que lo acompañaba.

La intención del imputado en los hechos descritos se encuentra acreditada por la inmediatez existente entre el golpe propinado a la víctima, acción del imputado libre, deliberada y consciente, con la consecuente sustracción, a la cual se encuentra conectada ideológicamente.

La violencia vinculada a la apropiación puede ocasionarse en cualquiera de las oportunidades que la ley señala. En la especie las lesiones se verificaron antes de la apropiación, pero en absoluta correspondencia entre ésta y la sustracción ya referida para facilitar su ejecución.

OCTA VO: Que los hechos reseñados precedentemente son constitutivos del delito de robo con violencia contemplado en el artículo 436 del Código Penal, por cuanto existió en la especie apropiación de cosa mueble

ajena, con ánimo de lucro, sin la voluntad de su dueño, y con violencia en las personas.

En efecto, el actuar del imputado armoniza con lo señalado en los artículos 432 y 439 del mismo cuerpo legal, en el sentido de entender por violencia propia del robo materia de este juicio, todo acto que pueda forzar la manifestación o entrega.

NOVENO: Que en relación a las argumentaciones de la defensa, en cuanto a que el imputado habría reaccionado en venganza contra el ofendido al darle un golpe en la cabeza y que con ocasión de éste se habría cometido un hurto, pretendiendo así la existencia de dos hechos independientes, no se les dará valor porque no resultan creíbles para este Tribunal, porque no están fundadas en ninguna circunstancia que derive de los hechos probados en la causa, y que ni siquiera pueden deducirse directa o indirectamente de los mismos.

DECIMO: Que, atendido lo expuesto precedentemente, se rechaza la posición de la defensa en orden a sancionar al acusado por lesiones leves en concurso material o real con un delito de hurto.

Consecuencialmente, se acoge la calificación jurídica de los hechos objeto de la acusación efectuada por el Ministerio Público.

UNDECIMO: Que, no se da lugar a aplicar en la especie, la agravante de la reincidencia específica contemplada en el artículo 12 N°16 del Código Penal, en razón que el imputado Ramos Pozo no ha cumplido la pena impuesta en los autos Rol N°29.035-1-99 del Segundo Juzgado del Crimen de La Serena por el delito de robo con fuerza en las cosas, requisito indispensable para la procedencia de dicha atenuante, como reiteradamente se ha resuelto por la doctrina, representada por Novoa Monreal, Etcheberry, Cury y Garrido, entre otros, y la mayoría de la jurisprudencia.

DUODECIMO: Que, no existiendo circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que ponderar, podrá el Tribunal al momento de determinar la pena asignada al delito recorrerla en toda su extensión, lo que se indicará en la parte resolutive de este fallo.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 1, 14, 15, 24, 28, 68, 432, 436 y 454 del Código Penal; 53, 295, 296, 297, 340, 341, 342, 343, 346 y 348 del Código Procesal Penal, SE RESUELVE:

I.- Que se condena a CLAUDIO ENRIQUE RAMOS POZO, ya individualizado, a la pena de CINCO AÑOS y UN DIA DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MINIMO, ya la pena accesoria de inhabilitación absoluta

perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa, como autor del delito de robo con violencia del que fuera víctima Benjamín Amador Torres Contreras, hecho ilícito perpetrado en esta ciudad en horas de la madrugada el día 19 de Febrero del año en curso.

II.- Que, no se concederá beneficios de la Ley 18.216 al imputado, por no existir a su favor los requisitos legales para ello. En consecuencia, el sentenciado deberá cumplir real y efectivamente la pena corporal impuesta, sirviéndole de abono los días que ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad en esta causa, a saber, desde el 19 de Febrero del año en curso a la fecha.

III.- Que atendido el mérito de los antecedentes y constando del juicio que el acusado fue condenado tanto en primera como segunda instancia en la causa rol 29.035-1- 99, originaria del Segundo Juzgado del Crimen de esta ciudad, a cumplir tres años y un día de presidio menor en su grado máximo como autor del delito de Robo con fuerza en la cosas en lugar habitado, pena respecto de la cual no se le otorgó beneficio alternativo alguno de aquellos previsto en la ley 18.216, y encontrándose pendiente su cumplimiento y ejecutoriado el fallo antes del inicio de la presente causa, a continuación de la sanción que se, le impone en el presente juicio deberá cumplir aquella, sirviéndole de

abono el tiempo que para tales efectos se le considero en la sentencia referida.

IV. Una vez ejecutoriado este fallo, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal, oficiándose a la Contraloría General de la República, al Servicio de Registro Civil e Identificación y a Gendarmería de Chile; a este último servicio, se deberá adjuntar, además, copia de las sentencias de primera y segunda instancia recaídas en causa rol n° 29.035-1.99 del Segundo Juzgado del Crimen de la Serena, debidamente autenticadas.

V. Devuélvase a la Fiscalía los medios de prueba materiales acompañados por ésta a la presente causa.

Redactada por el Juez Sr. Jaime Vicente Meza Sáez.

Rol N°4-200 1.

DICTADA POR LOS JUECES DEL TRIBUNAL DEL JUICIO ORAL EN LO PENAL DE LA CIUDAD DE LA SERENA, SEÑORES JORGE FERNÁNDEZ STEVENSON, JAIME MEZA SAEZ, y ENRIQUE DURAN BRANCHI. AUTORIZA DOÑA CLAUDIA MOLINA CONTADOR, JEFA UNIDAD ADMINISTRACION DE CAUSAS.

- **Impone la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias y al comiso del instrumento utilizado en el delito, al autor de robo con intimidación perpetrado en un supermercado de la ciudad de Temuco.**

Tribunal: Tribunal Oral en lo Penal de Temuco

Resumen:

El Ministerio Público acusó a Patricio Enrique Otth Quezada en calidad de autor de robo con intimidación perpetrado en el supermercado La Reina de la comuna de Temuco. El autor, junto nueve individuos jóvenes ingresó al supermercado y sustrajeron distintas especies desde el pasillo de perfumería. Al percatarse el guardia intentó detenerlos pero fue amenazado con un arma. Luego, al intentar huir un segundo guardia cerró la puerta, siendo amenazado también con un arma para que abriera las puertas. El Ministerio Público pidió cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo como autor del delito. La sentencia concluye que aunque el arma con la que se amenaza es un arma a fuego, el miedo o pánico que se extendió fue tal que no pudieron menos que someterse a las exigencias que les ordenaron. La sentencia, por lo demás, rechaza la atenuante del artículo 11 N° 6 invocada por la defensa y la del 11 N° 8 del mismo cuerpo legal. El Juez Cristian Alfaro estuvo por recalificar los hechos como estafas y otros engaños del artículo 468 en razón de que el arma utilizada era un arma a fuego, siendo este inidoneo para causar el daño subjetivo del ofendido.

Texto completo:

Temuco, veintisiete de Julio del año dos mil uno.

VISTOS, OIDO y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, con fecha 23 de Julio de 2001, ante esta Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de Temuco, constituida por el Juez Presidente de la Sala Oscar Viñuela Aller y los jueces Christian Alfaro Muirhead y Jorge González Salazar, se llevó a efecto la Audiencia del Juicio Oral relativa a los Autos Rol Interno 007120011 seguidos contra Patricio Enrique Otth Quezada, chileno, nacido el 22 de diciembre de 1979, RUN N° 13.962.672-9, domiciliado en Compañía N° 02335, Villa Padre Hurtado actualmente recluso en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de esta ciudad.

Fue parte acusadora en el presente juicio el Ministerio Público con domicilio en calle Aldunote N° 51 de Temuco, representado por el fiscal Alejandro Ivelic Mancilla, acompañado por la asistente de fiscal abogada Carolina Suazo y el abogado particular Luis Alberto Candia Becerra.

La defensa del encausado estuvo a cargo del abogado José Alejandro Martínez Ríos, acompañado de la abogada Sandra Jelves Mella, ambos con domicilio en calle Prieto Norte N° 333.

SEGUNDO: Que la Fiscalía de Temuco, formuló acusación en contra de Patricio Enrique Otth Quezada, en calidad de autor del delito de robo con intimidación,

previsto y sancionado en el art. 436 inc. 1° en relación con los arts. 432, 433 inc. 1 y 439, del código penal, cometido en Temuco el día 12 de enero de 2001, aproximadamente a las 16:30 horas. Aquel día el imputado ingresó al Supermercado la Reina en Av. Pedro de Valdivia N° 02205, en compañía de nueve individuos jóvenes. En el lugar se dirigieron al pasillo de la perfumería donde rápidamente comenzaron a sustraer diversos productos, los cuales guardaron en unas bolsas que traían entre sus vestimentas. Al percatarse de ello el guardia del Supermercado Nelson El Cid Bustos Pérez intentó detenerlos. En ese momento Patricio Otth Quezada lo apuntó con una pistola advirtiéndole que no hiciera ningún movimiento. Uno vez que los hechos terminaron de llenar las bolsas, se dirigieron hacia la salida del supermercado, donde el guardia Pablo Gutiérrez Astete les cerró la puerta para que no pudieran huir. Patricio Otth gritó en forma violenta al guardia que los dejara salir y ante su negativa el imputado sacó desde sus vestimentas una pistola con la cual apuntó en el pecho de aquel diciéndole si "prefería dejarlo salir o los mataba". Este segundo guardia, producto del temor, abrió la puerta dejando huir a los sujetos del lugar. En cuanto a lo calificación jurídica, señala que los hechos descritos son constitutivos del delito de Robo con Intimidación, descrito y sancionado en el art. 436 inc. 1°, en relación con los arts. 432, 433 inc. 1° y 439 del código penal, perpetrado en calidad de autor por Patricio Enrique Otth Quezada, de conformidad con el art. 15 N°1 del mismo código.

Señala que en la especie se dan todos los elementos del tipo invocado. En cuanto a la tipicidad subjetiva sostiene

que el imputado obró con dolo directo, yo que lo conducto intimidatoria desplegada con una pistola y con palabras amenazadoras, fue ejercida para cometer la apropiación. En cuanto a la tipicidad objetivo, señalo que en el ámbito patrimonial existió apropiación de cosa mueble ajeno, consistente en la sustracción de diversos mercaderías del supermercado avaluadas en la suma de \$152.000. La intimidación fue el medio para el apoderamiento, la cual consistió en el empleo de una pistola para cometer el robo, impidiendo de esa forma la resistencia u oposición por parte de los guardias del supermercado o que se sustrajeran dichas especies. En cuanto a las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, señala que no concurren en la especie. Finalmente, el Ministerio Público solicita para el imputado la aplicación de una pena de CINCO AÑOS y UN DIA DE PRESIDIO MA YOR EN SU GRADO MINIMO como autor del delito de robo con intimidación.

TERCERO: Que la defensa del acusado, como quiera que argumentara la inexistencia del elemento intimidación en las personas en la conducta desarrollada por aquél en lo realización de los hechos por los que acusa el Ministerio Público, solicita se califiquen éstos como constitutivos del delito de hurto, imponiéndoseles la pena correspondiente a la figura que la tasación de las especies sustraídas determinaren. En efecto, sostuvo básicamente que el medio empleado por el sujeto activo del tipo legal sobre la base del que razona la fiscalía, actuó con un medio inidóneo, incapaz de intimidar a nadie; y, mucho menos, fundar como supuesto jurídico penal la imposición de una pena tan severa y desproporcionado como la que postula la parte acusadora debido a la conducta cuya comisión le imputa. Su defendido, si bien se apropió de cosa mueble ajena, con ánimo de lucro, cosa que no niega dice, lo hizo con un juguete, esto es con un arma a fogueo, carente completamente de la capacidad de ejercer violencia real, material, efectivo, sobre persona alguno posible de perfilarse como víctima real y efectiva del robo con violencia o intimidación según lo postula el Ministerio Público. Es más, no sólo el principio de proporcionalidad se ve gravemente afectado con dicho sostenimiento, sino que también aparece un desconocimiento tal del principio de lesividad que el tribunal no puede menos que enmendar a la hora de proceder a la calificación jurídica de los hechos ventilados durante la audiencia de este juicio.

CUARTO: Que, de acuerdo a la prueba rendida en la audiencia del día 23 de Julio del año en curso; y, además de los hechos no discutidos de que dan cuenta las convenciones probatorias acordadas entre las partes las que se señalan en el auto de apertura del juicio oral, se encuentra acreditado con lo prueba testimonial rendido por el Ministerio Publico consistente en las declaraciones

de los testigos Nelson El Cid Bustos Pérez, Pablo César Gutiérrez Astete, Ximena del Carmen Cayupul Catriñanco, María Fuentes Riquelme y José Augusto Correa Correa; como también el propio testigo de la Defensa Luis Borel Chieyssel, que el día 12 de Enero del año en curso alrededor de las 16:30 horas, el acusado Patricio Enrique Otth Quezada, en compañía de varios menores, ingresó al Supermercado La Reina, sito en la Avenida Pedro de Valdivia 02205, de esta ciudad. En el lugar, el acusado junto con los menores se dirigió al pasillo de la perfumería donde todos sustrajeron diversos productos, comprendidos de manera pormenorizada en la evidencia N°2 acompañada por la Fiscalía y que ésta detallara en el transcurso de la audiencia, los que fueron introducidos en dos bolsas de plástico, de cierta capacidad, con la marca Johnson, que traían ocultas en sus vestimentas, apropiándose de objetos tales como champúes, desodorantes y cremas de afeitar de diversas marcas, tres botellas de cervezas y una champaña.

Al percatarse de lo anterior el guardia del Supermercado Nelson El Cid Bustos Pérez, intentó detenerlos. En dicho momento el acusado Patricio Enrique Otth Quezada lo apuntó con una pistola advirtiéndole que no hiciera ningún movimiento. Dicha arma fue presentado por la fiscalía como lo evidencia N° 1, esto es, un revólver a fogueo con apariencia de pistola: metálico, de color negro y cilindro para 8 fulminantes, con la inscripción 8 Shots N° 7888. Una vez que los hechos terminaron de llenar las bolsas se dirigieron hacia la salida del negocio donde el guardia Pablo Gutiérrez Astete les cerró la puerta con el fin de impedirles su huida. Precisamente, en esos instantes, Patricio Otth Quezada gritó en forma violenta a este guardia, profiriendo fuertes insultos, al tiempo que sacaba nuevamente de entre sus ropas, el arma con la que lo amedrentó diciéndole que si no lo dejaba salir; lo mataba. Pablo Gutiérrez, este segundo guardia, producto del temor, abrió la puerta de salida, permitiéndoles huir a todos los malhechores, mientras el acusado Otth Quezada lo apuntaba permanentemente en posición de tiro, cubriendo la retirada de aquellos.

A los cinco minutos de ocurrido lo anterior se apersonó en el lugar de los hechos el teniente de Carabineros José Correa Correa; el que concurriera debido a que se le comunicara; en su unidad, de la perpetración en el Supermercado La Reina de un delito de robo con intimidación con arma de fuego. Cuando llegó pudo comprobar que los guardias y el personal del Supermercado se encontraban conmovidos y sumamente asustados, confundidos, por la acción desplegada por el grupo de menores, destacando a un sujeto que los apuntó con un arma de fuego al momento de cubrir la huida de aquellos con las especies que robaran, Algunas de éstas las ubicó más tarde en el lugar del frente del Supermercado, cerca del block de

viviendas donde huyeron los malhechores, en el sector Las Vegas de Tromén. Los empleados del Supermercado se extendieron respecto a que los sujetos usaron una contundente arma para intimidar, con empuñadura de color café y el resto de color negro. Lo que más le impresionó al oficial fue que los asaltados se referían a que, en su presencia, el sujeto que portaba el arma, la preparó allí mismo, con ocasión de apuntarla cada vez que los amenazara, intimidándolos.

QUINTO: Que, por su parte, con lo declarado por el perito balístico, inspector de la Policía de Investigaciones, José Soto Contreras, quedó claramente acreditado en la audiencia que la pistola a fogueo o juguete, según así se refiriera al mismo, en cuanto a su posibilidad de aparentar o impresionar ante terceros como una pistola verdadera o arma de fuego, ello lo hizo depender no sólo de su aspecto externo al compararla con otras reales tipo Star, Smith y Wesson o Walter de 7,65 o 9 milímetros; sino que, además, de algunas variables tales como las circunstancias específicas de su uso, la luminosidad ambiente, el conocimiento de las víctimas en cuanto al uso de las armas y, en especial, al modo de empleo por quien hiciera uso de ella, pasándola por verdadera. En su porte conclusiva, la experticia determinó que, dadas las características del elemento periciado, éste poseía, sin duda, la capacidad de impresionar como un arma verdadera.

SEXTO: Que atendida la condición de los testigos antes señalados, que sus declaraciones provienen de personas que presenciaron los hechos a que se refieren, que impresionan a los jueces como capaces de percibirlos con sus sentidos, razón por la cual aparecen como veraces y creíbles, por lo cual este tribunal acoge plenamente el valor de la prueba rendida por el Ministerio Público, como quiera que además las declaraciones de los testigos antes referidos apareció corroborada con lo expuesto por el testigo presentado por la defensa Luis Borel y la del propio acusado, sin que las demás pruebas presentadas por ésta, aportaran antecedentes que la desvirtuaran.

SÉPTIMO: Que, la prueba que presenta la defensa, esto es, los testimonios de Pedro Andrés Quiroz Espinoza, 15 años; Alejandro Aram Apablaza Bernal, 18 años; y, Manuel Gonzalo Huincaleg Hernández, 17 años, no será oída por el Tribunal toda vez que sus declaraciones emanaron de personas que participaron, directa o indirectamente, en los hechos criminales sobre los que se extendieron durante la audiencia, careciendo evidentemente de imparcialidad, al tiempo que se esmeraron, a juicio de los magistrados que formaron la decisión, en desperfilar, de manera notoria, los hechos que protagonizaran, beneficiándose

ellos mismos con las especies sustraídas por el acusado y de la conducta ilícita de éste.

OCTAVO: Que los hechos descritos en el considerando cuarto, en concepto de este tribunal, son constitutivos de robo con intimidación, tipificado por el art. 432 del Código Penal y sancionado por el art. 436 inciso lo del mismo cuerpo legal, con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a máximo.

En efecto, en la especie, hubo sustracción de cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño, como son las que se describen en el auto de apertura y algunas de ellas exhibidas en la audiencia, usando intimidación para conseguir su propósito, haciendo uso de un arma, la que si bien es cierto, de acuerdo a lo expuesto por el perito balístico, se trata de una arma a fogueo, no cabe duda, que sí es apta para intimidar, objetivo que se alcanzó puesto que su apariencia; como constó en la audiencia, y la referencia con otras armas verdaderas que aparecen del set de fotos presentados por la Fiscalía demuestra que a simple vista no se diferencia con una verdadera, lo que sin duda alguna produjo intimidación, como lo exige el Código Punitivo en esta clase de ilícitos, por lo que el carácter de arma a fogueo del elemento empleado por el inculcado para amenazar a los guardias del supermercado, no le quita objetivamente; a nuestro juicio, el carácter de medio idóneo para coaccionar su voluntad, y por ende, para obtener la apropiación de las especies sin el consentimiento de su poseedor .

A mayor abundamiento, los hechos que protagonizara el acusado Otth Quezada, en su despliegue durante el asalto o mano armada y que llevara a cabo al interior del local, fueron de tal envergadura y contundencia que, no obstante el carácter de pistola a fogueo que usara el actor como antes se señalara, cuestión que nadie discute, el pánico o miedo que se extendió en el personal a cargo del establecimiento fue tal que no pudieron menos que someterse a las exigencias que a gritos les ordenaba en tono amenazante y que le permitiera o éste y a sus secuaces cargar con los especies objeto del robo facilitando su huida. Así, incluso, lo ratificó el testigo que presentara la defensa del imputado, Luis Borel Chieyssalt quien se extendió latamente en relación a la violencia y tono amenazantes con los que el actor amedrentó de manera dramática a sus víctimas, demostrando una peligrosidad tal en el empleo del elemento que blandiera, capaz de determinar un acatamiento completo, paralizante, a quienes intimidara, sometiéndolos o éstos a su sola y exclusiva voluntad o designio criminoso.

NOVENO: Que, se desechará la solicitud de la defensa de calificar los hechos como constitutivos del delito de hurto, pues durante la audiencia quedó suficientemente

establecido, como ya se ha señalado en los considerandos precedentes, el carácter y expresión de la conducta manifestada por el acusado ante sus víctimas, quien actuó en forma desenbosada, abiertamente, sobre la psiquis de los ofendidos, de manera tal, que concurriendo en la comisión del ilícito el elemento intimidación, este debe ser calificado como robo y no hurto.

DECIMO: De acuerdo a la prueba rendida en este juicio. Aunada a la propia declaración del inculcado, queda establecido, sin lugar a dudas que a Patricio Enrique Otth Quezada le ha correspondido la participación de autor en los hechos materia de este juicio, toda vez que intervino directa e inmediatamente en su perpetración.

UNQECIMO: Que, en cuanto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad invocados por la defensa del acusado, corresponde señalar que en relación a lo del art .11 N°6 del Código Penal será denegada, puesto que si bien es cierto, se ingresaron diversos certificados tendientes a acreditar su conducto exenta de reproches; sin embargo, del extracto de filiación y antecedentes, se desprende que el imputado fue sometido o proceso por el delito de robo por sorpresa, por el cual posteriormente fue condenado como autor del delito hurto-falta, obstando, en consecuencia, estimar que su conducta anterior se la pueda tener como irreprochable tal como lo requiere la disposición legal precitada.

En relación a la modificatoria de responsabilidad del art. 11 N°8 del Código Punitivo, también será rechazada, porque si bien es cierto Otth se presentó voluntariamente al Juzgado de Garantía de esta ciudad cinco días después de ocurridos los hechos, no es menos cierto que ya se había iniciado el procedimiento y se había despachado orden de detención en su contra; y no existe evidencia que hubiere estado en situación de eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose.

DUODECIMO: Que, en esta causa se ha valorado la prueba rendida por los partes de acuerdo a las reglas contenidas en el código procesal penal vigente para esta jurisdicción, en su art. 297, en relación con lo prescrito en el art. 484, del mismo cuerpo legal, esto es, de conformidad con las reglas de lo que se ha convenido en llamar la sana crítica, entendiéndose por el tribunal derogado el art. 59 de la ley 11.625 que ordenaba, para esta clase de ilícitos penales, su apreciación en conciencia.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 1, 4, 37, 45, 47, 275, 295, 296, 297, 309, 340, 341, 342, 343, 344, 346 y 348 del código procesal penal; y lo señalado en los artículos 1, 7, 11, N°s 6 y 8, 14, 15, 24, 28,31, 50, 68, 69, 432, 433, 436 inc. 1° y 439 del Código

Penal, amén de las disposiciones antes expresadas en el cuerpo de esta sentencia y lo prescrito en la ley N° 18.216 y su reglamento, SE RESUELVE:

I. Que se condena al acusado PATRICIO ENRIQUE OTTH QUEZADA, ya individualizado, o cumplir lo pena de Cinco años y un día 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 profesionales titulares mientras dure la condena, al comiso del instrumento utilizado en la ejecución del delito y al pago de las costas de la causa, como, autor del delito de robo con intimidación en las personas perpetrado el día 12 de enero de 2001, en esta ciudad, en perjuicio del Supermercado La Reina de Av. Pedro de Valdivia N° 02205;

II.- Que, la pena corporal impuesta se le empezará a contar al sentenciado desde la fecha de su detención, esto es, desde el 17 de enero de 2001, tiempo desde el cual se encuentra ininterrumpidamente privado de su libertad en esta causa, conforme consta del auto de apertura de acuerdo al cual se dio inicio a la audiencia de este juicio;

III.- Que, por no ser procedente de acuerdo a la Ley, no se concede al sentenciado beneficio alguno sustitutivo de la sanción corporal antes impuesta de conformidad con lo señalado en la ley 18.216 y su reglamento; y,

IV.- Que, ejecutoriada la presente sentencia, dése cumplimiento al art. 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, a quienes se les deberá adjuntar copia del fallo con el atestado de hallarse firme.

Se previene que el Juez Christian Alfaro Muirhead, estuvo por modificar la calificación jurídico-penal atribuida a los hechos de este juicio e imponer una pena concordante con ellos, tanto objetivo como subjetivamente, conforme a las siguientes consideraciones:

1. Que, el tipo de robo con violencia o intimidación en las personas es una hipótesis compleja, en la que se han reunido, en una sola abrazadera típica, dos acciones lesivas de bienes jurídicos muy distintos entre sí, esto es la propiedad por un lado, conjuntamente con la integridad básica y esencial del sujeto pasivo, por el otro.

2.- Que, conforme lo ha señalado anteriormente el profesor Carlos Künsemüller Loebenfelder, la equiparación de los elementos violencia (maltrato físico) e intimidación (amenaza o coacción compulsiva), lleva a concluir que la ratio legis del precepto legal es penalizar con especial rigor las situaciones en que los bienes

jurídicos personalísimos del ofendido se ven dañados o lesionados materialmente o expuestos a un peligro serio, real, concreto y de objetiva significación.

3.- Que, no toda intimidación utilizada como medio apropiatorio de cosas ajenas puede cumplir racionalmente, de manera también objetiva, con las exigencias del tipo legal que nos ocupa; sólo producirá tal efecto la coacción que implique en el hecho una amenaza seria, no puramente supuesta o imaginada, contra la integridad del sujeto pasivo de semejante agresión desplegada por el autor e incluida en dicho tipo, conforme a la constitución, art. 19 N° 3 inc. final, arts. N°s 1 y 3 del código penal; y, en relación más bien referencial con lo establecido a lo hora de la imposición de la sanción, en el art. 64 del mismo cuerpo normativo. De otro modo, carecería de justificación racional la equiparación hecha por el legislador de violencia e intimidación, como medios ejecutivos del apoderamiento. Al decir del profesor Garrido Montt el art. 436 inc. 1° es explícito en señalar que el delito de robo simple tiene carácter subsidiario, acepta -en general- todas las hipótesis de apropiación realizadas por medio de la violencia o intimidación. En consecuencia, para determinar la pena, se desentendió de los objetos materia de la sustracción y aumentó el rango de la privación de la libertad a niveles discutibles, superiores al del homicidio simple. De aberrante califica los alcances de la aplicación de esta sanción en el contexto del art. 456 bis del mismo código.

4.- Que, útil es recordar, que la especial gravedad, la que se mide obviamente por la pena y que obtura la concesión de todos los cumplimientos alternativos al emprisionamiento de la Ley 18.216, de la figura delictiva del art. 436 inc. 1° del código penal reside; de más está decirlo, no en la afectación de los valores patrimoniales, sino en el daño o peligro causado a bienes jurídicos de mayor jerarquía constitucional, como la vida, la integridad corporal, la salud, la seguridad individual.

5.- Que, en la especie, la amenaza contra la víctima de la agresión delictiva, fue realizada; como ha quedado dicho, con un revólver a fogueo, calificado por el experto en balística, inspector José Soto Contreras, como un objeto que no es en definitiva un arma de fuego convencional según las exigencias de los artículos 450 y 132 del código penal. Por ello, la utilización de dicha arma, que carece de aptitud para crear un peligro serio y concreto para la integridad personal del afectado, lo que conocía perfectamente el acusado, no puede fundar con criterio de proporcionalidad ninguno la tipificación del hecho como robo con intimidación, más allá de lo impresionado que hubiere resultado aquél por la acción desplegada, con dicho medio, por el actor.

6.- Que, reiterando también lo señalado por el profesor Künsemüller, la pena asignada por la ley al delito de robo que nos ocupa es superior o la del homicidio simple, circunstancia ésta, que contribuye, sin dudo a reforzar la convicción de que la intimidación para apropiarse de cosas ajenas ha de poseer una indiscutible aptitud en orden a poner en serio, real, efectivo y actual o inminente riesgo la personalidad básico, perceptible por todos los sentidos, de un individuo, desde que estamos ante un tipo complejo, lo que haría explicable, en concepto de la ley, la elevada pena del delito de robo, sin el cual, sin embargo, la vida humana no es destruida; al menos, en lo hipótesis simple, (436 inc. 1°).

7.- Que, conforme lo ha sostenido, además el profesor Jorge Mera Figueroa, no basta con que haya existido intimidación, sino que es preciso, dado el carácter complejo y pluriofensivo de la figura, que dicha intimidación tenga idoneidad para afectar lo seguridad más esencial de las personas, esto es, poner en peligro su vida, su salud o su integridad corporal; según el decir de la configuración de los bienes jurídicos que los tipos legales protegen. En el caso examinado, la intimidación-amenaza con arma a fogueo no tiene por lo propia naturaleza del medio empleado, la capacidad siquiera potencial, de afectar en manera alguna la vida e integridad de la víctima.

Con todo este disidente no estuvo por calificar los hechos como constitutivos del delito de hurto, en atención; fundamentalmente, al modo de comisión de aquellos por el actor, ajeno completamente al clima o ambiente y circunstancias de clandestinidad u ocultamiento en los que se lleva a cabo, normalmente, aquél.

8.- Que, no se aprecia racionalmente plausible asumir como suficiente a los efectos del concepto penal de intimidación que este pueda satisfacerse con un criterio puramente subjetivo, correlativo a una representación personal que pueda efectuar el sujeto pasivo de la agresión -sentir temor o miedo- a pesar de que sus bienes jurídicos personalísimos no se vean expuestos de manera concreta y relevante a sufrir una lesión o daño. La creencia, suposición, aprensión o temor del ofendido por la acción del imputado, de que pueda experimentar algún daño como consecuencia del empleo de un medio objetivamente inidóneo para causarlo -por ejemplo arma de juguete, a fogueo, simulada, cuyo es el caso de esta audiencia- no puede sustentar con un criterio de mínima proporcionalidad la imposición de una pena tan elevada como la prescrita en el art. 436 inc. lo del texto penal; ni por lo mismo, una equiparación entre intimidación y violencia, con las posibles consecuencias criminógenas de una desacertada política criminal.

9.- Que, por lo antes dicho, para este disidente la cuestión a resolver no cabe plantearla normativamente en el ámbito jurídico penal propio del iter criminis, como parecieran ya indicarlo en nuestro medio los profesores Politoff y Matus, cuanto identificar aquella como un caso típico e inherente al concurso aparente de leyes, esto es, como un problema evidente de interpretación de la ley penal, haciendo inaplicable de una manera completa el art. 23 del Código Civil, atendido el principio de legalidad o reserva establecido en la Constitución Política de la República, en su art. 19 N° 3, inc. final. Vale decir, cuando lo favorable u odioso de una disposición penal no puede tomarse en cuenta para ampliar o restringir su interpretación, deberá estarse a la conducta que expresamente esté descrita en ella, por mandato imperativo de lo norma fundamental y de lo que ha venido en reconocerse como las reales bases del orden jurídico penal vigente en Chile.

10.- Que, en consecuencia, la calificación jurídico-penal que procede atribuir a los hechos que se le imputan al sentenciado es de defraudar o engañar a otro atribuyéndose poder de fuego y de efectiva capacidad de intimidación de los que carecía absolutamente, en una puesta de escena tal que aparentara un verdadero asalto a mano armada; y ello, también de tal manera, que ocurrido lo anterior, tras el desencadenamiento de los sucesos protagonizados por el actor, con la consiguiente alarma e inseguridad provocados en las víctimas, el acusado se presentó el 17 de Enero de 2001, luego de despachada en su contra una orden de detención por el tribunal correspondiente, de manera voluntaria, entregando espontáneamente, ese mismo día al Ministerio Público, un revólver a fogueo con apariencia de pistola en cuya cara derecha se lee la inscripción 8 schots y el número 7888, de acuerdo a las convenciones probatorias celebradas por las partes en este juicio y de las que da senda cuenta el propio auto de apertura del mismo.

En consecuencia, los hechos antes descritos son constitutivos del delito de estafa y otros engaños del art. 468 y sancionado en el correspondiente del 469, en su numeral 3, esto es, con Presidio Menor en su Grado Mínimo y Multa de cinco unidades tributarias mensuales, atendida la apreciación por el tribunal del monto de lo defraudado, ambos del código penal.

11.- Que, atendidas las características, modalidades y circunstancias efectivas del hecho incriminado, como asimismo, la intensidad del reproche penal formulable al acusado -debiendo situarse la pena en su tramo inferior, considerando el monto del valor de las cosas obtenidas mediante engaño- procede imponer la de trescientos días de presidio menor en su grado mínimo, con las accesorias del art. 30 del código penal.

12.- Que, no está demás recordar que los principios de lesividad y proporcionalidad de la pena han de limitar la facultad del Estado de castigar, otorgando, por su parte, la moderna penología especial relevancia resocializadora a las medidas alternativas o la reclusión.

Por lo mismo, el disidente estuvo por reconocer lo enjuiciado el beneficio, de la remisión condicional de la pena corporal antes señalada, como quiera que se acreditó en la audiencia el número de evidencias favorables al encausado y que permiten sustentar una resolución en orden a evitar el emprisonamiento o cautiverio de su persona cuyos efectos desocializadores son bastante conocidos; al decir, también acertadamente, del profesor Carlos Künsemüller L. conjuntamente con la opinión mayoritaria de la dogmática jurídico-penal aplicable en la especie.

Redactada por el juez Christian Alfaro Muirhead.

Regístrese, Comuníquese en su oportunidad al Juzgado de Garantía de Temuco a los efectos de su cumplimiento, debiéndose poner a su disposición al sentenciado.

Hecho, Archívese.

Rol Unico N° 0100001832-1

Rol Interno N° 007/2001

Pronunciada por los Jueces de la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, Oscar Luis Viñuela Aller, Presidente, Christian Alfaro Muirhead; y, Jorge González Solazar, Juez Subrogante. Da fe Pilar Hermosilla Calle Jefe de Unidad de Administración de Causas.

- **Condena a imputado por el delito de abuso sexual del artículo 366 bis del Código Penal, a la pena de 300 días de reclusión menor en su grado mínimo y rechaza agravante basada en la menor edad de la víctima, en virtud del artículo 63 de dicho código.**

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

Resumen:

El Ministerio Público acusa a un imputado de haber cometido el delito de abuso sexual contemplado en el artículo 366 bis del Código Penal, sobre la base de los supuestos del artículo 366 ter del mismo cuerpo legal, en perjuicio de una menor de nueve años, aprovechando que ésta viajaba sola en el asiento contiguo de un bus interprovincial. Sobre la base del testimonio de la víctima y del auxiliar del bus, quien presenció y denunció el hecho, el tribunal condena al imputado a la pena de 300 días de reclusión menor en su grado mínimo, la que le es remitida condicionalmente habida cuenta de la ausencia de antecedentes prontuarios. Para fijar la cuantía de la pena el tribunal previamente rechazó la agravante del N° 18 del artículo 12 del Código Penal, que había sido alegada por el Ministerio Público sobre la base de la menor edad de la víctima, por estimar que la minoría de edad es un elemento constitutivo del tipo contemplado en el artículo 366 bis, lo que en virtud del artículo 63 del Código Penal no puede producir el efecto de aumentar la pena.

Texto completo:

Ovalle, veintiocho de julio de dos mil uno

VISTOS:

PRIMERO: Que con fecha veintitrés de julio de dos mil uno, ante el Tribunal de Juicio Oral de Ovalle, constituido por el Juez Presidente de Sala don Carlos Isaac Acosta Villegas, y las juezes doña Fresia Esther Ainol Moncada y doña Ema Margarita Tapia Torres, se llevó a efecto la audiencia de juicio oral de los autos rol interno N° 2-2001, seguidos contra Juan de Dios Miranda Moreno, chileno, soltero, 58 años de edad, cédula de identidad N° 4.385.097-0 con domicilio en Cruz Grande N° 2284, La Serena.

Fue parte acusadora en el presente juicio el Ministerio Público, representado por el fiscal don José Morales Opazo, de la ciudad de Los Vilos, domiciliado en Lincoyán N° 270, Los Vilos.

La Defensa del encausado Juan de Dios Miranda Moreno estuvo a cargo del Defensor Público, abogado don José Ignacio Vallejos Basualto, domiciliado en calle Valdivieso N° 344, departamento 24, Illapel.

SEGUNDO: Que los hechos y circunstancias objeto de la acusación del Ministerio Público son los siguientes: que el día 25 de febrero de 2001 aproximadamente a las 11:30 horas el acusado viajaba en un bus de la empresa Tur Bus, desde La Serena a Santiago, en el asiento número 35 al lado del pasillo contiguo al de la menor Paulina Andrea Valenzuela Lagos, quien iba ubicada en el asiento número 36 al lado de la ventana, lado derecho

del bus, y que durante el viaje el acusado habría efectuado tocamientos en los pechos e introducido sus dedos a través del pantalón de la menor. Que en mérito de los hechos denunciados el Ministerio Público acusó a Juan de Dios Miranda Moreno de ser autor del delito de abuso sexual en perjuicio de la menor Paulina Andrea Valenzuela Lagos en los términos señalados en el artículo 366 bis inciso segundo en relación con el artículo 361 N° 2, ambos del Código Penal.

El Ministerio Público señala que al acusado le beneficia la atenuante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 11 N° 6 y que le perjudica la agravante contemplada en el artículo 12 N°18 ambas del Código Penal y solicita se le condene a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, a las accesorias legales, y solicita tener presente lo dispuesto en el artículo 372 del Código Penal.

TERCERO: Que la defensa de Juan de Dios Miranda Moreno alega la absolución de su representado, señalando que resulta imposible que su defendido hubiera cometido el delito que se le imputa en un bus repleto de pasajeros, ya plena luz del día.

CUARTO: Que en orden a acreditar los elementos del ilícito penal, conforme lo dispuesto en el artículo 366 bis en relación con el artículo 366 ter, ambos del Código Penal, disposición esta última que define la conducta central de las hipótesis de abuso sexual contemplados en dicho cuerpo legal, la fiscalía rindió las siguientes pruebas:

a) Declaración de la menor Paulina Andrea Valenzuela Lagos, quien expuso que el día 25 de febrero del año en curso una tía la llevó hasta el terminal de buses para que se trasladara a la ciudad de Santiago, previamente la tía encargó al auxiliar del bus a la menor señalándole que viajaría sola hasta Santiago donde la esperaría una familiar. Que en el asiento contiguo viajaba un señor con el que inició una conversación pero que en el trascurso del viaje dicho sujeto se empezó a aproximar a ella invadiendo su espacio corporal, y "le tocó el cuerpo, los senos y vagina", (llevándose la menor la mano derecha hacia dichas partes de su cuerpo), agrega que ella le tomó la mano al sujeto retirándola de su cuerpo, además dicho sujeto puso su pierna izquierda sobre la pierna de ella, y cuando ella en un intento de ignorarlo o abstraerse del hecho, cerraba los ojos y apoyaba la cabeza hacia la ventana y el individuo le tomaba el rostro para volver la cara hacia él. Relata que el auxiliar del bus se percató de lo que estaba sucediendo por lo que le pidió que lo acompañara a la cabina donde procedió a preguntarle que estaba ocurriendo, ante la declaración de la menor dicha persona efectuó la denuncia en la Tenencia de Carretera de Carabineros de Los Vilos. La menor indica a través de la pantalla del circuito cerrado de televisión quien es el sujeto que atentó en su contra, correspondiendo al acusado Juan de Dios Miranda Moreno.

b) Declaración de doña María Isabel Salinas Chaud, psicóloga, quien concluyó que la menor: i) Se encontraba con sintomatología ansiosa, al relatar la experiencia vivida al interior del bus en el que el compañero de viaje al transgredir el límite corporal le efectuó diversos tocamientos en su pecho y zona vaginal, dichos que según la perito resultan veraces de haber sido víctima de abuso sexual. ii) Que existe una alta probabilidad que el hecho haya sido cometido por el acusado, y iii) como consecuencia de la experiencia relatada la menor puede sufrir un daño psicosocial reactivo, traduciéndose en una desconfianza generalizada hacia los demás. Agrega la perito que la menor en un intento de detener la acción del acusado, cerró los ojos para dar la impresión que dormía, actitud esperada, no pudiendo exigirse a una menor de nueve años una conducta distinta.

c) Declaración de Leonardo Fabricio Valenzuela Fuentealba, auxiliar de bus, quien manifestó que el día 25 de febrero del año en curso viajaba en un bus de la empresa Tur Bus, desde la ciudad de Iquique a la ciudad de Santiago, que en La Serena subieron el acusado y la menor, pudiendo observar que el individuo inclinaba su cuerpo hacia la niña y con la mano izquierda bajo el chaleco manoseaba los pechos y el pantalón de la menor, y se mostraba muy nervioso mirando hacia los lados, que el permaneció observando la conducta del pasajero durante unos 5 a 10 minutos, y que posteriormente avanzó por el pasillo observando al agresor quien extrajo bruscamente la mano izquierda

desde la blusa de la menor, a la altura de su pecho. Agrega que los pasajeros del entorno dormían, por cuanto provenían de la ciudad de Iquique, hecho ocurrido en horas del mediodía en época de verano. Que finalmente en la ciudad de Los Vilos efectuó la denuncia correspondiente, en la Tenencia de Carretera de Carabineros.

d) Que el carabinero John Alvear Carreño, expuso que efectivamente recibió la denuncia de abuso deshonesto efectuada por el auxiliar del bus, y que la menor lloraba porque el sujeto le había tocado el pecho y bajo las caderas, en tanto que el imputad señalaba que la menor mentía.

e) Que el fiscal José Morales Opazo, incorporó mediante su lectura el certificado de nacimiento de la menor Paulina Andrea Valenzuela Lagos, cédula de identidad N° 17.708.620- 7, nacida el 4 de septiembre de 1991, inscrita bajo el número 2154 del año 1991, circunscripción Estación Central, hija de Teresa de las Mercedes Lagos Salazar y Marco Antonio Valenzuela Romero.

QUINTO: Que en relación a las argumentaciones de la defensa, quien pide la absolución de su representado por estimar que los hechos denunciados no son efectivos, por cuanto resulta imposible que el delito de abuso sexual se haya perpetrado en el interior de un bus repleto de pasajeros y a plena luz del día, y para acreditar sus alegaciones rindió las siguientes pruebas:

a) Declaración de Angélica María Trujillo, quien señaló que conoce al acusado desde pequeña por ser compañera de juegos de sus hijos, y que actualmente se encuentra casada con uno de los hijos del acusado, por lo que le consta que es una persona respetuosa, quien ha quedado al cuidado de los nietos en varias oportunidades, sin que jamás hubiere tenido una queja en su contra, que al igual que en el interior del grupo familiar nunca ha escuchado reclamos en contra de su suegro por parte de las personas que han requerido sus servicios, en su desempeño como gáster y albañil en casas particulares.

b) Que la defensa incorpora mediante su lectura: 1.- el extracto de filiación y antecedentes de Juan de Dios Miranda Moreno, cédula de identidad N° 4.385.097-0, sin anotaciones. 2.-Certificado de nacimiento de Juan de Dios Miranda Moreno, nacido el día 20 de julio de 1943, inscrito bajo el N° 86, año 1943, circunscripción El Olivar.

Que la prueba rendida por la defensa sólo acredita la conducta anterior del imputado, pero en ningún caso logra desvirtuar los hechos contenidos en la acusación, ya que, en el caso de la testigo, no estuvo presente en el lugar y momento de ocurrencia de los hechos.

SEXTO: Que apreciando libremente la prueba descrita en el razonamiento precedente, la cual es bastante para

formar el convencimiento del Tribunal, atendido que no contradice ni los principios de la lógica ni es contraria a las máximas de experiencia, además, de referirse a hechos que perfectamente pueden ser apreciados por los sentidos, sin requerir de algún conocimiento especial.

En efecto, la prueba rendida por la Fiscalía, guarda perfecta relación entre sí, en especial la declaración de la víctima y del auxiliar del bus don Leonardo Valenzuela Fuentealba. Que la menor ha señalado expresamente que fue tocada por el imputado en sus senos y zona genital y que para evitar que continuara acosándola se hizo la dormida, no divisiéndose motivo para mentir sobre ese aspecto, más aún si se tiene en cuenta que en nada la favorece exponerse a un Juicio, con la pérdida de tiempo y de tranquilidad que ello implica. Además, debe tenerse presente que no fue ella la que denunció al imputado en un principio, sino que fue el auxiliar del bus, ya que la menor evidentemente se encontraba choqueada con el hecho (lo que es corroborado por la Sra. Sicológica que realizó la pericia a la menor). En efecto, el auxiliar del bus ha señalado que presencié todo el accionar del individuo por aproximadamente diez minutos, evitando actuar hasta no estar completamente seguro sobre lo que ocurría, ya que sabía el riesgo que corría al denunciar un hecho si no estaba seguro del mismo.

Además, este testigo tenía buena visibilidad hacia el asiento en que se encontraba a víctima y el acusado y ningún interés podía tener en denunciar el hecho y más aun solamente le ha implicado molestias y pérdida de su tiempo. En cuanto a la sicóloga doña María Isabel Salinas Chaud, su declaración es bastante consistente y concluye que efectivamente la menor fue objeto de abuso sexual, explicando que su forma de reaccionar era esperable en la menor. En cuanto a lo expresado por el funcionario o policial encargado de la detención, este solamente señala la forma en que se llevó a cabo la entrega del imputado, procediéndose a su detención en base a los antecedentes que le entregó el auxiliar del bus.

SEPTIMO: Que atendida la prueba analizada en los considerandos anteriores y ponderada conforme el artículo 297 del Código Procesal Penal, estos sentenciadores dan por establecido que el día 25 de febrero de 2001, alrededor del mediodía, un sujeto efectuó, con su mano izquierda, tocamientos de significación sexual de relevancia en el pecho y zona genital de una menor de nueve años de edad, hecho ocurrido en el interior de un bus en las proximidades de la ciudad de Los Vilos.

OCTAVO: Que estos hechos son constitutivos del delito de abuso sexual por cuanto el acusado contra la

voluntad de la ofendida menor de edad la sometió a tocamientos lúbricos que lastimaron su pudor natural. En tales condiciones la conducta de Miranda Moreno se encuadra en lo dispuesto en el artículo 366 bis inciso primero, acreditándose los supuestos contemplados en el artículo 366 ter, ambas disposiciones del Código Penal.

Que no se hace lugar a la solicitud del Ministerio Público en orden a sancionar al acusado conforme a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 366 bis, en relación con lo dispuesto en el artículo 361 N° 2, ambos del Código Penal, por cuanto, tal como lo señala el artículo 63 del Código citado, no producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo o que de tal manera sean inherentes al delito de tal forma que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse.

En efecto, el tipo penal del artículo 366 bis del Código Penal contempla en la descripción del tipo penal que la víctima sea menor de doce años, pero en su inciso segundo contempla una forma agravada con la concurrencia de las circunstancias contempladas en el artículo 361, en este caso específico, la del N° 2. Que en el caso que nos convoca, la disminución de la capacidad física del sujeto pasivo está motivada por la menor edad, elemento ya considerado en el tipo del artículo 366 bis del cuerpo legal citado.

NOVENO: Que la participación del acusado se encuentra establecida con los dichos de la menor Paulina Andrea Valenzuela Lagos y de Leonardo Fabricio Valenzuela Fuentealba, quienes en el transcurso de sus declaraciones reconocieron a Juan de Dios Miranda Moreno como el autor del delito que dio origen al presente juicio, tal como se ha analizado en los considerandos cuarto y sexto.

DECIMO: Que la petición de absolución formulada por la defensa será rechazada por cuanto tanto el hecho punible como la participación culpable se encuentran claramente establecidas en los considerandos anteriores.

UNDECIMO: Que respecto de la agravante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 12 N° 18 del Código Penal, este Tribunal la desechará por cuanto la circunstancia de edad de la menor ya ha sido considerada al penarlo por abuso sexual, de modo que no podría considerarse dos veces dichas circunstancias, una vez en el tipo y otra como agravante, tal como lo contempla el artículo 63 del Código Penal, ya analizado en el considerando octavo.

DUODECIMO: Que beneficia al acusado la atenuante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, la que se encuentra acreditada mediante el extracto de filiación y antecedentes libre de anotaciones anteriores, y con la declaración de la testigo Angélica María Trujillo.

Se previene que la juez Ema Margarita Tapia Torres, estuvo por eliminar el párrafo segundo y tercero del considerando octavo y el undécimo del fallo y reemplazarlos por el siguiente:

Que la conducta descrita en el artículo 366 bis del Código Penal, corresponde a un delito específico, cuyo bien jurídico protegido es la protección y respeto a la minoría de edad, que la referencia que este artículo hace de las circunstancias enumeradas en el artículo 361 o 363 para agravar la pena necesariamente deben ser otras que no digan relación con la edad.

Por otra parte al solicitar la fiscalía la aplicación de la agravante contemplada en el artículo 12 N° 18 del texto citado no está haciendo otra cosa más que agravar la pena por faltar a este deber moral de respeto por los menores. Que en la audiencia de juicio oral llevada a efecto no se alegó ni probó ninguna de las otras circunstancias contempladas en el artículo 361 o 363 por lo cual no puede hacer lugar a lo solicitado por el Ministerio público de aplicar el aumento de pena por aplicación del artículo 361 n° 2 y a considerar la agravante referida, por ser la figura del artículo 366 bis una figura agravada por la menor edad.

Y teniendo además presente lo dispuesto en los artículos 1, 5, 18, 21 y 157 del Código Orgánico de Tribunales, 1,11 N° 6,14 N° 1,15 N° 1, 18, 21, 24, 25, 26, 30, 40, 50, 63, 68, 69, 366 bis inciso 1°, 366 ter y 372 del Código Penal, 1, 45, 47, 52, 53, 295, 296, 297, 309, 310, 315, 325 y ss., 339, 341, 342, 346, 348, 468 y 484, del Código Procesal Penal, y ley 18.216, se declara: 1.-Que se condena a Juan de Dios Miranda Moreno, C.I. N° 4.385.097-0, ya individualizado, a la pena de TRESCIENTOS DÍAS DE RECLUSIÓN MENOR EN SU GRADO MINIMO, a la pena accesoria de suspensión de

cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, a las penas de interdicción del derecho de ejercer la guarda y ser oídos como parientes en los casos que la ley designa, y de sujeción a la vigilancia de la Autoridad, y al pago de las costas de la causa, como autor del delito de Abuso Sexual previsto y sancionado en el inciso primero del artículo 366 bis del Código Penal, en la persona de Paulina Andrea Valenzuela Lagos, hecho ocurrido el día 25 de febrero del año en curso, en esta jurisdicción.

Reuniéndose los requisitos del artículo 4 ° de la Ley 18.216, se concede al sentenciado el beneficio de la remisión condicional de la pena, con un lapso de observación de un año ante la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile, a la que deberá presentarse dentro de quinto día de ejecutoriado el fallo, satisfaciendo las demás exigencias del artículo 5° de la señalada Ley. Que se entenderá cumplida la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad, mediante la concurrencia del condenado a la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería antes señalado y por el término de un año.

Si el beneficio fuere revocado o dejado sin efecto, cumplirá la pena íntegra y efectivamente y se contará desde que se presente o sea habido, sirviéndole de abono los 4 días que permaneció privado de libertad entre el 25 y el 28 de febrero de 2001, según consta del auto de apertura del Juicio Oral dictado por el juez de Garantía de Los Vilos don Alejandro Patricio Palma Cid.

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

Regístrese.

Redactada por la juez doña Fresia Esther Ainol Moncada, y la prevención, por su autora.

PRONUNCIADA POR LOS JUECES DEL TRIBUNAL DEL JUICIO ORAL EN LO PENAL DE LA CIUDAD DE OVALLE DON CARLOS ISAAC ACOSTA VILLEGAS, DONA FRESIA ESTHER AINOL MONCADA y DONA EMA MARGARITA TAPIA TORRES.

CORTE DE APELACIONES

- **Revoca resolución del Juzgado de Garantía que no dio lugar al la solicitud de formular requerimiento conforme a las normas del procedimiento simplificado, ordenado la reapertura de la investigación- la que estimó cerrada- y ordenando la realización de diligencias con fundamento en el artículo 257 del Código Procesal Penal**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Temuco

Resumen:

El Ministerio Público, habiendo formalizado investigación por el delito de manejo en estado de ebriedad, presentó solicitud de formulación de requerimiento conforme a las normas del procedimiento simplificado a fin de continuar el procedimiento de acuerdo a este. Si embargo, el juez de garantía, sin resolver "no dar lugar, por ahora", decretando la reapertura de la investigación y, estimando aplicable al caso el artículo 257 del Código Procesal Penal ordena la realización de diligencias en esta investigación. La Corte de Apelaciones revoca la resolución del Juez de Garantía y ordena dejar sin efecto la apertura de la investigación y las diligencias ordenadas practicar así como acceder a la solicitud presentada por el Ministerio Público.

Texto completo:

Temuco, once de julio de dos mil uno.

VISTOS:

Atendido el mérito de los antecedentes que obran en el Registro, lo expuesto por los intervinientes en la audiencia y teniendo presente que es la facultad del Ministerio Público solicitar el procedimiento a seguir, según lo dispone el artículo 232 del Código Procesal Penal, y atendido que en esta causa se instó por la aplicación del procedimiento establecido en los artículos 388 y siguientes del texto legal citado, y por un ilícito determinado y respecto del cual no son atinentes las diligencias solicitadas, SE REVOCA la resolución apelada de veinte de junio último, escrita a fojas 4 del registro respectivo, y en su lugar se declara que la señora Juez de Garantía deberá dejar sin efecto la apertura de la investigación y las diligencias ordenadas practicar a la Fiscalía y acceder a la solicitud de la representante del Ministerio Público en cuanto al requerimiento por ella formulado.

Se deja constancia que se notificó personalmente a los intervinientes la audiencia, conforme al artículo 30 del Código Procesal Penal. Sin perjuicio, déjese constancia de la presente resolución en el estado diario.

Regístrese y devuélvase los antecedentes, junto con la resolución, para su cumplimiento.
Rol N° 185-2001

Se inserta a continuación el texto completo del recurso de apelación presentado por la fiscal adjunta de Villarrica, Tatiana Esquivel.

RECURSO DE APELACIÓN

SEÑOR JUEZ (S) DE GARANTIA DE PUCON

En audiencia de fecha 20 de junio pasado celebrada a las 12:00 horas según consta en el acta respectiva, US. resolvió "no dar lugar por ahora" a la solicitud de la suscrita de formular requerimiento conforme a las normas del procedimiento simplificado en relación a la investigación formalizada en contra de JUAN PABLO HORMANN DIAMOND.

La suscrita entabla recurso de apelación en contra de dicha resolución con los siguientes FUNDAMENTOS:

- 1.- En dicha audiencia esta Fiscal formalizó investigación en contra del señor HORMANN DIAMOND por el simple delito de manejo en estado de ebriedad de acuerdo al artículo 121 inciso primero de la Ley 17.105.
- 2.- A continuación, y de acuerdo al artículo 232 del Código Procesal Penal, se solicitó continuar el procedimiento conforme a las normas contenidas en el Título Primero del Libro Cuarto del mismo cuerpo legal, esto es, según el procedimiento simplificado.
- 3.- US. sin resolver la incidencia planteada, decretó la reapertura de la investigación -estimándola cerrada -

ordenando la realización de diligencias en esta investigación, materia de resorte exclusivo del Ministerio Público, fundándose en una interpretación forzada en cuanto estimar aplicable el artículo 257 del referido cuerpo legal, en circunstancias que jamás se estuvo en dicha hipótesis.

Además US. tampoco dio cumplimiento a dicha norma, ya que omitió la fijación de plazo para realizar las diligencias que ordenó.

4.- Solo luego de esta decisión, US. resolvió NO dar lugar a la petición aludida "por ahora".

Al no acoger la petición del Ministerio Público se hizo imposible la prosecución del procedimiento conforme a las normas del simplificado, no obstante ser precedente de acuerdo al delito por el que se formalizó y la solicitud de pena a imponer que en el caso no excede a la de presidio menor en su grado mínimo conforme a los antecedentes de la investigación y al artículo 388 del Código Procesal Penal que regula su ámbito de aplicación.

Por ello esta resolución es apelable, conforme a la letra a) del artículo 370 del Código procesal Penal.

PETICIONES CONCRETAS:

En razón de lo antes expuesto y normas legales mencionadas, esta Fiscal solicita a US.: conceder el recurso de apelación interpuesto y remitir los antecedentes que correspondan a la ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco de acuerdo al artículo 371 del Código Procesal Penal; a fin de que éste Tribunal, conociendo del recurso,

1.- Revoque la resolución que no dio lugar a proseguir el procedimiento conforme a las normas del juicio simplificado contenidas en el Título Primero del Libro Cuarto del Código Procesal Penal, ordenando seguir conforme al mismo;

2.- Para el caso que el Ilustrísimo Tribunal confirme la resolución apelada, declare que US. fije plazo para el cumplimiento de las diligencias ordenadas de acuerdo al artículo 257 del Código Procesal Penal.

- **La Corte de Apelaciones de Temuco, hace lugar al recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en contra de la sentencia dictada por el Juez de Garantía de Loncoche, declarándose nulos la sentencia y el juicio oral en procedimiento simplificado, dejándose la causa en estado de realizar un nuevo juicio. Hay prevención del Ministro Héctor Toro Carrasco.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Temuco.

Resumen:

El Ministerio Público recurre de nulidad en contra de la sentencia del Juez de Garantía de Loncoche. En ella se impone únicamente una pena de multa de medio sueldo vital más un recargo del 10%, al autor del delito de manejo en estado de ebriedad, de acuerdo al artículo 395 del Código procesal penal, al haber reconocido el imputado su responsabilidad en los hechos. El Ministerio Público sustenta que dicha disposición no obliga al Juez a imponer sólo la pena de multa, en particular si el requerimiento versaba sobre un simple delito y que al haberlo interpretado así el Juez de Garantía ha hecho una errónea interpretación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia. La Corte de Apelaciones argumenta en orden a dar la correcta interpretación del artículo 395 y, especialmente, señala que señalar al imputado, como sucedió en el caso de autos, que tratándose de un simple delito, al reconocer responsabilidad se le impondrá una pena de multa y no más, pues se altera de modo absolutamente ilegítimo la primera de aplicación de la penal cual es atenerse a la que derechamente asigna la ley al respectivo delito. El voto de prevención discurre sobre la aplicación del 395 en el caso de simples delitos en los que se solicita una pena distinta a la de prisión, señalando el alcance de este término técnico.

Texto completo:

Temuco, diecisiete de julio de dos mil uno.

VISTOS:

En Antecedentes RUC N° 0100020373-0 y RIT N° 405, del Juzgado de Garantía de Loncoche, seguida por la Fiscalía del Ministerio Público de esa ciudad, en contra del imputado Ramón Eliberto Contreras Esparza, se dictó por aquel Juez la sentencia de fecha 14 de junio de 2001, mediante la cual se condena a ese imputado a la pena de multa de medio sueldo vital más un recargo de un 10%, en su calidad de autor del simple delito de conducir un vehículo motorizado en estado de ebriedad, cometido el 22 de abril del año en curso, en la comuna de Loncoche.

En contra de esta sentencia dictada en un juicio oral en procedimiento simplificado el señor Fiscal Adjunto de Loncoche dedujo un recurso de nulidad estimando que dicho fallo debe ser anulado junto con el juicio oral por afectarle la causal de nulidad consagrada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por haberse incurrido en una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en su decisión al aplicar solo una pena de multa y no la que contempla para los hechos denunciados el artículo 121 de la Ley N° 17.105.

El recurrente da por infringidos los artículos 395 del Código Procesal Penal, 121 de la Ley de Alcoholes y 22, 30 y 50 - del Código Penal.

Termina solicitando se declare nula la sentencia definitiva dictada en estos autos; se declare nulo el juicio oral en procedimiento simplificado; se determine el estado en que debe quedar la causa; y se ordene la remisión de los autos a un tribunal no inhabilitado que corresponda para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral fijando día y hora para tal efecto.

De aquellos mismos antecedentes consta que a la audiencia en la cual se dictó el fallo impugnado comparecieron el señor Fiscal Adjunto recurrente, el imputado Contreras Esparza y su Defensor Penal Público, don Charles De la Harpe Palma.

CONSIDERANDO:

1°- Que la pretensión del recurrente, al interponer el recurso de nulidad, de acuerdo con las peticiones concretas expuestas en su libelo, son que se declare nula la sentencia definitiva dictada en estos autos el 14 de junio pasado; se declare la nulidad del juicio oral, en procedimiento simplificado; se determine el estado en que debe quedar la causa; y se envíen los antecedentes a un tribunal no inhabilitado para la realización de un nuevo juicio oral.

Todo lo anterior por estimar que en el fallo, cuya nulidad, solicita se incurrió por el Juez a que una errónea interpretación del derecho que Influyó sustancial, mente en lo dispositivo de la sentencia al imponer únicamente

una pena de multa de acuerdo con el artículo 395 del Código Procesal Penal al haber reconocido el imputado responsabilidad en los hechos dentro de la audiencia de procedimiento simplificado, señalando el recurrente que dicha disposición legal no obliga al Juez imponer sólo la pena de multa, en particular cuando el requerimiento versaba sobre un simple delito.

2°.- Que en el recurso se denuncian como infringidas las siguientes disposiciones legales: a) Art. 395 del Código Procesal Penal al no darle el Juez la interpretación que en derecho corresponde; b) art. 121 de la Ley n° 17.105, sobre Alcoholes, Bebidas Alcohólicas y Vinagres, que tipifica la conducta que se le reprocha al imputado de autos y la penaliza; c) Art. 50 del Código Penal al no imponer, la sentencia recurrida, la pena que ordena la ley al simple delito denunciado; y d) los Arts. 22 y 30 también del Código Punitivo, al no aplicar el fallo las penas accesorias que conlleva el simple delito.

3°.- Que el señor Fiscal Adjunto de Loncoche presentó requerimiento de acuerdo con el procedimiento simplificado establecido en el artículo 388 del Código del Ramo, procedimiento que tiene, a juicio de los sentenciadores, dos modalidades: el simplificado propiamente tal y el denominado procedimiento monitorio del artículo 392 de aquel texto legal.

El artículo 388 referido señala el ámbito de aplicación del procedimiento simplificado propiamente tal e indica que el conocimiento y fallo de las faltas se sujetarán a él, para luego, en el inciso segundo, disponer que también se aplicará respecto de los hechos constitutivos de simple delito para los cuales el Ministerio Público requiere la imposición de una pena que no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo.

Es útil dejar constancia que el procedimiento monitorio puede ser utilizado por el Fiscal del Ministerio Público en todas aquellas hipótesis en que requiere la imposición de una pena de multa y el infractor consienta en ello pagando.

En el caso de autos el fiscal, dentro del procedimiento simplificado no solicitó una pena de multa, sino aquella contemplada en el artículo 121 de la Ley de Alcoholes.

4°.- Que el artículo 395 del Código Procesal Penal dispone: "Resolución inmediata. Una vez efectuado lo prescrito en el artículo anterior, el tribunal preguntará al imputado si admitiere responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento o si, por el contrario, solicitare la realización del juicio".

"Si el imputado admitiere su responsabilidad en el hecho y no fueren necesarias otras diligencias, el tribunal dictará sentencia inmediatamente. En estos casos el Juez aplicará únicamente pena de multa, a menos que concurrieren antecedentes calificados que justificaren la

imposición de una pena de prisión, los cuales se hará constar en la sentencia. Con todo, la imposición de la pena de prisión no procederá si, al dirigirle la pregunta a que se refiere el inciso primero, el juez no le hubiere advertido acerca de esa posibilidad".

Una atenta lectura de esta disposición procesal penal permite concluir que ella no autoriza al sentenciador imponer una pena de multa cuando el imputado ha reconocido responsabilidad en un hecho que la ley tipifica de simple delito y leve, como en el caso de autos además de la pena privativa de libertad, una pecuniaria y una, accesoria como la suspensión de la licencia, permiso o autorización para conducir vehículos motorizados.

Esta disposición legal autoriza imponer sólo la pena de multa cuando el imputado la reconocida responsabilidad en los hechos y ellos estén sancionados precisamente con esa pena o cuando la sanción sea alternativa de una privación de libertad o de multa.

No cabe, duda entonces, que cuando la ley se refiere a la resolución inmediata y se imponga una pena de multa, es sólo en el juicio por faltas y no cuando se ha requerido por un simple delito.

5°.- Que el recurrente está en lo cierto cuando sostiene que tratándose de simples delitos el Juez debe preguntar al imputado si admite responsabilidad en los hechos, advirtiéndole que, de hacerlo, se le impondrá la pena que la ley le asigna a este simple delito o, de lo contrario, si no lo hace, o aceptar ir a juicio, deberá afrontar una condena como asimismo una absolucón si las pruebas aportadas por el Ministerio Público son o no suficientes para llegar a uno u otro convencimiento. Nunca el Juez; Podrá decirle al imputado, como sucedió en el caso de autos, que tratándose de un simple delito, al reconocer responsabilidad se le impondría únicamente una pena de multa y no más.

Mantener el criterio del Juez de primera instancia es alterar de modo absolutamente ilegítimo la primera regla para la aplicación de la pena que ordena atenerse a la que derechamente asigna la ley al respectivo delito, de acuerdo con el mandato expreso del artículo 50 del Código Penal .

6°.- Que el artículo 121 de la Ley de Alcoholes para el ilícito que en él se describe tiene pena de simple delito en razón de que contempla una pena privativa de libertad menor y señala que todo conductor de vehículo motorizado, entre otros, que se desempeñare en estado de ebriedad se le castigará con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de medio a dos

sueldos vitales, aunque no causa daño alguno o sólo cause daños materiales o lesiones leves.

Sin perjuicio de las sanciones que se derivan del Código Penal, accesoriamente se deberá disponer contra el culpable el retiro o suspensión del carné, permiso o autorización para conducir vehículos motorizados por el tiempo que la misma ley señala atendiendo la gravedad del resultado o la reincidencia.

7°.- Que, como se advierte, hubo una equivocada aplicación del derecho en cuanto se ha interpretado incorrectamente el artículo 395 del Código Procesal Penal; también constituyó una infracción de derecho suficiente para anular la sentencia y el juicio oral al no haberse impuesto, al hecho denunciado, la pena señalada por la ley, contraviniendo los artículo 50 del Código Penal y 121 de la Ley de Alcoholes.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, con lo prevenido en los artículo 352, 358, 384.,385, 388 y 395 del Código Procesal Penal, se declara:

Que SE HACE LUGAR al recurso de nulidad deducido a Fs. 6 y siguientes por don Patricio Cooper Monti, Fiscal Adjunto de Loncoche, en contra de la sentencia definitiva de fecha catorce de junio de dos mil uno, dictada en la causa RUC n° 0100020373-0 y RIT 405, por el señor Juez de Garantía de Loncoche, don Carlos Daniel Gutiérrez Moya, declarándose nulos la sentencia y el juicio oral en procedimiento simplificado, ambos de fecha catorce de junio de dos mil uno, dejándose la causa en estado de realizarse un nuevo juicio en el procedimiento que corresponda remitiéndose los autos, en su oportunidad, al Tribunal de Garantía no inhabilitado que corresponda, para que se resuelva la realización de un nuevo juicio oral en día y hora que se fijarán al efecto

Se previene que el Ministro Héctor Toro Carrasco concurre al presente fallo teniendo presente, además, las siguientes razones:

1).- De conformidad al art. 1° inc. 3° del Código Penal, el que cometiere un delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale. Este mismo principio lo reitera el art. 18 inc. 1° del mismo cuerpo legal, al establecer que ningún delito se castigará con otra pena que aquélla que la ley señale y que se encuentre promulgada con anterioridad a su perpetración;

2°) Las penas que corresponden a los simples delitos como el que se persigue en este juicio, según el art. 21 del Código Punitivo son, entre otras: la de presidio menor en cualquiera de sus grados mínimo, medio o máximo; inhabilitación perpetua o suspensión temporal para conducir vehículos a tracción mecánica o animal; y la multa que, además, puede acompañar a la penas de crímenes o faltas.-

3°) Las penas que la ley impone a un delito puede, ser única, corporal o pecuniaria, divisible o no. También y en lo que interesa, conforme al art. 58 del Código Penal, esa pena puede ser compuesta, de dos o más distintas y cada una de ellas constituye un grado.-

La pena compuesta a su vez puede ser alterativa o copulativa. En la pena alternativa, cada pena, sea un grado de una divisible o indivisible, corporal o pecuniaria, constituye "la pena" que la ley asignó a ese delito y el sentenciador es libre para aplicar cualquiera de ellas.-

Si la pena es copulativa, conforme al art. 61 N° 4 del Código Punitivo, sea que esté formada por sanciones de una misma o distintas escalas de penalidad, "o se agrega la multa a las misma escala, SE APLICARAN UNAS Y OTRAS": y conforme al art. 76 del mismo texto, cuando el tribunal imponga una pena "que lleve consigo otras por disposición de la ley", "condenará también al procesado expresamente en estas últimas".-

4°) Los hechos investigados en este juicio, constitutivos del delito de manejar vehículo motorizado en estado de ebriedad, sin otra consecuencia, conforme al art.121 de la Ley de Alcoholes N° 17.105 "será castigado con presidio menor en su grado mínimo y multa ..." y, además, conforme al inc.5° del referido artículo y ley, se aplicara como accesoria del "retiro o suspensión del carné, permiso o autorización para conducir vehículos por el término de seis meses a un año ..."; pero el plazo máximo de un año fijado para este evento, "se elevarán al doble" en caso de reincidencia..

En consecuencia, la ley ha señalado para este delito una pena copulativa de presidio menor en su grado mínimo y multa, pena que está formada por una corporal y otra pecuniaria, cada una de las cuales forma un grado, conforme al art.58 del Código Penal; y conforme lo ordena el art.61 N° 4 del mismo Código, "se aplicarán unas y otras". Pero, además de esta pena formada de dos grados, que por mandato de la ley lleva consigo una accesoria especial, conforme al art. 76 del Citado Código, el juez queda también obligado a condenar al procesado "expresamente en estas últimas".-

5°) Al no cumplir el juez con el claro y expreso mandato legal que le obliga a imponer todas las sanciones que contiene la pena copulativa que la referida, ley de Alcoholes señala más las accesorias especiales y generales, y las costas de la causa, y por el contrario, condena al imputado solo a una pena de multa, en el pronunciamiento de dicha sentencia ha hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo, del fallo, configurando así la causal de nulidad de la sentencia y el juicio, conforme o establece el art.373 letra b) del Código Procesal Penal, por lo que deberá acogerse el recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público.-

6°) En efecto, el procedimiento simplificado que en carácter monitorio regula el art.395 del referido Código Procesal es aplicable a las faltas que, normalmente, se

penas solo multa, y también aquellas que puedan tener pena de prisión, pero especialmente comprenderá aquellos simples delitos que por el grado de desarrollo del mismo, o de participación, o que por la concurrencia de circunstancias minorantes que concurren en el caso, en definitiva el Ministerio Público solicita para el imputado solo una pena de multa o una compuesta de una sanción corporal de prisión y otra pecuniaria, pero siempre y únicamente en el caso que dicha pena sea ALTERNATIVA y si, además, se reúnen las otras exigencias del referido artículo. Solo en este evento el Juez de Garantía podrá cumplir el mandato legal adjetivo y sustantivo de aplicar "únicamente pena de multa", o la corporal de "prisión" si concurren las circunstancias que indica el mismo art.395.-

Refuerza también esta conclusión el texto del art.406 del Código Procesal Penal, el primero que regula el procedimiento abreviado, cuando señala que es aplicable cuando se requiere la imposición de una pena privativa de libertad no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo o cualquiera otra, exceptuada la pena de muerte (ahora, presidio perpetuo calificado), ya fueren ellas "penas únicas, conjuntas (las que hemos llamado copulativas) o alternativas". Es decir, en este procedimiento abreviado, y por supuesto en el procedimiento abreviado, pueden también sancionarse los delitos que tienen penas copulativas o conjuntas, pero no en el procedimiento simplificado especial del art. 395, ya citado, porque aunque su texto no lo prohíbe en forma expresa, tácitamente está ordenando que se aplique a los delitos que tienen pena única de multa o alternativa de multa con cualquiera otra, incluida la pena de prisión.

7°).- En el presente caso se ha demostrado que el Ministerio Público persigue la simple conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad, donde el estado de intemperancia alcohólica, además de estar demostrada, ha sido reconocido por el imputado, lo mismo que su participación de autor, sin que concurren circunstancias que permitan la pena que señala la Ley de Alcoholes.

En consecuencia, si bien se cumplen las exigencias formales requeridas por el art.395 del Código Procesal Penal, en cuanto el imputado admite su responsabilidad en el hecho, resulta absolutamente improcedente aplicar dicho procedimiento: en primer lugar, porque el referido hecho constituye un simple delito para la que el Ministerio Público pidió la sanción corporal de presidio menor en su grado mínimo (y las demás pertinentes) y no la de prisión, puesto que no hay otras circunstancias que reduzcan dicha pena, sea el por grado de desarrollo del hecho punible, o de participación, o por la concurrencia de minorantes de responsabilidad que hagan posible rebajar dicha sanción a la de "prisión".-

En segundo lugar, porque este simple delito está sancionado con una pena COPULATIVA del presidio menor señalado y multa, y que, además, lleva anexa una accesoria especial que no siendo la más grave es evidentemente la que mejor resguarda el bien jurídico que sirve de fundamento exclusivo al tipo legal en cuestión y, por tanto, permite cumplir el fin perseguido por el legislador al crear este delito de peligro. También, y en relación con este segunda razón, porque de sancionarse el delito de manejo de vehículo motorizado en estado de ebriedad tan sólo con una multa, como lo hizo el Juez de Garantía recurrido, y, en cambio, la infracción de tránsito de conducir vehículo motorizado bajo la influencia del alcohol es sancionada con multa y suspensión de la licencia de conducir, ocurre que un hecho más grave se sanciona con pena menor, lo que crea una irracionalidad que no se condice con la lógica que debe guiar, mantener y sostener siempre a un ordenamiento jurídico que pretenda ser un instrumento adecuado para hacer justicia.

Y, en tercer lugar, porque el término "prisión" que usa el inc 2° del referido art.395, es un vocablo técnico que identifica la escala menor de las penas corporales privativas de libertad que en su extensión más grave recibe el nombre de presidio y inicia en sesenta y un días y se extiende hasta presidio perpetuo calificado. En cambio la referida prisión, al igual que el presidio mayor o menor, se divide también entres grados (mínimo, medio y máximo), e impone una privación de libertad que se extiende solo de uno a sesenta días, por lo que no puede confundirse con la pena corporal asignada al delito pesquisado que es de presidio menor en su grado mínimo, o sea, se extiende de sesenta y uno a quinientos cuarenta días.

8°) Por todas estas consideraciones, el Ministro que previene, además de las señaladas en lo principal de esta sentencia, llega a la inequívoca conclusión que la sentencia recurrida incurrió en la causal de nulidad prevista en el art.373 letra b) del Código Procesal Penal, al violar la ley adjetiva y sustantiva, por lo que dicha sentencia y el juicio en que dictó debe ser anulado, reponiéndose esta persecución al estado que el juez no inhabilitado que corresponda, disponga la realización de un nuevo juicio oral en el procedimiento que corresponda. -Regístrese y póngase en conocimiento de los intervinientes en la audiencia fijada para ello, sin perjuicio de la notificación por el Estado Diario.-

Hecho, devuélvase.

Redactó el fallo el Ministro Julio César Grandón Castro y la prevención, su autor.-
Rol N°176-2001 R. P. P

- **Declara inadmisibile el recurso de nulidad interpuesto por la defensa en contra de la sentencia del tribunal oral en lo penal que condena a Luis Barra Muñoz, como autor del delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, en grado de tentativa, a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo y a las accesorias correspondiente.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Temuco.

Resumen:

La defensa del condenado interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia del tribunal oral en lo penal de Temuco, basando su recurso en que los jueces han incurrido en el vicio absoluto de nulidad que establece el artículo 374 letra e), en relación con los requisitos previstos en el artículo 342 letras c), d) o e) del Código Procesal Penal; en el vicio de la letra a) del referido artículo 374, porque la errónea aplicación del derecho los llevó a calificar el delito y permitió la aplicación del artículo 450 del Código Penal, el que se encuentra tácitamente derogado. El fallo de la Corte hace un exhaustivo análisis de admisibilidad, llegando a concluir que el recurso planteado no reúne las exigencias legales de admisibilidad al no dar razones de la forma en que la sentencia vulnera los preceptos legales, respecto del capítulo I del recurso, no contener fundamentos de derecho ni peticiones concretas en su capítulo II y faltar los fundamentos en su capítulo III.

Texto completo:

Temuco, veinticuatro de Julio del dos mil uno.

VISTOS:

Este proceso RUC N° 0100001101-7, Rol Interno 3.2001, de la Primera Sala del Tribunal Oral en Lo Penal, de Temuco, seguido en contra de LUIS JONATHAN BARRA MUÑOZ, RUN N° 15.258.173-4, debidamente individualizado en el registro del juicio oral, se ha elevado para conocer del Recurso de Nulidad deducido en su favor por la Defensor Penal Pública, Abogada Lucy Catalán Mardones, en contra la sentencia definitiva dictada por el referido Tribunal Oral del 15 de Junio pasado, por la que se condena al imputado a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo y a las accesorias correspondientes, por su participación de autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, en grado de tentativa, perpetrado en esta ciudad el 9 de Enero del 2001, en perjuicio de Constanza Gilshrist Andrade. Para el cumplimiento de la referida pena corporal, se le otorga el beneficio alternativo de Libertad Vigilada.

La Defensora sostiene que al pronunciar sentencia los Jueces Orales, han incurrido en el vicio absoluto de nulidad que establece el art.374 letra e), en relación con los requisitos previstos en el art.342 letras c), d) o e), ambos del Código Procesal Penal; en el vicio de la letra a) del referido art.374, porque la errónea aplicación del derecho los llevó a calificar de delito lo que no es tal y ello influyó sustancialmente en los dispositivo del fallo; en que resulta aplicable el art.450 del Código Penal, por encontrarse tácitamente derogado. Expone los antecedentes que estima atingentes a lo planteado y

termina solicitando que se acoja el recurso y se anule el juicio a la sentencia; y en subsidio, solo la sentencia, dictando la de reemplazo que absuelva al imputado; o, en subsidio, lo castigue como autor de tentativa del delito imputado, rebajando la pena en dos grados a la señalada por la ley al delito consumado, como lo dispone el art. 52 del Código Penal.

Se elevan los antecedentes constituidos por una carpeta de 11 fojas y dos Discos Compactos que contienen el registro íntegro del Juicio Oral celebrado en 12 de Junio pasado, desde el inicio de la audiencia con el alegato de apertura del Fiscal de Ministerio Público hasta la fijación de audiencia para lectura del fallo.

Antes este tribunal, en hoja 13 se hace parte el Ministerio Público; el primer otrosí solicita declarar inadmisibile el recurso porque carece de fundamentos de hecho, también de fundamentos de derecho y carece de peticiones concretas. Se ordenó tener presente seta alegación para el inicio de la audiencia de conocimiento del recurso de nulidad, la que se fijó para la audiencia del día 17 del presente mes y en ella comparecieron la Defensa Penal Pública y un Fiscal del Ministerio Público.

CONSIDERANDO:

1º) Resolviendo la presentación de hojas 13, en que el Ministerio Público solicitó que se declarase inadmisibile el presente Recurso de Nulidad deducido por la Defensoría Penal Pública en contra de la referida sentencia definitiva de la Primera Sala del Tribunal Oral en lo penal de esta ciudad. Esta presentación la examinó el tribunal al inicio de la audiencia pública de conocimiento del recurso y

decidió escuchar a los intervinientes sobre esta materia y sobre el fondo.

2º) Como se dijo en lo expositivo de esta sentencia, la defensa sostiene, respecto del motivo absoluto de nulidad de la sentencia definitiva que establece el art. 374 letra e), que en esa resolución se omitieron los requisitos previstos en el art. 342 letras c), d) o e) del Código Procesal Penal.

Es decir, plantea las causales en forma alternativa, para las citadas tres letras del referido art. 342. Respecto de la letra c), primera invocada, señala que la sentencia recurrida carece de una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, favorable o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba conforme al art. 297 del mismo Código Procesal e infringe esta norma cuando en el considerando 9º da por establecido que el imputado “habría desplazado en el interior del Departamento algunos objetos como un televisor que se habría encontrado en el piso y una caja sobre la cama”, sin explicar esta conclusión de una manera clara, lógica y completa pues solo hace referencia a que “los principios de la lógica y las máximas de experiencia” llevan a los sentenciadores a la convicción que “estas dos personas” desplazaron los referidos objetos, lo que no se condice con prueba alguna de la Fiscalía o la Defensa, que no las presentaron sobre la existencia de esas especies (TV y caja metálica), sobre su verdadera ubicación y cambio de posición, o sobre si la víctima las mantenía en un lugar especial, y, lo más, si el acusado Barra Muñoz las movió o no. En efecto, el Ministerio Público ni en su acusación, alegatos de apertura o clausura, sugirió siquiera la posibilidad que aquello hubiera ocurrido.-

Sobre la letra d), segunda alternativa, indica que la sentencia carece de las razones legales o doctrinales que sirvieron para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y circunstancias, y para tundar el fallo; y sobre la letra c), tercera alternativa, sostiene que la sentencia carece de la resolución que absuelve o condena al acusado por el delito que la acusación le atribuyó.

Pero la recurrente no da fundamento alguno sobre la forma como se habrían violado los contenidos de dichos preceptos (letras a) y b) del Art.342 del Código Procesal Penal), razón por las que este respecto, desde ya se declara inadmisibles los recursos.

3º) En relación con el vicio de la letra b) del art.373 del Código Procesal Penal, la recurrente estima que la errónea aplicación del derecho consistió en considerar concurrente la fuerza en las cosas en el delito de robo investigado porque hubo escalamiento, como lo exige el

art.440 del Código Penal, en circunstancia que no existe, pues del N° 1 de este artículo y del art. 432 del mismo Código, que define el delito de robo, disponen que para sancionar con la pena que indica el primer artículo “incluso en la hipótesis del N° 1, que previamente se establezca la fuerza en las cosas para calificar de robo, que se trate de un lugar habitado o destinado a la habitación y en el N° 1 que se cometa este delito de robo con fuerza en las cosas con escalamiento”. Por eso en el curso de la defensa, en los alegatos de la apertura y clausura, se sostuvo “que tiende a pensarse que de una lectura rápida, que el art.440 del Código Penal utilizaría la expresión “entendiéndose que la hay si se obra con escalamiento”. Pero el legislador señala en el citado art. 440, que el culpable sufre tal pena “SI COMETIERE EL DELITO PRIMERO CON ESCALAMIENTO”, por lo que “la sola circunstancia de producirse un escalamiento a un lugar habitado o destinado a la habitación no constituye de manera alguna la existencia del delito de robo con fuerza en las cosas”. Prueba de ello es que el art.440, citado, está bajo el epígrafe “del robo con fuerza en las cosas”, e “insiste nuevamente en la existencia del robo con fuerza en las cosas”. “Es decir, debe existir un quebrantamiento de las defensas de la cosa que se pretende apropiarse o apropiada, vencer sus medios de protección o resguardo, empleando el hecho una mayor astucia, según el grado de desarrollo o comisión del delito”. “Ciertamente que no puede existir únicamente escalamiento para encontrarnos en presencia del delito de robo con fuerza en las cosas”.

La última cita está hecha al final de la hoja 8 vta. de los antecedentes elevados, que termina en un punto aparte, y en vez de continuar en punto separado en la hoja 9, esta se inicia como la continuación de una frase inconexa de dos líneas. Y en punto aparte, sobre esta causal la recurrente concluye que el tribunal a quo, al no entenderlo de esta manera, ha efectuado una errónea aplicación del derecho con influencia en lo dispositivo del fallo, ya que ha sancionado como tentativa de robo y le ha aplicado la presunción del art.450 que según lo referirá más adelante, considera que está derogada, a una conducta que ni siquiera constituye tentativa de robo y que por lo mismo no resulta punible a menos en esa figura.

4º) En el III y último capítulo de nulidad que invoca la defensa, señala que como sostiene la sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 16 de Julio de 1999, seguida contra Humberto Cruz Pérez, el art.450 del Código Penal se encuentra tácitamente derogado por el art.19 N° 3 de la Constitución Política de la República cuando dispone que “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. Ninguna ley podrá establecer penas....”. De esa forma e recoge el principio de legalidad, como también lo hacen la Convención

Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. “Por su parte, nuestro ordenamiento distingue tres etapas de desarrollo en el iter crímenes: tentativa, frustración y consumación. La ley penal define en su catálogo de delitos los tipos en su grado de desarrollo y consumación”.

Por todo lo anterior termina solicitando se acoja el recurso y anule el juicio oral y su sentencia; o en subsidio, anule la sentencia y dicte una de reemplazo en que se absuelva al acusado; o, en subsidio de la absolución se castigue la conducta investigada como en grado de tentativa con la pena interior en dos grados a las señaladas por la ley al delito consumado, como lo señala el art.52 del Código Penal.-

5º) En el escrito de hojas 13, el Ministerio Público solicita que el presente recurso se declare inadmisibles porque la primera causal no tiene sustento fáctico y es contradictoria al reconocer que en el fundamento 9º el sentenciador da por establecidos los hechos y en ello sustenta sus conclusiones. De modo que hace un análisis parcial, al referirse solo a dos oraciones aisladas y no a la totalidad de la sentencia, ya que la exposición de los hechos y circunstancias que se dieron por probados y la valoración de los medios de prueba, aparecen claramente desarrollados en los fundamentos 6º,7º,8º, y9º.

Respecto del 2º Capítulo, la recurrente no señala cual fue la errónea aplicación del derecho en que consisten dichos errores, ni en que considerandos se produce, y no corresponde que la Corte comience a buscar o inferir dichos errores, porque se está frente a un recurso extraordinario y no procede revisión de oficio, debiendo declararse su inadmisibilidad.

En cuando al capítulo 3º, no se indica la forma en que se produjo la errada aplicación del derecho, pues solo menciona un fallo, dos disposiciones constitucionales y dos artículos de dos Tratados Internacionales, sin construir con ellos ningún argumento jurídico, olvidando que al ser un recurso de estricto derecho, debe bastarse a si mismo.

Estima que también el recurso carece de peticiones concretas respecto de la causal del art.373 letra b), por lo que debe ser declarado totalmente inadmisibles.

Finalmente, en el 2º Otrosí de su presentación, aduce que también el recurso debiera rechazarse conforme a las siguientes observaciones: porque se ha deducido en forma defectuosa, ya que al señalar las causales de nulidad del art. 374 e) y 373 b), no señala si las invoca conjunta o separadamente; porque el capítulo segundo

del recurso, no indica cual es la errónea aplicación del derecho y cual, según su criterio, es la correcta, ni de que manera influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo; porque en el capítulo 3º no indica la norma procesal que concede el recurso; y porque en lo petitorio, no señala las normas que conceden el recurso de nulidad.

6º) El recurso de nulidad, dentro del actual sistema procesal penal, se concede para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente ésta, por las causales expresamente señaladas en la ley, alegadas en tiempo y forma (art.372 y 352 Código Procesal Penal). Luego, en los arts.373 y 374 señala expresa y taxativamente las causales por las cuales procede y de ellas emana que su característica fundamental garantizar el respeto a los derechos y deberes constitucionales de orden procesal y sustantivo, y a cumplir los mandatos que contienen los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, suscritos y vigentes en nuestro país, entre ellos el derecho al recurso que tiene todo imputado afectado por una sentencia condenatoria. Finalmente tiene el carácter de recurso extraordinario porque procede sólo contra determinadas sentencias; es formal porque debe presentarse por escrito, fundado y con peticiones concretas (ar.379); y es de derecho estricto porque debe fundarse en la concurrencia de ciertas causales expresa y taxativamente señaladas por la ley al concederlo.

En consecuencia, la rigurosidad del examen de admisibilidad constituye la esencia y garantía de su excepcionalidad, conforme a los arts. 380 y 383, especialmente en lo que se refiere al contenido del recurso, como lo señala el art. 378, todos del Código Procesal Penal, en cuanto deberá hacerse por escrito, consignando clara y expresamente los fundamentos de hecho y de derecho, y en estricta concordancia con lo anterior, las peticiones concretas que se someten al fallo del tribunal ad quem, porque estas van a determinar también su competencia. El recurso puede fundarse en varias causales, pero en tal caso debe precisar si se invocan conjunta o subsidiariamente, debiendo fundamentarse separadamente cada motivo de nulidad; pero una vez deducido el recurso no se podrán invocar nuevas causales. Lo anterior es sin perjuicio de las mínimas y excepcionales facultades de oficio que tiene la Corte, conforme a lo establecido en el art. 379, en relación con el art. 374, ambos del Código Procesal Penal, si concurrieren motivos absolutos de nulidad del juicio y la sentencia dictada en contra del imputado, cuando este hubiera deducido el recurso por motivos distintos a los del art. 374 o por una causal de este artículo pero distinta a la señalada por la defensa.

7º) De todo lo expuesto y razonado en los fundamentos que preceden, puede concluirse que el recurso de nulidad en análisis debe rechazarse desde ya, en la

parte que invoca vulnerados el art.374 letra e) en relación con el art.342 letras c) o e), ambos del Código Procesal Penal, porque la recurrente no dio razón alguna sobre la forma en que la sentencia recurrida vulneraba dichos preceptos, es decir, como omitía las razones legales o doctrinales que sirvieron para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias, y para fundar el fallo, o carecer la sentencia de la resolución que condena o absuelve. Siendo suficiente lo anterior para el sustento de la conclusión expuesta, no está demás señalar que la sentencia definitiva condenatoria recurrida, contiene esas razones legales o doctrinales, así como la resolución que condena al imputado.

Respecto de la causal del art.347 letra e), en relación con el art.342 letra c), si bien la recurrente intenta explicar como se ha vulnerado este mandato, como se expuso en el fundamento 2º de esta sentencia, la verdad es que esa explicación no constituye los fundamentos de hecho y de derecho que exige el art. 383 inc. 2º del Código Procesal Penal, porque ellas no apuntan a la esencia de la conducta investigada sino a un detalle que, en caso de ser efectivo, que no lo es, no altera la tipificación de la conducta investigada hecha por los sentenciadores con los restantes antecedentes de que dispuso. Tal deficiencia justifica plenamente lo expuesto por el Ministerio Público en cuanto a que la defensa, para intentar fundamentar la infracción, hace una cita y análisis parcial de dos oraciones del considerando 9º de la sentencia en alzada, sin considerar su contexto, ni el contenido de los considerandos 6º, 7º, y 8º en que aparecen claramente desarrolladas la exposición de los hechos, circunstancias que se dieron por probadas y la valoración de los medios de prueba que las fundamentan; porque esto es efectivo.

Además, la exigencia de consignar los fundamentos del recurso, que el legislador hace al recurrente en art. 378 inc.1º del citado texto procesal, alude a que éste, en el cuerpo del escrito de su recurso, debe invocar razones serias, profundas y atingentes que justifiquen alzarse contra la sentencia de un tribunal imparcial y que es el producto de todo un quehacer procesal llevado a cabo bajo su directa, permanente e inmediata vigilancia y, a veces, con su colaboración. O, como señala el Diccionario de la real Academia Española, se entiende por “fundamento” “el principio y cimiento en que estriba y sobre el que se funda un edificio u otra cosa”, o “razón principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar una cosa”. En consecuencia, sólo procede concluir que no reúne esas exigencias y no se puede considerar que constituye fundamento del recurso e nulidad una exposición de ideas, más o menos ordenadas, más o menos clara y bellamente expuestas, de mayor o menor profundidad o extensión, si es que ellas no apuntan a establecer las bases o cimientos del

edificio jurídico que se pretende construir, en este caso la absolución de un imputado, o una condena menor en base a establecer una distinta tipificación legal de la conducta investigada, un menor grado de desarrollo de esa conducta o menor grado de participación del imputado.

De manera que si el planteamiento de la recurrente no se elabora en base a razonamientos lógicos, conforme a las exigencias antes señaladas y para los fines indicados, como ocurre con el recurso en análisis, respecto del capítulo que se examina, debe concluirse que esta parte del recurso de nulidad carece de verdaderos fundamentos de hecho, por lo que igualmente deberá declararse inadmisibile.

8º) El II capítulo de nulidad invocado, por infracción de la letra b) del art.373 del Código Procesal Penal, al estimar que en el pronunciamiento de la sentencia se hizo una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, la defensa recurrente intenta fundamentar la supuesta infracción en las razones que se expusieron en el Considerando 3º de esta sentencia, pero en verdad dichas argumentaciones, por lo incoherentes y contradictorias, tampoco pueden ser calificadas como los “fundamentos de derecho” que exige este excepcional recurso, pues no es serio pretender que la configuración del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación, cometido con escalamiento, por no ser suficiente éste, cuya existencia no discute, requiera además probar que “debe existir quebrantamiento de las defensas de la cosa que se pretende apropiarse o apropiada, vencer sus medios de protección o resguardo, empleando el hechor una mayor astucia, según el grado de desarrollo o comisión del delito” y “que no puede existir únicamente escalamiento para encontrarnos en presencia del delito de robo con fuerza en las cosas”. Concluye que al no entenderlo así el tribunal a quo, ha efectuado una errónea aplicación del derecho que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que sanciona como tentativa de robo y aplica “la presunción del art.450” (se supone que del Código Penal) a una conducta que ni siquiera constituye tentativa de robo y que por lo mismo no resulta punible al menos en esa figura, teniendo en cuenta además que dicho art.450 está derogado tácitamente, como argumentará más adelante.

Es decir, este segundo capítulo de nulidad no contiene fundamentos de derecho ni peticiones concretas; para el evento de concluir que en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo. De manera que también este capítulo del recurso debe ser declarado inadmisibile.

9º) En cuanto al III capítulo de nulidad, como se relacionó en el párrafo 1º del Considerando Cuatro de esta sentencia, lo funda, según el título del capítulo, en que “no resulta aplicable el art.450 del Código Penal por encontrarse tácitamente derogado”, para luego señalar que la sentencia que indica de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 16 de Julio de 1999 estableció que este art.450 “se encuentra tácitamente derogado por el art.19 N°3 de la Constitución Política de la República”, para continuar transcribiendo parte de los dos últimos incisos de esta norma constitucional y luego señalar que “de esta forma se recoge el principio de legalidad, como también lo hace el art.9 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aplicables en la forma que señala el art.5 de la Constitución...”. Agrega, “por su parte, nuestro ordenamiento distingue tres etapas de desarrollo en el iter criminis: la tentativa, frustración y consumación. Y concluye: “la ley penal define en su catálogo de delitos los tipos en su grado de desarrollo o consumación”.

Nada más existe como fundamento de este capítulo de nulidad, sea sobre la razones que da el referido fallo para estimar derogado el referido art. 450 y en miras a conseguir que este tribunal comparta aquel criterio, pues en nuestro ordenamiento jurídico la jurisprudencia de cualquier tribunal no tiene mérito obligatorio de ley sino solo la influencia que emana de la fortaleza de sus razones. Sea sobre la forma en que influiría en el presente caso, si se aceptara que dicho artículo está tácitamente derogado. O, recordando el carácter de derecho estricto que tiene el presente recurso, señalando la ley que le concede el recurso; etc.Etc.

En consecuencia, tampoco esta exposición, reúne las exigencias de la norma procesal en aplicación, por lo que también debe declararse inadmisibile.

Por estas consideraciones y visto, además, lo prevenido en los arts. 1, 50, 51, 52, 432, 440 N° 1 y 450 del Código Penal; 342, 348, 352, 360, 372,373, 374, 376, 378, 380, 383 y 384 del Código Procesal Penal, se declara INADMISIBLE, en la totalidad de sus Capítulos, el recurso de nulidad deducido a fs.7 y siguientes de estos antecedentes por el imputado Luis Jonathan Barra Muñoz; representado por la Abogada Lucy Catalán Mardones, Defensor Penal Público, en contra de la sentencia definitiva condenatoria emitida en causa RUC N° 0100001101-7 y RIT N° 003/2001, de fecha 15 de Junio pasado, escrita de fs 3 a 6 de estos antecedentes, por la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco integrada por los jueces Juan Angel

Muñoz López, Oscar Luis Viñuela Aller y Christian Alfaro Mulrhead.

Regístrese y dése a conocer, mediante su lectura, a los intervinientes en la audiencia pública fijada al efecto. Sin perjuicio, notifíquese por el Estado diario y hecho, devuélvanse los antecedentes.

Redacción de Ministro Héctor Toro Carrasco.
Rol N° 183-2201.- R.P.P.-

CORTE SUPREMA

- **Acoge recurso de nulidad –por la causal del artículo 374 letra e)- interpuesto por la defensa en contra de una sentencia del Juzgado de Garantía que, en procedimiento simplificado, condenó a un imputado por el delito de manejo en estado de ebriedad. Previamente declara que el Ministerio Público puede comparecer en el recurso representado por el Director de una de las Unidades Especializadas de la Fiscalía Nacional.**

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

El Juzgado de Garantía condenó a un imputado por el delito de manejo en estado de ebriedad, a través de una sentencia que la defensa consideró afectada por vicios de nulidad en virtud de los cuales dedujo el recurso pertinente. Previo al conocimiento del recurso, en la audiencia citada para ello, la defensa planteó la improcedencia de que el Ministerio Público compareciera representado por un abogado de la Fiscalía Nacional y no por un fiscal, cuestión que la Corte rechazó en atención a que estima que el recurso de nulidad no importa ejercicio de la acción penal ni investigación. Respecto del fondo del recurso sostiene que efectivamente a la sentencia le afecta la causal de la letra e) del artículo 374, puesto que no cumple con la casi totalidad de los requisitos establecidos en el artículo 342 del Código Procesal Penal, especialmente los de las letras c), d) y e), por lo que acoge el recurso y además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 386, invalida el juicio mismo ordenando que el juez no inhabilitado que corresponda cite a una nueva audiencia pública para conocer del requerimiento del Ministerio Público.

Texto completo:

ACTA DE LA AUDIENCIA REALIZADA EL 25 DE JULIO DEL AÑO 2001, PARA LA VISTA DE LOS RECURSOS DE NULIDAD INTERPUESTOS POR LA DEFENSA DEL IMPUTADO DANTE PROBOSTE ALARCÓN, A LO PRINCIPAL Y EN EL OTROSI DE LA PRESENTACIÓN DE FS. 9.

Se lleva a efecto la audiencia aproximadamente a las 11.00 horas del día señalado, con la asistencia de los Ministros Sres. Enrique Cury Urzúa, Jorge Medina Cuevas, Milton Juica Arancibia y los abogados integrantes Sres. Fernando Castro Alamos y Franklin Geldres Aguilar.

Se presentan a alegar, el abogado don Iván Gómez Oviedo, por la Defensoría Penal Pública, en representación del recurrente de nulidad imputado Dante Proboeste Alarcón, y el abogado don Alejandro Peña Ceballos, en representación del Fiscal Nacional del Ministerio Público, quién se opone al recurso.

El Presidente del Tribunal Sr. Cury comunica de la designación del Ministro de Fe para la confección de ésta acta, según resolución de fs. 41.

Cuestión previa:

El Presidente Sr. Cury llama a los abogados presentes, como punto previo, a alegar sobre la procedencia o no participación del Ministerio Público en esta audiencia, según cuestionamiento planteado por la Defensoría Penal Pública a fs. 29.

Se les confiere a los abogados de cada parte un tiempo de cinco minutos para expresar su opinión.

Lo hace en primer término el abogado del imputado, Sr. Gómez, quién pone a disposición del Tribunal dos informes en derecho evacuados sobre el punto por don Alejandro Silva Bascuñán y don Raúl Tavolari Oliveros.

A continuación toma la palabra el abogado Sr. Peña por el Fiscal Nacional.

El Presidente Sr. Cury pide al abogado Sr. Peña que señale al Tribunal qué cargo específicamente desempeña en el Ministerio Público. Responde el abogado Sr. Peña que es Director de la Unidad especializada de Tráfico Ilegal de Estupefacientes.

Resuelve el Tribunal, atendido lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que permite la intervención de organismos especializados de la propia Fiscalía, colaborando con la actividad del

Ministerio Público, y atendida también la naturaleza del recurso de nulidad, que en realidad no importa propiamente ejercicio de la acción penal, ni investigación; puede el Ministerio Público hacerse representar en esta actuación determinada -curso de un recurso de nulidad- por un funcionario del propio Ministerio Público que forma parte de uno de estos organismos colaboradores de su función; de tal manera que el Tribunal desestima esta objeción presentada por la Defensoría Penal Pública, y autoriza la participación del Ministerio Público, representado de la forma en que lo está, para los efectos de intervenir en la audiencia.

Alegatos sobre el Fondo:

El Presidente Sr. Cury ofrece a los abogados un tiempo máximo de quince minutos para referirse al fondo del recurso.

Lo hace en primer término el abogado Sr. Gómez, quién asume la defensa de los recursos de nulidad interpuestos en representación del imputado Sr. Proboste y solicita su acogimiento.

A continuación alega el abogado Sr. Peña, quién por el Ministerio Público insta por el rechazo de los referidos recursos.

El abogado del recurrente, Sr. Gómez, solicita la palabra y el señor Presidente de la Sala se la concede.

Se otorga al abogado Sr. Peña del Ministerio Público tiempo para replicar.

Terminadas estas intervenciones el Ministro Sr. Juica, pide al abogado Sr. Gómez de la Defensoría Penal Pública, que explique expresa y determinadamente en qué consistió la infracción de alguna garantía constitucional, cual es la garantía constitucional y de que manera se vio quebrantada.

Responde el abogado Sr. Gómez. El Presidente Sr. Cury, expresa que el Tribunal estima que dada la complejidad de los problemas planteados y la importancia de una primera resolución sobre un recurso de esta naturaleza, se tomará parte del plazo de veinte días que dispone para dictar la sentencia y cita a una audiencia para el día miércoles 8 de agosto próximo, en que se dará a conocer el fallo. Comunicación que tiene el carácter de una verdadera notificación, para que los abogados concurren a dicha audiencia.

Se da término a la audiencia por el Sr. Presidente. El fallo queda en acuerdo ante los Ministros y abogados integrantes mencionados al inicio de esta acta,

designándose para su redacción al Ministro don Milton Juica.

Se deja constancia que el desarrollo íntegro de la audiencia ha quedado grabado en un disco compacto que se ordena guardar en custodia por el Sr. Secretario de esta Corte.

Extendida en Santiago, a veinticinco de julio del año dos mil uno.

Roberto Contreras Olivares Ministro de Fe.

Santiago, ocho de agosto del dos mil uno.

Vistos:

En este procedimiento simplificado tramitado ante el juzgado de garantía de Angol, Rol único 100001691-4 y RIT 27-2001, se requirió por el Sr. Fiscal a Dante Rodrigo Provoste Alarcón R.U.N. N° 8.031.423-k a quien se le imputa la comisión del delito tipificado en el artículo 121 de la ley 17.105 sobre alcoholes, ya que había sido sorprendido por Carabineros, conduciendo un taxi colectivo en manifiesto estado de ebriedad, el 11 de enero de 2001 a las 06.30 horas, en la intersección de calle Ilabaca con Prat, de esa ciudad.

En la audiencia pública fijada para el 23 de abril pasado, se inició esta etapa procesal con la inasistencia del imputado, dándose lectura al requerimiento respectivo y el juez abrió debate sobre los hechos y la prueba a los intervinientes, concurriendo un funcionario de carabineros quien ratificó el denuncia respectivo; la detención del imputado; la conducción de un vehículo motorizado y su manifiesto estado de ebriedad. En el curso de la audiencia compareció el infractor, pero no se aceptó por el tribunal retrotraer el procedimiento a su inicio. En el mismo acto se procedió a anunciar una condena del imputado Provoste de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, más una multa de un sueldo vital y la suspensión del permiso para conducir vehículo motorizado por seis meses y la accesoria de suspensión de cargo u oficio público, durante el tiempo de la condena. Se le concede el beneficio de la remisión condicional de la pena.

En contra de este fallo, la defensora penal pública de Angol, en representación del condenado Provoste, dedujo recurso de nulidad, fundamentándolo en las causales previstas en las letras a) y b) del artículo 373 del Código Procesal Penal y también, aduciendo el motivo absoluto de nulidad contemplado en la letra e) del artículo 374 del mismo cuerpo de leyes, presentando la primera causal, como subsidiaria de las otras.

Concedido el expresado recurso por el tribunal a *quo*, se elevaron copias del registro de la audiencia del juicio oral y del escrito del mismo arbitrio impugnativo.

En esta Corte Suprema, comparecieron el Ministerio Público y la defensa del imputado, formulando las observaciones del recurso el primero, dentro del plazo que contempla el artículo 382 del Código aludido.

Vencido el término antes referido, se dispuso como fecha de la audiencia pública para la vista de la causa el día miércoles 25 de julio último, la que se verificó, escuchándose los argumentos del recurrente, como los del Ministerio Público, con las réplicas del caso, como se dejó constancia en el registro.

También se promovió en la misma audiencia, incidencia por parte de la defensoría pública en cuanto a la habilitación que tendría el abogado del Ministerio Público, por no ser el fiscal del proceso, artículo que fue rechazado de manera previa por el tribunal.

Terminada la vista de la causa, el asunto quedó en acuerdo y se citó a las partes para la lectura del fallo para el día 8 de agosto próximo.

Considerando:

PRIMERO: Que la competencia para conocer del recurso de nulidad que se le entrega por la ley a la Corte Suprema, conforme al artículo 376 inciso primero del Código Procesal Penal, se produce con la invocación de la causal señalada en la letra a) del artículo 373 del aludido cuerpo de leyes. En el presente caso, el recurrente sostiene la nulidad impetrada, entre otras causales, pero de manera subsidiaria, la de haberse infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución. En lo concreto, el derecho contenido en el inciso quinto del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, ya que se denuncia que en la tramitación de la causa se ha vulnerado en perjuicio del imputado el principio del debido proceso, con lo cual impele a esta Corte a emitir pronunciamiento acerca del referido libelo;

SEGUNDO: Que como se señaló, en lo principal, se denuncia por el recurso en análisis que la sentencia debe ser declarada absolutamente nula por la causal prevista en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal porque se omitieron "alguno de los requisitos previstos en el artículo 342 letras c), d) o e)" del mismo Código, ya que tal resolución no contiene una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, ni tampoco expresa las razones legales o doctrinales que sirven para calificar jurídicamente el hecho denunciado y sus

circunstancias, ya que el fallo impugnado sólo menciona algunos antecedentes y en él se concluye que se ha llegado a la siguiente convicción: "Va a ser condenado a la pena de 61 días". Con lo cual, se sostiene, no hay una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, sin siquiera hacer referencia a que se halla probado el ilícito penal y la participación criminal del imputado. Se expresa, además, que tampoco la sentencia realiza algún análisis jurídico o doctrinario de la única prueba rendida en el juicio y que ésta se funda en el hecho de tener por agregados distintos documentos y antecedentes proporcionados por la fiscalía, en el requerimiento y que no fueron incorporados en forma legal a la audiencia, por lo que debieron excluirse de cualquier pronunciamiento, teniéndose por inexistente, conforme lo indica el artículo 334 del Código Procesal Penal. Se agrega, finalmente, que el tribunal no ha fundamentado toda la prueba según lo ordena el artículo 297 inciso 2° del mismo cuerpo de leyes, no aceptándose en su reemplazo la simple enumeración de los elementos probatorios;

TERCERO: Que el procedimiento especial simplificado, se regula en el título I del libro IV del Código Procesal Penal y su artículo 389 hace aplicable a este juicio, supletoriamente, las normas del libro II, en cuanto se adecuen a su brevedad y simpleza. A su vez, el artículo 396, regula la manera como se verificará el juicio, en el evento de no tratarse del caso del procedimiento monitorio, ni cuando el imputado hubiere, en la audiencia expresamente admitido su responsabilidad, como se infiere del acta de registro de fojas 2, por lo que al finalizar la audiencia que contempla ésta última disposición, el juez deberá pronunciar su decisión de absolución o condena y deberá fijar una nueva audiencia para dentro de los cinco días próximos, para dar a conocer el texto escrito de la sentencia;

CUARTO: Que aparte de la irregularidad advertida en el registro del juicio, de haberse redactado la sentencia en la misma audiencia, toda vez, que no se dejó constancia en el acta de ninguna citación para dar a conocer el texto del fallo del asunto, ha de inferirse que la decisión del asunto A controvertido se verificó en esa actuación procesal, ya que por ella se decidió definitivamente, con las fundamentaciones que en ella se contiene, la condena del imputado Provoste como autor del delito que contempla el artículo 121 de la ley de alcoholes. En la sentencia aludida, solo se expresa una simple mención de algunos antecedentes probatorios, que se agregaron en el registro, el dicho del imputado y su extracto de filiación, para decidir de inmediato y de manera dubitativa que éste va a ser condenado a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, aparte de otras accesorias;

QUINTO: Que de lo expuesto fluye claramente que esta sentencia, que tiene el carácter de definitiva, no cumple con casi la totalidad de los requisitos que exige el artículo 342 del Código Procesal Penal, en especial los que se contienen en las letras c), d) y e) de dicha disposición que obliga: “a la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones”. Mandato que a su vez se complementa con la exigencia que se señala en el artículo 36, en cuanto impone el deber del juez de fundamentar las resoluciones judiciales, la que no se sustituye, en caso alguno, con la simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o las solicitudes de los intervinientes. Del mismo modo, en orden a este mismo artículo imperativo, los incisos 2° y 3° del artículo 297 del actual texto procesal penal, establecen como obligación del tribunal, en la valoración de la prueba, el que deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado y que, dicha apreciación, comprenderá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los que se den por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que prueben el delito y la participación culpable. Agregando la norma, que esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia, condiciones que del simple examen del fallo recurrido se deduce que no se han cumplido de manera alguna. En el mismo orden de ideas, se puede observar que dicha resolución no contiene tampoco ninguna razón legal o doctrinal que sirva para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y por último, con una redacción ambigua y dubitativa se advierte que se va a condenar al imputado a una determinada pena, con lo que no decide de una manera categórica sobre la penalidad que le corresponde al sentenciado;

SEXTO: Que los vicios antes relatados resultan sustanciales, aún tratándose de un procedimiento simplificado que permite brevedad y simpleza, porque afectan a una cuestión básica dentro del desarrollo del procedimiento, en cuanto a concluirlo con una sentencia definitiva en la que tanto su fundamentación como su resolución son requisitos esenciales dentro de un sistema de garantías procesales y que no pueden ser omitidos;

SEPTIMO: Que los vicios antes referidos constituyen el motivo absoluto de nulidad a que se refiere la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, que autoriza acoger el recurso impetrado, en lo que se refiere a esta causal;

OCTAVO: Que en relación a las otras causales de nulidad impetradas, aparte que la que se refiere a la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal no se indica en el recurso ninguna fundamentación a su respecto, no serán materia de pronunciamiento, ya que el recurso será acogido por la aceptación del motivo absoluto de nulidad, analizado en los considerandos precedentes.

NOVENO: Que aun cuando la ley permite, en el presente caso, anular solo la sentencia impugnada se dispondrá, conforme lo autoriza el artículo 386 del Código aludido, a la invalidación del juicio, porque ha advertido el tribunal según consta del acta de registro respectiva, que en su desarrollo no se cumplieron absolutamente las formalidades de presentación de la prueba y de las observaciones que de ellas puede hacer el imputado, por lo que de este modo, no se han cautelado las garantías procesales que éste tiene para su adecuada defensa.

Por estas consideraciones y visto, lo dispuesto en los artículos 358, 360, 372, 376, 384, 386, 388, 389 y 390 del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de nulidad deducido en representación del imputado Dante Provoste Alarcón, en contra de la sentencia dictada por el Juez de Garantía de Angol en la audiencia del veintitrés de abril pasado, por la causal prevista en la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal y se invalida dicho fallo y el juicio mismo a que se refiere este registro, debiendo el Juez no inhabilitado que corresponda, citar a una nueva audiencia pública para conocer del requerimiento del Señor Fiscal, respecto de los hechos que en él se contienen.

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro Señor Juica.

N° 1660-2001

Pronunciado por los Ministros señores Enrique Cury U., Jorge Medina C. y Milton Juica A. y los Abogados Integrantes señores Franklin Geldres A. y Fernando Castro A.

II. SENTENCIAS COMENTADAS



COMENTARIOS A LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL CASO RUC N° 497-9 SOBRE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS EN LUGAR HABITADO, EN GRADO DE TENTATIVA, SEGUIDO ANTE EL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL DE TEMUCO.

OPINIÓN DEL FISCAL NACIONAL, DON GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD, ACERCA DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE QUEJA, CONTENIDA EN EL INSTRUCTIVO GENERAL N° 65.

Recurso de queja y otros medios de impugnación

Como se indicó en el instructivo general Nro. 17, el nuevo sistema procesal penal, en cuanto a los recursos, es restrictivo y excepcional, de acuerdo a la concepción acusatoria en que queda minimizada la actuación de los Tribunales Superiores de Justicia.

Existe una opinión generalizada en el sentido de que el recurso de queja sería improcedente en el nuevo sistema y que no tiene cabida en el nuevo Código Procesal Penal.

En concepto de la Fiscalía Nacional, tal opinión es errónea por cuanto el recurso de queja tiene su fundamento en la Constitución Política, artículo 79, y en los artículos 545 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, cuerpos legales que no han sido derogados por el nuevo Código Procesal Penal.

Más aún, el Código Orgánico ha sido modificado mediante las leyes 19.665 y 19.708 para adecuarlo al nuevo proceso penal, sin realizar ninguna modificación a las normas sobre recurso de queja.

El artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales señala que el recurso de queja tiene por finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional.

Este recurso de queja sólo procede cuando la falta o abuso se cometa: en una sentencia interlocutoria que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación; o bien, en una sentencia definitiva, con el requisito adicional de que en contra de ellas no proceda recurso alguno, ordinario o extraordinario.

Por otra parte, la queja disciplinaria, que se entabla ante el superior jerárquico respectivo, previsto en el artículo 544 del COT, tiene por objeto que los tribunales superiores de justicia hagan uso de la facultad disciplinaria respecto de los funcionarios del orden judicial que se encuentren bajo su dependencia, en los casos que la propia disposición menciona.

En el caso que un tribunal superior de justicia, haga uso de las facultades disciplinarias e invalide una resolución jurisdiccional, debe aplicar la o las medidas disciplinarias que estime pertinentes.

Dado que el ejercicio de estos recursos puede, en alguna medida afectar las relaciones con el Poder Judicial, para su interposición se requiere de un acabado estudio y análisis de conveniencia y oportunidad para su ejercicio, por lo que deberán ser remitidos los respectivos antecedentes de la investigación, conjuntamente con la resolución judicial que se estima haber sido dictada con falta o abuso a la Fiscalía Regional para su ponderación, al día siguiente de pronunciada, sin perjuicio de que el fiscal regional puede consultar si lo estima conveniente la interposición del recurso al Fiscal Nacional por la vía más rápida que fuere posible.

La Corte de Apelaciones de Temuco ha aceptado a lo menos dos quejas disciplinarias del Fiscal Nacional contra un juez de garantía, pero no conocemos de ningún recurso de queja interpuesto por los fiscales o los defensores.

Por su parte, en fallo reciente de la Corte Suprema, se ha declarado inadmisibile un recurso de queja de la fiscalía en contra de la Corte de Apelaciones de Temuco que anuló una sentencia del tribunal penal oral de la misma ciudad que había condenado a un acusado y en su reemplazo lo absolvió por considerar que no estaba acreditado el hecho punible. La Corte Suprema estimó que la resolución mencionada no era susceptible del recurso de queja.

Esta Fiscalía Nacional discrepa de esta jurisprudencia porque en la especie se trataba claramente de una sentencia definitiva puesto que disponía la absolución del acusado en vez de su condena y de esta manera se ponía fin a la instancia respectiva y se resolvía el objeto de la acusación y del juicio penal. Además, no había ningún otro recurso que deducir atendido lo dispuesto en el artículo 387 del C.P.P.

COMENTARIO A UNA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE TEMUCO Y A LA POSTERIOR SENTENCIA DE NULIDAD DE LA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO

HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO

Doctor en Derecho,

*Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal
de las Universidades Alberto Hurtado y Andrés Bello*

1. Mediante sentencia de 1 de junio de 2001, en causa RUC 497-9, la segunda sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco condenó al acusado MFHV a la pena de cuatro años y un día de presidio menor en su grado máximo y a la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos por el tiempo de la condena, con costas, como autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, en grado de tentativa, sancionado sin embargo como consumado conforme al art. 450 inciso primero CP¹. La defensa del condenado interpuso recurso de nulidad contra el fallo condenatorio para ante la Corte de Apelaciones de Temuco, recurso que fue acogido mediante sentencia de 17 de julio de 2001, en la que se declara la nulidad de la sentencia, procediéndose a dictar sentencia de reemplazo absolutoria en la causa.
2. Los hechos que tuvo por acreditados el Tribunal de Juicio Oral fueron los siguientes: alrededor de las 02:00 horas del día 22 de diciembre el acusado ingresó por vía no destinada al efecto al sitio ubicado en calle Balmaceda 1426 de Temuco y luego, por una de las paredes de la casa, escaló hasta alcanzar la techumbre de ésta; debido al ruido que hizo fue detectado por sus moradores y posteriormente fue detenido por un funcionario de Carabineros que lo encontró cerca de una claraboya de vidrio de un metro cuadrado de superficie, ubicada en el plano sur del techo del inmueble, cuya altura era de once metros medidos desde el suelo, con murallas lisas y un patio interior (considerando 6°). En concepto del tribunal, tales hechos son subsumibles en el tipo penal de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, contenido en los arts. 432 y 440 CP, el que si bien no alcanzó a consumarse, por haber sido el acusado sorprendido por los moradores del inmueble, debe castigarse de todos modos como consumado de acuerdo con el art. 450 CP (considerandos 7°, 8° y 9°). Los capítulos de nulidad alegados por la defensa fueron los siguientes: a) motivo absoluto de nulidad previsto en el art. 374 letra e) en relación con los arts. 342 letra c) y 297, esto es, omisión de requisitos de la sentencia, concretamente, omisión de la exposición de la valoración de la prueba conforme a las exigencias de fundamentación del art. 297; b) errónea aplicación del derecho que incide en lo dispositivo del fallo en los términos del art. 373 letra b), motivo de nulidad que se fundaría en los siguientes errores de la sentencia recurrida: aa) haber calificado como escalamiento para los efectos del art. 440 CP hechos que no serían subsumibles en dicho concepto; bb) por las mismas razones, haber aplicado la presunción de tentativa del art. 444 CP en circunstancias que no se dan los requisitos legales para ello; y cc) haber aplicado el inciso primero del art. 450 CP, disposición que a juicio de la defensa habría sido tácitamente derogada por la CPR. La Corte de Apelaciones desecha el primer capítulo, declarando escuetamente que de los antecedentes de la sentencia recurrida se desprendería una valoración de la prueba conforme al art. 297 (considerando 3°); acto seguido, en cambio, acoge la causal del art. 373 letra b) porque considera que no se ha probado ni el escalamiento (considerando 8°) ni el propósito del condenado de robar (considerando 11°). La sentencia no se pronuncia sobre la vigencia del art. 450 CP.
3. Con total prescindencia de la valoración que pueda hacerse del resultado concreto a que se arribó en la especie, es indudable que desde un punto de vista técnico y normativo ambas sentencias adolecen de graves defectos, defectos que, por su significación para el adecuado desarrollo del nuevo modelo de enjuiciamiento criminal, merecen una crítica enérgica y una atención especial por parte de los operadores e interesados en el nuevo sistema, en aras a su rápida superación futura. No se trata de defectos menores, como pudiera creerse a simple vista, sino de aspectos centrales de la reforma procesal penal: en la especie ha estado en cuestión, por una parte, el presupuesto de legitimidad de un sistema de libre valoración de la prueba y, por la otra, la

¹ Artículos sin otra mención son los del Código Procesal Penal. Los artículos del Código Penal se citan con el agregado CP.

supresión de la segunda instancia y el nuevo rol que compete a las Cortes de Apelaciones. Destacarlo brevemente es el único propósito de este comentario.

4. En lo que a la sentencia del juicio oral concierne, ésta adolece de un importante déficit de fundamentación en cuanto a la valoración de la prueba rendida. No se quiere decir con esto necesariamente que no exista prueba suficiente para tener por acreditados los hechos – cuestión que, por cierto, es opinable -, sino simplemente que el tribunal no ha fundado como corresponde sus conclusiones. En alguna medida ya se aprecia este déficit respecto de la fundamentación del escalamiento. Que el acusado fue sorprendido sobre el techo de la vivienda es un hecho no controvertido (convención probatoria, considerando 4°), pero incluso para el tribunal se trata de un hecho que en sí no constituye escalamiento, como se desprende de que haga consistir el escalamiento realmente en un hecho previo, como es el supuesto ingreso del acusado al *patio* de la vivienda antes de trepar al techo (considerandos 6° y 8°)². Ahora bien, la sentencia no aporta mayor noticia sobre las razones que tuvo para tener por acreditado este hecho previo, ya que indudablemente no ofrece fundamento suficiente la categórica pero vacía declaración en torno a que “es de toda lógica suponer que para llegar hasta allí [hasta el techo] primeramente debió ingresar al terreno circundante de la casa, venciendo los resguardos que la rodean y separan, ya sea de la calle, ya de las propiedades vecinas ubicadas tanto en los costados como en la parte posterior, y luego buscar la pared más adecuada, escaló hasta el techo” (considerando 8°). Es posible que las descripciones hechas en juicio de las características de la casa, del patio y de sus paredes efectivamente deban conducir a la misma conclusión del tribunal; pero era deber de éste explicitarlo circunstanciadamente, tal como exige el art. 297, lo que en la especie no ocurrió.
5. Donde la ausencia de fundamentación es, sin embargo, más notoria, es en la afirmación del dolo de robar del acusado, lo que resulta especialmente relevante considerando que en la especie no hubo apropiación, de suerte que es el dolo del agente lo único que permite calificar los hechos como una tentativa de robo. La propia sentencia insiste en este aspecto (considerando 7°), no obstante lo cual luego se limita a afirmar que el “propósito [de apropiación] perseguido por el autor... es posible deducir [sic] a partir de las circunstancias del caso” (considerando 7°), sin que se agregue argumento alguno en abono de esta remisión a verdades supuestamente evidentes que, por cierto, no satisface las exigencias de fundamentación de la sentencia previstas en el art. 297. Es del todo imposible reproducir el razonamiento utilizado por los juzgadores para concluir que ése era el propósito del agente al trepar al techo de la vivienda, por la sencilla razón que la sentencia no aporta argumentos al respecto. Llama poderosamente la atención en este contexto que la sentencia ni siquiera haya intentado asilarse en la presunción de tentativa de robo del art. 444 CP, la que sin embargo es tomada luego tanto por el voto de minoría como por la defensa, pero precisamente para impugnar su aplicabilidad en el caso. También aquí es muy probable que la conclusión del tribunal tenga un fundamento plausible y sea en definitiva correcta; lo único que resulta indudable, sin embargo, es que el tribunal no dio cumplimiento a los deberes de fundamentación que le impone la ley.
6. De lo anteriormente expuesto se desprende que la sentencia condenatoria no cumplió con el requisito de la letra c) del art. 342, esto es, la exposición clara, lógica y completa de la valoración de los medios de prueba que fundamentaran las conclusiones consistentes en que hubo escalamiento y en que el agente obró con dolo de robar, en términos tales que hubieran permitido reproducir el razonamiento utilizado para arribar a tales conclusiones (art. 297). Consecuentemente, los juzgadores incurrieron en el motivo absoluto de nulidad

² Es por esta razón que no resultan plausibles las alegaciones *subsidiarias* del recurso interpuesto por la defensa para el evento que los hechos establecidos quedaran inalterados, tendientes a demostrar una errónea aplicación del derecho (art. 373 letra b). El recurso sostiene correctamente que el escalamiento supone entrada al lugar señalado por la ley. Luego señala, también correctamente, que no se daría en la especie la forma de escalamiento consistente en el rompimiento de techos, pues el acusado sólo estuvo sobre el techo pero no lo rompió; no advierte, sin embargo, que la sentencia dio por acreditada la entrada al *patio* de la propiedad por vía no destinada al efecto, y con esto ya es posible configurar jurídicamente el escalamiento, conforme al art. 440 CP, pues el patio de una vivienda es una “dependencia” de la misma en los términos del mismo artículo (*Labatut*, Gustavo: Derecho Penal, Tomo II, 7° edición actualizada por Julio Zenteno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1983, p. 207; *Etcheberry*, Alfredo: Derecho Penal, Tomo III, 3° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1997, p. 322 s.; *Garrido*, Mario: Derecho Penal, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2000, p. 224). Por las mismas razones debe desecharse la segunda alegación, esto es, que no se dan los requisitos de aplicación de la presunción del art. 444 CP (precepto que, sin embargo y como se ha dicho, no es citado por la sentencia recurrida), toda vez que el tribunal, como se ha insistido, tuvo por acreditada la entrada por vía no destinada al efecto – escalamiento – al patio de la casa – dependencia -, tal como el referido art. 444 dispone. Como se ve, el éxito de ambas alegaciones supondría que los hechos hubiesen sido establecidos de un modo diferente, y eso sólo se lograría, como se verá, a través del art. 374 letra e). Una toma de posición sobre la supuesta derogación tácita del art. 450 CP, excedería con creces los márgenes de este comentario.

previsto en el art. 374 letra e). Correspondía entonces que tanto la sentencia como el juicio oral fuesen anulados. De más está decir que con esta conclusión no se está reafirmando un mero cumplimiento de formalismos, sino que se está preservando la vigencia misma del nuevo sistema de libre valoración de la prueba, cuya legitimidad depende precisamente del estricto respeto de los deberes de fundamentación que el art. 297 impone a los jueces. Sin fundamentación no es posible un control racional de la plausibilidad de las decisiones judiciales, con lo cual lo que la ley ha concebido como libertad pasa a constituir discrecionalidad que nada impide devenga arbitrariedad. En esta perspectiva, es del todo irrelevante que en la especie la decisión adoptada probablemente haya sido plausible y hubiera habido mérito suficiente para suscribirla; lo decisivo es que esto no pudo comprobarse, porque el tribunal simplemente no expresó sus razones, cerrando así toda posibilidad de control y, consiguientemente, de legitimación (sobre la importancia de estas consideraciones en la génesis del art. 297 véase, por todos, Pfeffer, Emilio: Código Procesal Penal anotado y concordado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2001, pp. 303 y ss).

7. La sentencia fue recurrida por la defensa y fue finalmente anulada por la Corte de Apelaciones de Temuco, resultado que, atendido lo precedentemente expuesto, merecería aprobación. Lo que no puede aprobarse, sin embargo, es la forma en que la Corte alcanzó ese resultado, mediante un procedimiento defectuoso que merece tanto o más crítica que la sentencia anulada. La Corte ha actuado como un verdadero tribunal de apelación, como segunda instancia, desconociendo el nuevo rol que como tribunal de nulidad compete a las Cortes de Apelaciones en el nuevo proceso penal.
8. El recurso de nulidad tiene por único objeto corregir la errónea aplicación del *derecho* en la sentencia definitiva, sea en cuanto a la forma - en el procedimiento previo o en la dictación misma de la sentencia -, sea en cuanto al fondo. No es, en consecuencia, un recurso mediante el cual se puedan revisar los *hechos* que han sido dados por probados por el tribunal *a quo*. Ciertamente la revisión del derecho puede dejar sin efecto la fijación de los hechos de la causa, como ocurre cuando se anula el procedimiento mediante el cual los hechos se establecieron o, lo que es especialmente relevante en la especie, cuando se anula la sentencia que los fija precisamente en razón de una fundamentación insuficiente o poco plausible; en ambos casos, sin embargo, la apreciación de la prueba y el establecimiento mismo de los hechos sigue siendo competencia exclusiva del tribunal *a quo*. En otras palabras y tal como su nombre por demás indica, el recurso de nulidad no es un recurso de *apelación*, lo que concuerda con el propósito declarado e inequívoco del legislador de establecer una *única instancia* en el nuevo proceso penal (cfr. por todos, los antecedentes legislativos en Pfeffer, cit., pp. 361 ss., 367 ss.).
9. Pues bien, la Corte no ha cumplido con su rol de revisar la suficiencia y plausibilidad de la fundamentación de la sentencia recurrida, rechazando expresamente la invocación que hizo el recurrente del art. 374 letra e), por considerar que no se había omitido la fundamentación requerida (considerando 3°). Por el contrario, si anula la sentencia lo hace exclusivamente porque en su concepto la prueba rendida en juicio no permite tener por acreditado ni el escalamiento ni el ánimo de apropiación del agente. En efecto, por una parte considera que no se ha acreditado la circunstancia del escalamiento, pues a su juicio “el sólo hecho de estar en la techumbre de la propiedad *no prueba el escalamiento*, ya que *no se ha probado* que el acusado haya entrado al lugar donde se encontraban las especies, superando sus resguardos o defensas, debiendo tener presente que el hecho de haber ingresado al patio de la propiedad, con el que se pretende que habría entrado por vía no destinada al efecto, *no resulta probada* de modo alguno en el juicio” (considerando 8°, énfasis agregado). Asimismo, entiende que tampoco está acreditado el ánimo de apropiación necesario para configurar una tentativa punible de robo, pues a su juicio “la acción ejecutada por el acusado, trepar a la techumbre de la vivienda no es un acto directo *que demuestre* el propósito final de apropiación y que revele, por consiguiente, el dolo directo que requiere el principio de ejecución de la tentativa” (considerando 11°, énfasis agregado). En síntesis, la Corte aprecia de un modo distinto la prueba rendida en juicio. Mientras el Tribunal de Juicio Oral ha inferido de dicha prueba que sí hubo escalamiento y que éste estuvo destinado a la apropiación de especies de propiedad del ofendido, a la Corte le ha parecido que las probanzas producidas son completamente insuficientes para tener por acreditados tales extremos. En otras palabras, la Corte pasa a valorar directamente la prueba rendida y a establecer por sí misma los hechos de la causa.
10. Sobre cuál de las dos apreciaciones sea la correcta podría debatirse latamente. Sin embargo, en el contexto concreto en que se da, se trata de una discusión del todo irrelevante, porque la facultad de apreciar la prueba recae exclusivamente en el Tribunal de Juicio Oral y no en la Corte de Apelaciones. En el nuevo sistema, esta

última no conoce más como tribunal de apelación, capaz de imponer su propia apreciación de la prueba rendida, sino exclusivamente como tribunal de nulidad, encargado de velar por la correcta aplicación del derecho a los hechos que soberanamente ha dado por establecidos el Tribunal de Juicio Oral. Si este último tribunal ha considerado probado que el acusado ingresó al patio circundante de la casa por vía no destinada al efecto (cfr. considerandos 6° y 7° de la sentencia recurrida) y que de esta circunstancia se deduce suficientemente el propósito de apropiación del acusado (cfr. considerando 7° de la misma sentencia), al tribunal de nulidad sólo cabe decidir si la calificación efectuada a tales hechos – tentativa de robo con fuerza en las cosas, mediante escalamiento – se ajusta o no a derecho. En caso alguno, en cambio, puede alterar los hechos a que dicha calificación se aplica; eso era posible en la apelación y en la consulta, pero no más en el conocimiento del recurso de nulidad.

11. En consecuencia, la Corte de Apelaciones se ha extralimitado en el ejercicio de sus facultades legales. La pronta corrección de este tipo de extralimitaciones resulta especialmente relevante en las actuales circunstancias, en los primeros tiempos de la reforma, pues se corre el riesgo de desnaturalizar el recurso de nulidad convirtiéndolo en una segunda instancia que el legislador vehementemente quiso impedir (cfr. supra). No se trata, por eso, de un defecto menor, sino que de uno que pone en juego uno de los pilares de la reforma procesal penal. El que la sentencia de nulidad haya recaído en una sentencia que por sus defectos merecía ser anulada no aminora la gravedad del precedente.

Por último, aun cuando se hubiera anulado correctamente la sentencia condenatoria - por aplicación del art. 374 letra e) - , pero incluso acogiendo el razonamiento de la Corte, es indudable que no procedía la dictación de una sentencia de reemplazo, por faltar un requisito básico previsto por el art. 385 para la procedencia de una tal sentencia de reemplazo, cual es que la causal acogida no se refiera “a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados”. En la especie sólo cabía anular la sentencia conjuntamente con el juicio oral (así lo sostenía el propio recurso de la defensa).

INFORME EN DERECHO

RAUL TAVOLARI OLIVEROS

Profesor de Derecho Procesal Universidad de Chile
Universidad de Valparaíso

La cuestión a dilucidar, pasa por determinar las atribuciones -en rigor, la competencia- que el Código Procesal Penal asigna a los diversos tribunales, para apreciar la prueba y, en consecuencia, para determinar los hechos que serán materia del juzgamiento, toda vez que, según se explicará, la anulación del fallo, arranca de la convicción de la Corte de Temuco, de no encontrarse acreditadas las circunstancias fácticas que la ley penal emplea para tipificar el delito de robo con fuerza en las cosas.

I) HECHOS ACREDITADOS POR EL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL:

El Tribunal de Juicio Oral ha dado por establecidos, conforme al mérito de la prueba que ante él se produjo, los siguientes hechos:

1.) Que el acusado fue sorprendido y detenido a las 2.40 horas del día 22 de diciembre de 2000, en la techumbre del inmueble de don Martin Schleef Biava, ubicado en Balmaceda N° 1426 por el funcionario policial Marcos Fernández Villarroel; (convención probatoria consignada en la motivación cuarta letra d) del fallo)

2.) Que a las 2.00 del día 22 de diciembre mencionado, un individuo -el acusado- ingresó por vía no destinada al efecto, al sitio ubicado en calle Balmaceda N° 14236 de Temuco; (considerando 6° inc. 1°)

3.) Que ese individuo, luego, escaló por una de las paredes de la casa, hasta alcanzar su techumbre; (id.)

4.) Que debido al ruido que hizo, fue detectado por los moradores y posteriormente detenido por un funcionario de Carabineros, cerca de una claraboya de vidrio de un metro cuadrado de superficie, ubicada en el plano sur del techo del inmueble; (id.)

5.) Que la altura de este techo, es de once metros, medidos desde el suelo; que las murallas del inmuebles son lisas y que tiene un patio interior; (id.)

6.) De tales hechos acreditados, el mismo tribunal, dedujo que, en la ocasión
" sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse, el acusado sorteó los naturales resguardos del lugar en que se encuentra la casa de Martin Schleef Biava e intentando introducirse a ésta por vía no destinada al efecto. pretendió sustraer especies des interior."
(Consid. 7° inc. 1° in fine)

7.) Además, dedujo que "los bienes y personas que se encontraban en el inmueble ubicado en Balmaceda N° 1426...estuvieron expuestos a resultar dañados por la acción culpable y antijurídica del denunciado..." (Consid. 7° inc 2° in fine);

II) LAS AFIRMACIONES DE LA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO

Conociendo del recurso de nulidad deducido en contra del fallo del Tribunal de Juicio Oral, la Corte de Apelaciones de Temuco dirá en su sentencia de nulidad que:

1) " *...Los hechos del juicio oral, tal como lo establece la propia sentencia en la letra d) del considerando cuarto, consisten en que el día 22 de diciembre del año 2000, alrededor de 0.20 horas, el encausado Marcos Fernando Hernández Villa fue sorprendido en la techumbre de la propiedad ubicada en calle Balmaceda N° 1426 de esta ciudad, después que sus moradores se percataron de su presencia por el ruido que hizo, lugar desde el cual lo bajó un funcionario de Carabineros*

que lo encontró cerca de una claraboya de vidrio de un metro cuadrado de superficie, ubicado en el plano sur del techo del inmueble, cuya altura es de once metros medidos desde el suelo, con murallas que son lisas y un patio interior. " (Consid. 6°)

2) A continuación, la Corte sostiene que "...estos hechos **NO SON CONSTITUTIVOS** de delito de robo con fuerza en lugar habitado en grado de tentativa, toda vez que no se dan los elementos de la descripción típica...y, fundamentalmente, la necesaria apropiación o intento de apropiación de cosa mueble ajena contra la voluntad de su dueño, que es la conducta reprochada básicamente en los delitos como el de la especie.

3) Afirma la Corte que "el sólo hecho de estar en la techumbre de la propiedad **NO PRUEBA EL ESCALAMIENTO, ya que no se ha probado que el acusado haya entrado al lugar donde se encontraban las especies, superando sus resguardos o defensas, debiendo tener presente que el hecho de haber ingresado al patio de la propiedad, con el que se pretende (sic) que habría entrado por vía no destinada al efecto NO RESULTA PROBADO DE MODO ALGUNO EN EL JUICIO...** " (Consid. 8°)

4) Adicionalmente, la misma Corte agrega que "...además de **NO ESTAR ACREDITADO** el escalamiento, la acción ejecutada por el acusado, trepar a la techumbre de la vivienda **NO ES UN ACTO** que demuestre el propósito final de apropiación y que revele, por consiguiente, el dolo directo que requiere el principio de ejecución de la tentativa..." (Consid. 11)

4) Como consecuencia de lo anterior, la Corte estima que se ha configurado la causal de nulidad contemplada en el art. 373 letra b) esto es, que el fallo recurrido " *ha hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido, desde luego, en lo dispositivo (del mismo)...toda vez que mediante dicha aplicación se ha calificado como delito un hecho que la ley no considera como tal...*"

III) LA CAUSAL DE NULIDAD INVOCADA EN FUNCIÓN DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL y LA NATURALEZA DEL RECURSO.

El recurso de nulidad y la prueba.

1) Para analizar la situación producida, es indispensable, a riesgo de la obviedad, reiterar que el sistema del Código Procesal Penal comprende, como suprema garantía de enjuiciamiento, la substanciación de un "juicio previo oral y público".

Esta condición de piedra angular que asume el juicio, se confirma de múltiples formas y en función de diversas disposiciones. Así, es central la declaración contenida en el artículo 1° de dicho Código, con arreglo al cual, toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, pero, en lo que interesa -aptitud referida a la producción de prueba- las norma a recordar son los artículos 296 y 340 inc. 2°, con arreglo a los cuales, respectivamente

1) "La prueba que hubiere servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral y

2) " El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral..."

2) No es difícil coincidir, entonces, en una anticipada conclusión: no existe otra instancia evaluadora, ponderadora de la prueba, que la representada por el juicio oral que se verifica ante el correspondiente Tribunal de Juicio Oral³, potestad que, por la eliminación del recurso de apelación, se sustrajo también de la competencia de los tribunales superiores y, en el caso concreto, de la Corte de Apelaciones.

El atributo identificador del recurso de apelación, éste que el legislador del nuevo Código optó por eliminar como medio de impugnación de las sentencias del Tribunal de Juicio Oral, es que permite revisar hechos y derecho porque, como afirma Hitters⁴, la apelación provoca un nuevo contralor de elementos fácticos y jurídicos, circunstancia totalmente excluida en un recurso de nulidad, como el que la Corte ha fallado o en uno de casación en el fondo.

³ La afirmación no olvida la norma excepcional que consagra la posibilidad de la prueba anticipada.-

⁴ Cfr. Juan C. Hitters "Técnica de los Recursos extraordinarios y De la Casación" Lib Editora Platense.,La Plata 1991. pág. 154.

La idea la reafirma Marcos Libedinsky, al actualizar la obra de Fontecilla, ocasión en la que cita a Fernando de la Rúa en cuanto a que *"...al tribunal de casación sólo le corresponde el control de la aplicación de la ley sustantiva por los tribunales de mérito en una misión que se limita a la revisión del juicio de derecho contenido en la sentencia y que todo lo que se refiera a la determinación del hecho y al ejercicio de poderes discrecionales queda fuera de su ámbito. Añade de la Rúa -en la versión de Libedinsky -que esa tarea de contralor jurídico asignada al tribunal de casación supone el respeto a los hechos fijados en la sentencias y que a este tribunal le está vedado penetrar a la reconstrucción histórica del suceso al cual la norma de derecho es aplicada..."*⁵

Este recurso de nulidad, en cambio, según ya aparece del nombre y lo confirman sus causales, principalmente, defiende la regularidad formal del enjuiciamiento, por vía de alcanzar la INVALIDACION de los actos -incluso de la sentencia- cuando son el resultado de un procedimiento viciado.

IV) EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO RECOGIDO EN EL DE NULIDAD.

Se complementa la caracterización del recurso, reparando en que se ha configurado como causal del mismo, el viejo error in iudicando,⁶ que tendrá lugar cuando el sentenciador desatienda las normas de derecho substancial que dirimen la controversia. Así, el artículo 373 letra b) del Código, autoriza acoger el recurso *"...cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido substancialmente en lo dispositivo del fallo..."*, lo que, manifiestamente, representa el motivo de casación en el fondo que hoy recogen los Códigos de Procedimiento Civil y Penal en los artículos 767 en relación con el art. 772, en el primer caso y el 546 en el segundo.

Me parece extremadamente importante reconocer, por todas las consecuencias que puedan extraerse, que la descripción de la letra b) del artículo 373, corresponde fielmente al motivo de casación en el fondo, impugnación que, a partir de la vigencia de este Código, se confía a la decisión de las Cortes de Apelaciones, en la perspectiva de reformular el rol de la Corte Suprema como órgano de gobierno judicial.

Resolvió la ley, entonces, entregar a las Cortes de Apelaciones las controversias de fondo a que dé origen la aplicación de la ley penal, entendiendo que, las Cortes de Apelaciones están o deberían estar perfectamente capacitadas para dirimirlas. *"...Si tales conflictos tuviesen que ser resueltos siempre en último término por la Corte Suprema, se lee en el Informe del Senado, tal como ocurre en buena medida consecuencia del recurso de casación, se liberaría a las Cortes de Apelaciones de una responsabilidad que deben asumir cabalmente y se haría recaer sobre la Corte Suprema un peso que retrasaría y dificultaría el despacho de los numerosos otros asuntos que reclaman su atención..."*⁷

El legislador quiso dejar testimonio fehaciente de sus motivaciones en función de este recurso de nulidad y ello explica que, refiriéndose al mismo, se lea en las Actas de la Comisión senatorial que es *"...un recurso que apunta a objetivos perfectamente diferenciados:*

*la cautela del racional y justo procedimiento (mediante el pronunciamiento de un tribunal superior sobre si ha habido o no respeto por las garantías básicas en el juicio oral y en la sentencia recaída en él, de forma que si no hubiese sido así, los anule) y el respeto de la correcta aplicación de la ley (elemento que informa el recurso de casación clásico, orientado a que el legislador tenga certeza de que los jueces se van a atener a su mandato) pero ampliado en general a la correcta aplicación del derecho para incorporar también otras fuentes formales integrantes del ordenamiento jurídico..."*⁸

Establecido que la causal de nulidad invocada en la especie, sólo permite que el recurso prospere si se ha cometido error de derecho...puede ya anticiparse una regla que no es sino repetición de cuanto se viene razonando: NO ES PERMITIDO a la Corte, que conoce del recurso de nulidad, **evaluar, valorar o ponderar la prueba**, toda vez que,

⁵ Cfr. Rafael Fontecilla R. " Tratado de Derecho Procesal Penal" 2ª edic. Revisada y actualizada por Marcos Libedinsky Tschorne Edit. Jurídica de Chile.Stgo. 1978.pág 379. Fernando de la Rúa " El recurso de casación en el Derecho Positivo argentino" .págs 104 y sgts).

⁶Sobre este error y su importancia como motivo de casación, cfr. Piero Calamandrei "La distinción entre error in iudicando y error in procedendo" en Estudios de Derecho Procesal Civil. Bibliográfica OMEBA Bs.Aires. 19...pág 165 a 180;)

⁷ Cfr Cfr .Boletín N° 1.630-07 Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal. pág 23.

⁸ Id. pág.22.

esta actividad representa un poder exclusivo y excluyente del tribunal de juicio oral y la nulidad no constituye una apelación.

Literalmente, si la Corte asumiera este proceder, desconocería la suprema garantía conferida por el ordenamiento procesal penal a los sujetos: el juzgamiento en juicio oral, toda vez que nadie ignora que éste exhibe como principal característica recibir la prueba, permitiendo a los jueces formarse convicción por la interactuación de todos sus sentidos⁹

Sólo en afán de eliminar cualquier atisbo de duda, agrego que la "errónea aplicación del derecho" a que se refiere la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, no obstante la amplitud que le confiere la referencia al "derecho" en reemplazo de la antigua alusión a "la ley", no puede jamás alcanzar a representar un control sobre el modo como se ponderó la prueba, toda vez que el régimen del Código, con sus referencias a la Lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos, no representa sino el tradicional estatuto de la sana crítica, que por definición y conformación, escapa a una censura desde la perspectiva tradicional de la prueba legal o tasada.

Adicionalmente debe traerse a colación la uniforme y reiteradísima jurisprudencia de la Corte Suprema que en materia penal, refiriéndose a las potestades de los jueces del fondo, esto es, los de la instancia y a las de los jueces de casación, actuando sobre una misma norma y, al final, sobre un idéntico principio, invariablemente sostuvo:

" Al (tribunal de casación o al tribunal de la nulidad, agregaríamos nosotros) le está vedado entrar a examinar, ponderar o aquilatar los medios probatorios mismos ya justipreciados por los jueces de la instancia en el ejercicio de sus facultades propias y soberanas y a revisar las conclusiones a que éstos hayan llegado al respecto porque ello escapa a su control, y porque el hacerlo significaría desnaturalizar el recurso y convertirlo en una tercera instancia no consultada por la ley..."¹⁰

Autolimitándose, con gran valor, la misma Corte ha reconocido que *"...aunque se haya repetido muchas veces, debe decirlo todavía el tribunal, que el análisis de la prueba corresponde a los jueces de la instancia...el desempeño de esta tarea, más que a la ley, queda entregado a la "sana razón " y a la conciencia de los jueces dirigidos una y otra al establecimiento de la verdad.. los procesos mentales del sentenciador escapan al dominio de la ley. Los errores que en este terreno se cometan producirán un mal fallo, pero quedan al margen del recurso de casación..."¹¹*

El legislador del Código tuvo perfectamente claro el punto y no vaciló en dejar establecido su criterio para ayudar al intérprete que dudara: refiriéndose al "recurso extraordinario" que incorporó la Cámara de Diputados en el primer trámite legislativo -para determinar si los jueces apreciaron adecuadamente la prueba - y que más tarde fuera reemplazado por el de nulidad, tras consignar que en un régimen de prueba en que al juez no se imponen otras limitaciones que las que arrancan del acatamiento a las reglas de la lógica formal, de las máximas de experiencia y los conocimientos científicos afianzados, la Comisión del Senado sostiene que *"...si se apreció bien o se apreció mal, la prueba, por tanto, NO ES UN ASPECTO QUE ESTE SUJETO AL CONTROL DE UN TRIBUNAL SUPERIOR (énfasis agregado). Otra cosa es la revisión que éste puede hacer acerca de la relación lógica entre la valoración de la prueba que los sentenciadores hacen y las conclusiones a que llegan en su fallo "*¹²

Así, ya puede clarificarse que en estas materias, el recurso de nulidad no aporta novedades: establecido QUE NO SE TRATA DE UNA APELACION, lo que importa afirmar que ha quedado vedado el control acerca de la apreciación de la prueba o, lo que es lo mismo, que el tribunal ad quem no puede efectuar su propia valoración del material probatorio, a fin de establecer hechos diversos a los consignados en el fallo del a quo, resultará que, invocada la causal contemplada en la letra b) del art. 373, la Corte sólo está autorizada para determinar si respecto de los hechos inamoviblemente sentados por el tribunal de juicio oral, se ha efectuado por éste una adecuada o correcta aplicación del derecho.

⁹ De allí que alguna vez, haya afirmado que la denominación de "juicio oral" es insuficiente porque no representa cabalmente la circunstancia de aprehender el juez las circunstancias del thema decidendum con todos sus sentidos y no, meramente, con el oído. Cfr Raúl Tavolari Oliveros. "La oralidad en el Proceso Civil de América Latina de Cara al Nuevo Milenio (¿Réquiem a la Ciencia Procesal?)" en "Relatorias y Ponencias Sobre Derecho Procesal". Jornadas XVII Iberoamericanas de Derecho Procesal. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. San José de C.R. Octubre de 2000 tomo I. págs 509 a 527.

¹⁰ C. Suprema 26 de abril de 1965.Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 62. secc 48. pág 79 9 C. Suprema. 12.8.1950. Gaceta 1950.2° sem. N° 54 pág. 378.

¹¹ C. Suprema. 12.8.1950. 2° sem. N° 54 pág. 378.

¹² Boletín e Informe cit. Pág 23.

Concretamente, corresponderá anular el fallo, por aplicación del motivo señalado, si probado, en concepto de la sentencia recurrida, que un sujeto, con ánimo de lucrarse se apropió de cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño, el sentenciador del juicio oral, sostiene que tales hechos no constituyen un delito penal sancionado por la ley.

Lo que escapa totalmente a la competencia de la Corte, es determinar si la cosa era o no mueble: si concurrió o no voluntad del dueño: si la cosa era o no ajena: si existió o no ánimo de lucro.

Estas constituyen las circunstancias fácticas sometidas al enjuiciamiento y, como se anticipó, son inamovibles para la Corte así no más sea, porque el Código dispone que la convicción del tribunal que dicta sentencia sólo puede formarse con la prueba producida en el juicio oral,¹³ juicio al que **LOS MINISTROS DE LA CORTE NO ASISTIERON**...aunque esto resulte obvio.

Es que **si los jueces de la Corte cambiaran los hechos fijados por los del tribunal de juicio oral, estaríamos en presencia de hechos determinados a través del mérito de actas escritas y no por la aprehensión sensorial del mérito probatorio de las pruebas producidas, lo que constituye la real garantía del juicio oral...!**

V) LAS HIPÓTESIS DE DICTACIÓN DE SENTENCIA DE REEMPLAZO EN ABONO A LO QUE SE AFIRMA Y COMO ELEMENTOS ENJUICIADORES DEL FALLO DE LA CORTE.

Es sabido que siempre en el ánimo de realzar la enorme trascendencia que se confiere en el nuevo enjuiciamiento penal, al juicio oral, el principio general, consagrado en el artículo 385, consiste en que acogido el recurso, esto es, anulada la sentencia, se enviarán los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral (el viejo renvoi del derecho francés)

Me ha parecido que se esconde aquí una suerte de implícita intimidación a las Cortes a fin de disuadirlas de acoger recursos de nulidad, porque -es el razonamiento- en conocimiento de lo difícil y costoso en recursos financieros, humanos, materiales y de tiempo que es un juicio oral, la Corte lo pensará dos veces antes de anular sin muy serios motivos la sentencia recurrida.

Establecido que la regla general consiste en que NO hay sentencia de reemplazo, es preciso reconocer la situación de excepción, consagrada en el art. 385 y representada por la posibilidad de que se autorice el pronunciamiento de semejante fallo cuando, a favor del acusado se haya deducido un recurso de nulidad y la Corte estime, para acogerlo:

- a) Que el fallo calificó de delito un hecho que la ley no considerare tal;
 - b) Que el fallo aplicó pena cuando no procediere aplicar pena alguna o
- 1) Finalmente, que se impuso una superior a la legalmente precedente

Corresponde, en función de lo expuesto, determinar si, en la especie, concurría una de las circunstancias bajo las cuales, excepcionalmente, autoriza la ley para que la Corte dicte sentencia de reemplazo. Expuestas, como han quedado las hipótesis y teniendo presente que en su parte dispositiva, para anular el fallo recurrido, la Corte afirma que *"mediante [una errónea] aplicación [del derecho] se ha calificado como delito un hecho que la ley no considera como tal"*, sólo puede concluirse que se ha producido una confusión o una simple declaración voluntarista.

En efecto, **NO ES EFECTIVO, que el tribunal de juicio oral haya calificado de delito un hecho que la ley no considera tal**: por el contrario, este tribunal aplicó la pena respecto de un hecho que él creyó que es un delito sancionado por la ley o, si se prefiere, lo que ha acontecido es que el hecho que el tribunal de juicio oral dió por probado, la Corte estima que no fue probado.

En síntesis, lo que resulta de los antecedentes, es que la **CORTE estima que el hecho probado no constituye delito**, pero para que esta situación pudiera constituir la hipótesis de anulación y dictación de sentencia de reemplazo, lo que debería haber ocurrido es que el tribunal de juicio oral hubiere tenido por probado un hecho no sancionado por la ley penal y que, de todas formas, hubiere impuesto sanción por él.

¹³ El art 296 del Código Procesal Penal sostiene que *"...la prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral...* y el art 340 inc. 2 agrega que *"...el tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral..."*

Quero expresar así, que no estando la Corte autorizada para cambiar la valoración de la **prueba, debe tomar los hechos en la forma en Que vienen establecidos por el tribunal juicio oral** y respecto de tales hechos puede ella emitir una calificación jurídica diversa. Así, si el tribunal de juicio oral da por establecido que una persona no saludó a otra y le aplica una sanción por estimar que se trata de un delito penal, la Corte podrá anular el fallo, porque la conducta acreditada no constituye delito.

VI) LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS

De conformidad a lo prevenido en el art. 440 del Código penal, la penalidad del robo con fuerza en las cosas, varía de acuerdo a la modalidad material utilizada para alcanzar el propósito apropiatorio. De esta forma, se consagran en la ley las alternativas de la materialización a través de escalamiento, definido como la entrada por vía no destinada al efecto, por forado o con rompimiento de pared o techos, o fractura de puertas o ventanas; o haciéndose uso de llaves falsas o verdaderas que hubieren sido sustraídas; de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar al lugar y, todavía, la posibilidad de la entrada al lugar mediante la deducción de algún doméstico o a favor de nombres supuestos o simulación de autoridad.(art. 440 Números 1),2) y 3)

Se trata de exactas precisiones fácticas que acatan el mandato constitucional contenido en el inciso final del N° 3 del art. 19 de la Constitución¹⁴ y que, como tales, corresponde establecer a los jueces del fondo. Así, será el tribunal de juicio oral el que declare si se probó en la causa el acceso al lugar del robo, por el uso de llaves falsas o verdaderas sustraídas; si existió no, fractura de puertas o ventanas si la introducción fue -o no -el resultado de la seducción de doméstico y, desde luego, si en la especie hubo o no, escalamiento, en cualesquiera de sus modalidades (entrada por forado; con rompimiento de pared, con fractura de puertas o ventanas, etc) No admite discusión, entonces, que el acreditamiento de estas circunstancias de hecho que representan las modalidades del robo con fuerza, son de competencia de ese tribunal de juicio oral o, lo que es lo mismo, que escapa a las atribuciones de la Corte que conoce del recurso de nulidad, asumir ella la tarea o enmendar las decisiones que, al efecto, hubiere emitido en su fallo el a quo.

VII) LA SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO Y EL RECURSO SOMETIDO A SU, DECISION.

La lectura de la sentencia de la Corte de Temuco, demuestra que ésta no pudo sustraerse a desempeñar su rol tradicional de tribunal de apelaciones, afirmación comprobable con la sola constatación del modo desembozado en que la Corte modifica el establecimiento de las circunstancias de hecho consignadas en la sentencia del tribunal del juicio oral. Expreso de este modo, que el inaceptable error de la Corte, ha consistido en sentirse llamada a controlar el establecimiento de los hechos que los jueces del fondo efectuaron a través de su excluyente facultad de apreciar la prueba, como demostraré.

1ª Cuestión de hecho en discusión

¿Hubo escalamiento, esto es, entrada al lugar del robo por vía no destinada al efecto, por forado o con rompimiento de pared o techos, o fractura de puertas o ventanas, como lo exige el art. 440 N° 1 del Código Penal?

RESPUESTA AFIRMATIVA DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL

- 1) El tribunal de juicio oral afirma que está acreditado que "alrededor de las 02.00 horas, un individuo ingresó por vía no destinada al efecto, al sitio ubicado en calle Balmaceda N° 1426 de esta ciudad..." (consid. 6°), vale decir, responde afirmativamente a la interrogante;

RESPUESTA NEGATIVA DE LA CORTE DE APELACIONES

¹⁴ " Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella..."

1) La Corte, en cambio, afirma que "el sólo hecho de estar en la techumbre de la propiedad NO PRUEBA el escalamiento, ya que no se ha probado que el acusado haya entrado al lugar en que se encontraban las especies..." (Consid. 8 de la sentencia de nulidad), esto es, contesta negativamente a la pregunta.¹⁵

Este sólo análisis precedente, es suficiente para demostrar cómo la Corte vulneró las limitaciones que le impone el conocimiento y fallo del recurso de nulidad, a través de la causal de la letra b) del art. 374, toda vez que ella NO ESTA AUTORIZADA para declarar que no está probado lo que el tribunal de juicio oral declaró estar probado...

2ª Cuestión de hecho en discusión

¿Hubo ánimo de apropiación o sustracción por parte del acusado?

RESPUESTA AFIRMATIVA DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL.

1) **Respondiendo afirmativamente** a la interrogante, el tribunal de juicio oral afirma que "*los hechos, están tipificados [en los arts. 432 y 440] toda vez que " de madrugada y mientras los moradores dormían, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse, un sujeto sorteó los naturales resguardos del lugar en que se encuentra la casa de Martín Schleef Biava e intentando introducirse a ésta por vía no destinada al efecto, pretendió sustraer especies desde su interior...*"(Consid.7 inc. 2º)

RESPUESTA NEGATIVA DE LA CORTE DE APELACIONES

1) **Respondiendo negativamente** a la interrogante, la Corte afirma que "*además de no estar acreditado el escalamiento [ése que el tribunal del juicio oral dio por probado...!] la acción ejecutada por el acusado, trepar a la techumbre de la vivienda no es un acto directo que demuestre el propósito final de apropiación..*" (Consid. 11 de la sentencia de nulidad).

Se comprueba, una vez más como la Corte, ante la declaración del tribunal de juicio oral, de encontrarse acreditada una circunstancia fáctica -el ánimo o propósito de apropiación - desconoce la conclusión del a quo e introduce su propia conclusión, resultante de una diferente apreciación del material probatorio que viene consignado en las actas del juicio oral... o, en otros términos, declara no estar probado, aquello que ese tribunal declaró estarlo !

VIII) CONCLUSIONES

1) Determinar los hechos que resultan o no acreditados en el juicio oral, es atribución exclusiva y excluyente del tribunal de juicio oral;

2) La Corte que conoce de un recurso de nulidad, no puede modificar el establecimiento de tales hechos, sin vulnerar lo dispuesto en los arts. 296, 340 y 373 letra b) del Código Procesal Penal;

3)Al declarar que no está acreditado el escalamiento y que lo hechos no demuestran ánimo o intención de apropiación, modificando las decisiones que en sentido contrario se formulan en la sentencia recurrida, la Corte de Apelaciones de Temuco se ha excedido de la competencia que le otorga el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal para conocer y fallar de un recurso de nulidad;¹⁶

¹⁵ Concretamente, la Corte dirá -como en su momento se recordó "**..que NO SE HA PROBADO que el acusado haya entrado al lugar donde se encontraban las especies, superando sus resguardos o defensas, debiendo tener presente que el hecho de haber ingresado al patio de la propiedad, con el que se pretende (sic) que habría entrado por vía no destinada al efecto NO RESULTA PROBADO DE MODO ALGUNO EN EL JUICIO...**"

¹⁶ Al concluir estas líneas, no puedo dejar de expresar más que mi inquietud, francamente mi alarma, ante la posibilidad que criterios interpretativos como el sustentado por la Corte de Apelaciones de Temuco, en el caso en informe, puedan prosperar; es que a nadie escapará que de ocurrir así, se habrá desvanecido no sólo la garantía del juicio oral sino el régimen de producción y valoración de la prueba, definitivamente sustituido por análisis de personas que NO asistieron al juicio y que adquieren conocimiento por actas... vale decir, se restablecería el fenomenal defecto del sistema vigente para reparar el cual se han efectuado las modificaciones legales En palabras de Beling, privilegiar la decisión del tribunal menos informado por sobre la decisión del tribunal más informado! ¿RIP para la Reforma Procesal Penal...?

En sentido igual al que expongo, transcribo un párrafo de una reciente editorial del diario El Mercurio de Santiago: "...Habría sido muy grave que el tribunal de alzada considerara el recurso de nulidad como un mero equivalente, bajo otro rótulo, de una apelación. Esto último significaría que la Corte entrara a valorar la prueba -es decir, los hechos ya ponderados por el tribunal oral- , y lo hiciera por la única vía abierta para él, cual sería un estudio del expediente para ese efecto. Eso habría sentado un pésimo precedente, con la peor combinación posible de los viejos y nuevos instrumentos. Para

4) Sólo puede dictarse sentencia de reemplazo, como consecuencia de haberse anulado la del tribunal de juicio oral, si éste hubiere calificado de delito un hecho que la ley no considerare tal;

5) En la especie, en cambio, el tribunal de juicio oral dio por probado un hecho que, sin lugar a dudas está sancionado en la ley penal como delito y la Corte, haciendo su propia valoración de las pruebas, llegó al convencimiento de que el hecho no estaba probado.

6) No concurren, en el caso en análisis, las circunstancias fácticas y jurídicas que autorizan a acoger el recurso de nulidad y a dictar sentencia de reemplazo y el fallo que declara lo contrario, infringe gravemente la normativa y es manifiestamente abusivo.

7) La mejor explicación radica en que las Cortes de Apelaciones no tienen hábito de actuar de tribunales de casación y no consiguen despojarse aún, de su estatuto de tribunal revisor de hecho y derecho;

8) En consecuencia, la sentencia que se comenta vulnera severamente la normativa vigente; contraría el espíritu que informa el establecimiento de los tribunales de juicio oral que han de conocer del juicio penal y trastoca el sistema recursivo al otorgar al recurso de nulidad una extensión de que carece.

Es cuanto puedo informar a Ud., al tenor de lo solicitado.

ponderar hechos, pretendiendo establecerlos a partir de un legajo de documentos, sin el marco de inmediatez que se da en el juicio contradictorio, el tribunal de alzada no tiene ventaja alguna sobre el oral. De generalizarse tal criterio, no se justificaría el inmenso esfuerzo material e institucional de la reforma. El tribunal de alzada sólo podría abocarse a la determinación de hechos si el tribunal oral los hubiese ponderado mediante métodos no contemplados por la ley; un ejemplo de laboratorio para ilustrar tal situación se daría si el tribunal desestimase la versión de un testigo en razón de su raza. Así entendido en su recto alcance, el 90 por ciento de los recursos de nulidad debería conducir a la nulidad del juicio, no de la sentencia. **Si las Cortes sentaran la jurisprudencia de que pueden entrar a leer el expediente para pronunciarse sobre la credibilidad de la prueba, la reforma procesal penal se encaminaría a su fracaso...**"

- **Sentencia del Tribunal de Juicio Oral de Temuco:**

Temuco, primero de junio de dos mil uno.

PRIMERO: Que, con fecha veintiocho de mayo de dos mil uno, ante esta Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de esta ciudad, constituida por el Juez presidente don Leopoldo Vera Muñoz y los Jueces Erasmo Sepúlveda Vidal y Jorge González Salazar, se llevo a efecto la audiencia del juicio oral relativa a los autos rol interno N° 002-2001, seguido en contra de MARCOS FERNANDO HERNÁNDEZ VILLA, de 17 años, RUN N° 15.653.280-0, estudiante, domiciliado en calle Vicente Petersen N° 325, comuna de Padre las Casas, soltero, condenado anteriormente en causa rol N° 48.888 por el Tercer del Juzgado del Crimen de esta ciudad. como autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo y accesorias, pena que se dio por cumplida por el mayor tiempo que permaneció privado de libertad.

Fue parte acusadora el Ministerio Público, domiciliado en Aldunate en N° 51 de esta ciudad, representado por la Fiscal señorita Caria Hernández Gutiérrez y por el Fiscal adjunto don Rodrigo Mena Vogel.

La defensa del acusado estuvo a cargo de 105 abogados de la Defensoría Penal Pública don José Martínez Ríos y don Gonzalo Cruz Gutiérrez, domiciliados en avenida Prieto Norte N° 333.

SEGUNDO: Que los hechos materia de la acusación, según el auto de apertura del juicio oral, ocurrieron alrededor de las 02:40 hrs. del día 22 de diciembre del 2000, en circunstancias que don Martín Schleef Biava dormía en el primer piso de su domicilio, ubicado en avenida Balmaceda N° 1426 de esta ciudad, fue alertado por su yerno Rubén Versara Pino, quien lo hacía en el segundo piso del citado inmueble, que desconocidos se desplazaban por la techumbre del segundo piso de la casa, por lo que se contactó con la Central de Comunicaciones de carabineros, los que se constituyeron en el lugar sorprendiendo el cabo segundo Marcos Fernández Villarroel al imputado MARCOS FERNANDO HERNANDEZ VILLA en la techumbre antes referida, cerca de una claraboya y procediendo a su detención; que estos hechos tipifican el delito de robo con fuerza en las cosas, efectuado en lugar habitado, en grado de tentativa, sancionado en los artículos 440 N°1 en relación a los artículos 444 y 450 inciso primero, todos del Código Penal, perpetrado en calidad de autor por el señalado acusado de acuerdo a lo previsto en el artículo 15 N° 1 del cuerpo legal precitado.

TERCERO: Que, por su parte, la defensa del acusado solicitó su absolución fundado en que el día y hora de los hechos Marcos Hernández Villa fue atacado y perseguido por dos sujetos cuando, proveniente de una fiesta en una casa de calle Valparaíso se desplazaba por la avenida Balmaceda hacia calle General Mackena con el objeto de abordar un vehículo colectivo que lo llevara hasta su domicilio ubicado en la comuna de Padre las Casas y, que para ponerse a salvo de sus agresores, trepó hasta la techumbre de la casa del ofendido. Agregó que el acusado fue detenido sin haberse encontrado en su poder ninguna herramienta o instrumento idóneo para cometer el delito por el cual se le acusa, que desde el momento que fue alertado carabineros hasta el de su detención transcurrió un tiempo prudente que le habría permitido huir, lo que no hizo: terminó señalando que no concurren los elementos de fuerza en las cosas, materializado por el escalamiento exigido por el artículo 440 N°1 y la presunción del artículo 444, ambos del Código Penal, debido a que el acusado, en ningún caso, entró al lugar del hecho.

CUARTO: Que, son hechos no controvertidos en la causa, por haber sido materia de convención probatoria los siguientes: a) Que MARCOS FERNÁNDEZ VILLA nació el día 02 de julio de 1983; b) Que, por resolución que se encuentra ejecutoriado, en causa rol N° 22.214 del Primer Juzgado de Menores de Temuco se declaró que el acusado obró con discernimiento en estos hechos; c) Que el imputado fue condenado en causa rol N° 48.888 del Tercer Juzgado del Crimen de esta ciudad, como autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo y accesorias, sanción que se dio por cumplida con el mayor tiempo que permaneció privado de libertad; d) Que el acusado, el día y hora antes señalados, fue sorprendido y detenido en la techumbre del inmueble de don Martín Schleef Biava, ubicado en Balmaceda N° 1426 por el funcionario policial Marcos Fernández Villarroel y e) El hecho de que fue emitido un informe presentencial para los efectos de la letra c) del artículo 15 de la Ley N° 18.216 respecto del acusado.

QUINTO: Que el delito materia de la acusación de la Fiscalía exige, entre otros requisitos, el elemento fuerza en las cosas.

Que el Ministerio Público, con la finalidad de acreditar su versión, produjo el testimonio de los siguientes testigos:

a) Don Martín Schleef Biava, quien señaló que alrededor de las 02,40 hrs. del 22 de diciembre del 2000, en circunstancias que dormía en su dormitorio ubicado en el primer piso de su casa habitación de calle Balmaceda N° 1426, de esta ciudad, bajó su yerno con su hija y le dijeron que andaba una persona arriba del techo, que lo

había visto por la sombra en la claraboya: esta es de vidrio y de aproximadamente un metro cuadrado (de superficie); que llamó a Carabineros al fono 133; llegó una patrulla; le preguntaron cómo se podía subir al techo así es que los llevó al patio y le pusieron una escalera y el carabinero subió y bajó a un joven. Agregó que su casa tiene una altura de once metros, que la iluminación es muy buena por calle Balmaceda y que en el patio tiene luz. Reconoció al acusado Marcos Hernández señalándolo como el joven que el carabinero bajó del techo. Requerido por la defensa describió su casa: es alta, tiene frente de cemento, ladrillo en un costado y madera en el otro; con los vecinos deslinda por las paredes de la misma casa, no hay cerco divisorio en estas; tiene un patio de 50 (metros) de fondo. En cuanto al tragaluz, está en la mitad de la casa, en el techo, no se puede ver desde la calle. Preciso que la casa está orientada de norte a sur y la claraboya está en la pendiente que da hacia el sur, que es fija, no abatible, aunque es fácil sacar los vidrios que están con masilla y que en el segundo piso hay un dormitorio.

b) Don Rubén Vergara Pino, refirió que en la madrugada del día 22 de diciembre de 2000 estaba descansando junto a su señora en su dormitorio del segundo piso de la casa habitación ubicada en calle Balmaceda N° 1426; que a las 02,30 o 2,45 horas sintieron ruidos en el techo -supuestamente una caminata- y vieron una sombra por el tragaluz; sin encender ninguna luz y con cautela bajaron al primer piso y comunicaron a su suegro lo que ocurría. Este llamó al fono 133 de Carabineros; que en pocos minutos llegaron los policías. El estaba en la puerta trasera del patio cuando aquellos llegaron, estos ingresaron al patio del domicilio y solicitaron una escalera para subir al techo; el carabinero más joven, premunido de una linterna subió al techo, circuló por este y luego vieron que traía del brazo a un joven, al que bajó hasta el patio y se lo llevaron en un carro. Agregó que él vio al joven cuando lo bajaron y preguntado por la señorita Fiscal si podría reconocerlo respondió afirmativamente, señalando al acusado Marcos Hernández. Manifestó que en la techumbre de la parte interior del inmueble existe una claraboya de un metro cuadrado de superficie, de vidrio fijo, adherido con masilla, la que comunica con su dormitorio y que la casa registra una altura de ocho metros, considerada desde el suelo.

c) Don Marcos Fernández Villarroel, quien es Cabo 2° de Carabineros. El día de los hechos se encontraba de servicio en tercer turno en un carro policial. Atendiendo a un llamado de la Central de comunicaciones se constituyó en el inmueble de calle Balmaceda N° 1426. Se trata de una casa habitación de dos pisos, de aproximadamente 8 a 10 metros de altura, con frontis de

cemento, murallas lisas, de difícil acceso. Se dirigió a la entrada del inmueble, donde estaba el señor Schleef, quien les dijo que en el techo se encontraba una persona. Después de observar el inmueble le preguntó por dónde podía acceder y les condujo a la parte posterior del patio, donde se encontraba su yerno esperándoles. Después de observar bien el lugar les preguntó por dónde podía acceder más rápido; le trajeron una escalera por la que subió al primer techo y luego al segundo; llevaba una linterna y sorprendió a una persona joven tendida en posición decúbito abdominal. A la distancia de 1,5 a 2 metros de donde este se encontraba había un tragaluz de vidrio de aproximadamente 0,50 m. por 0,70 m. A la pregunta pertinente, manifestó que en ningún momento mencionó que hubiese personas persiguiéndolo ni pidió ayuda. Requerido por la Srta. Fiscal reconoció al acusado como el joven al que se ha referido en su declaración. A la pregunta de la defensa señaló que la claraboya no estaba forzada y que el acusado no portaba herramientas o elementos con los cuales hacerlo; tampoco dijo cómo había llegado hasta ese lugar.

SEXTO: Que los atestados expuestos en la motivación precedente provienen de personas que presenciaron los hechos a que se refirieron, que impresionaron a los jueces como capaces de percibirlos y de apreciarlos con sus sentidos, razón por la cual aparecen como veraces y creíbles, y por la descripción que proporcionaron respecto de la casa, especialmente la altura de sus paredes y extensión del patio posterior que hay tras ella, valorados con libertad, permiten tener por acreditado que alrededor de las 02,00 horas del día 22 de diciembre último, un individuo ingresó por vía no destinada al efecto al sitio ubicado en calle Balmaceda N° 1426 de esta ciudad y luego, por una de las paredes de la casa, escaló hasta alcanzar la techumbre de esta; que debido al ruido que hizo fue detectado por sus moradores y posteriormente fue detenido por un funcionario de Carabineros que lo encontró cerca de una claraboya de vidrio de un metro cuadrado de superficie, ubicada en el plano sur del techo del inmueble, cuya altura es de once metros medidos desde el suelo, con murallas que son lisas y un patio interior.

Los hechos antes descritos son constitutivos del requisito del tipo penal "fuerzas en las cosas", la que se entiende que concurre cuando se utiliza como recurso necesario para superar los obstáculos que se oponen al apoderamiento, y cuando hay fuerza en las cosas hay robo. Esta apreciación está dada por el hecho de que el imputado, para apropiarse de la especie tiene que actuar en forma distinta de la que emplearía el dueño para tomarla: el primero tiene que forzar, romper, destruir la defensa de la cosa, y eso es precisamente la fuerza en las cosas. En la especie, se debe entender también

como "fuerza" el hecho de haber penetrado el acusado al patio circundante de la casa, para escalar o trepar luego hasta la techumbre del inmueble con el objeto de superar los resguardos de este e ingresar a su interior, propósito que no logró consumar por haber sido sorprendido por los moradores del inmueble.

SEPTIMO: Que los hechos descritos en el fundamento anterior tipifican el delito de robo, cometido con escalamiento, en lugar habitado, -previsto en el artículo 432 del Código Penal y sancionado por el artículo 440 del mencionado cuerpo legal con pena de presidio mayor en su grado mínimo, en grado de tentativa toda vez que, de madrugada y mientras los moradores dormían, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse, un sujeto sorteó los naturales resguardos del lugar en que se encuentra la casa de Martín Schleef Biava, e intentando introducirse a ésta por vía no destinada al efecto, pretendió sustraer especies desde su interior.

En efecto, si bien con la tentativa no llega a producirse un evento dañoso, su punibilidad y más aún, el encuadramiento típico de la conducta truncada, depende esencialmente del propósito perseguido por el hechor, el cual es posible deducir a partir de las circunstancias del caso; así, el dolo directo aparece, en consecuencia, como el elemento subjetivo propio de las formas imperfectas del delito, cuya punibilidad se fundamenta en el peligro corrido por determinados bienes jurídicos, que en el caso en análisis, lo representan los bienes y personas que se encontraban en el inmueble ubicado en Balmaceda N° 1426, los que estuvieron expuestos a resultar dañados por la acción culpable y antijurídica del denunciado.

OCTAVO: Que en el transcurso de la audiencia del presente juicio, el acusado Marcos Fernando Hernández Villa guardó silencio, esto es, se abstuvo de prestar declaración y su defensa, como ya se dejó asentado, pretendió justificar la conducta de aquél basada en que se vio forzado a buscar protección pues fue interceptado por varios sujetos que le pidieron dinero y fue agredido por uno de ellos, pero este aserto no ha sido acreditado por prueba alguna ni es posible desprenderlo tampoco de los elementos de juicio suministrados al tribunal.

Contra esa argumentación se oponen hechos concretos, reales, probados y aceptados por la defensa: el acusado se encontraba, efectivamente, sobre el techo de la morada de Martín Schleef Biava en la ocasión ya citada y por esa razón fue detenido. Es de toda lógica suponer que para llegar hasta allí primeramente debió ingresar al terreno circundante de la casa, venciendo los resguardos que la rodean y separan, ya sea de la calle, ya de las propiedades vecinas ubicadas tanto en los costados

como, en la parte posterior, y luego de buscar la pared más adecuada, escaló hasta el techo. Estos hechos son directos y propios para acercar al hechor hasta cosas susceptibles de sustracción y no logró consumar su propósito porque en el inmueble al cual pretendió entrar había moradores y lo denunciaron a la policía.

De este modo, los elementos probatorios producidos por el Ministerio Público durante la audiencia, ponderados en la forma que autoriza el artículo 297 del Código Procesal Penal, permiten tener por comprobada la participación que como autor le cupo a Marcos Fernando Hernández Villa en el delito de robo anteriormente descrito, materia de la acusación, por haber intervenido en su ejecución de una manera inmediata y directa, rechazándose de consiguiente la petición de absolución impetrada por su defensa, basada en que no se acreditó dicha participación y responsabilidad.

NOVENO: Que pese a encontrarse el delito anteriormente descrito en grado de tentativa, se castigará como consumado, de conformidad a lo establecido en el inciso primero del artículo 450 del Código Penal.

DECIMO: Que, conforme a lo expuesto, la pena asignada por la ley al delito de que se trata es de presidio mayor en su grado mínimo y en conformidad a lo prevenido por el artículo 72 del Código Penal ha de imponerse al acusado la pena inferior en grado al mínimo ya señalado, por cuanto a la fecha de cometerlo tenía menos de dieciocho años de edad y mediante resolución de Primer Juzgado de Letras de Menores de esta ciudad se declaró que obró con discernimiento en su ejecución, según consta del documento aportado por la Fiscalía e ingresado como evidencia N° 1.

UNDECIMO: Que Marcos Fernando Hernández Villa fue condenado por sentencia ejecutoriada dictada en la causa rol N° 48.688 del Tercer Juzgado del Crimen de esta ciudad a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, como autor del delito de robo con fuerza en las cosas perpetrado el 26 de octubre de 1991 pena que se le dio por cumplida. Tales hechos fueron objeto de convención probatoria entre los intervinientes y constan, por lo demás, del extracto de filiación y antecedentes del acusado y del certificado expedido por el Archivero judicial, documentos acompañados por el Ministerio Público durante la audiencia; estos antecedentes permiten configurar respecto del acusado la circunstancia agravante de responsabilidad prevista en el N° 16 del artículo 12 del Código Penal.

DUODECIMO: Que, por la forma en que se ha razonado, la pena que corresponde aplicar en la especie es de

presidio menor en su grado máximo, y en conformidad a lo prevenido por el artículo 67 del Código Penal, al concurrir una circunstancia agravante, sin que al acusado le beneficien atenuantes, el tribunal la aplicará en su máximo, en la extensión que más adelante se indicará.

DECIMO TERCERO: Que, como se ha señalados los sentenciadores han apreciado la prueba rendida en conformidad a las normas previstas en el artículo 297 del Código Procesal Penal, cuya vigencia en la Novena Región se cumple en virtud de lo dispuesto por el artículo 484 del mismo cuerpo legal, entendiéndose derogado el artículo 59 de la ley 11.6251 que autorizaba a apreciar en conciencia la prueba producida para establecer delitos contra la propiedad.

Por estas consideraciones, y visto además lo dispuesto por los artículos 1, 7 inciso 39, 12 N° 16, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 21, 24, 26, 29, 50, 67, 432, 440 y 451 del Código Penal; artículos 47, 295, 296, 297, 340, 342, 344, 346 y 348, del Código Procesal Penal se declara:

Que se condena a MARCOS FERNANDO HERNANDEZ VILLA, ya individualizado, a sufrir la pena de CUATRO AÑOS y UN DIA de presidio menor en su grado máximo, accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras dure la condena y al pago de las costas del procedimiento, en su condición de autor del delito de robo con fuerza en las cosas, en grado de tentativa, en lugar habitado, a Martin Schleeff Biava, perpetrado en la comuna de Temuco, en la madrugada del 22 de diciembre de 2000.

El sentenciado cumplirá la sanción impuesta desde que se presente o sea habido, sirviéndole de abono los 100 días que estuvo privado de libertad por esta causa, el 22 de diciembre de 2000; el lapso comprendido entre el 23 de enero y el 30 de abril de 2001, según consta del auto de apertura de juicio oral, y día 30 del mes pasado, según consta del parte policial de la Policía de Investigaciones y registro de la audiencia realizada ante este tribunal el mencionado día, sin que proceda concederle beneficio alternativo alguno de los previstos por la ley 18.216, en atención a la extensión de la pena impuesta.

Ejecutoriado que sea este fallo, dése cumplimiento riguroso a lo ordenado por 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, a quien se le adjuntará en su oportunidad copia de esta sentencia, con certificación de encontrarse ejecutoriada.

Devuélvase a la Fiscalía la documentación acompañada durante la audiencia, signadas como evidencias N°s. 1, 2, 3 y 4.

Acordada contra el voto del juez titular don Jorge González Salazar., quien fue de parecer de absolver al acusado Marcos Fernando Hernández Villa en virtud de los siguientes fundamentos:

a) Que el robo con fuerza en las cosas es un delito que se caracteriza "por el empleo de energía para vencer una especial protección de que la cosa apropiada ésta revestida, y en consecuenencial la fuerza se ejerce sobre su defensa o resguardo de la cosa sustraídas, y su mayor pena esta establecida por su peligrosidad y decisión para cometer el delito.

b) Que, dicha fuerza no puede ser cualquier tipo de energía desarrollada para vencer las defensas por las cuales esta protegida la cosa, sino que debe el acusado desarrollar algunas de las acciones que la ley ha descrito y enumerado taxativamente, en artículo 440 del Código Penal para superar la protección del bien y, específicamente en el caso en cuestión el escalamiento. Que, el sentido que debe otorgarse a la palabra escalamiento, esta dado por lo previsto en el artículo 21 del Código Civil y 18 del Código Penal y no por el sentido natural y obvio que indica dicha expresión.

c) Que, lo señalado precedentemente esta en armonía con lo previsto en el artículo 444 del Código Penal, que establece una presunción de autoría de robo, en grado tentativa, cuando el hechor se ha introducido dentro de una casa mediante escalamiento, hecho que no ocurrió con el acusado, porque de los antecedentes analizados en el presente juicio, fluye que esté fue sorprendido sobre la techumbre de la vivienda y no en el interior de ella, como exige la disposición legal precitada.

De lo anterior se concluye, que no puede ser el encartado sancionado como autor del delito de robo con fuerzas en las cosas en lugar destinado a la habitación, porque su accionar no se encuadra en ninguna de las hipótesis que establece el Código Penal precitado.

Redactado por el Juez don Jorge González Salazar y la redacción del voto disidente su autor.

Regístrese, comuníquese en su oportunidad al Juzgado de Garantía de Temuco a los efectos de su cumplimiento. Hecho, Regístrese y Archívese en su oportunidad.

R.U.C. N°497-9
R.I.T. 002-2001

Pronunciada por los Jueces de Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, Leopoldo Vera Muñoz, Erasmo Sepúlveda Vidal; y, Jorge González Salazar. Da fe doña Pilar Hermosilla Calle, Jefe Unidad de Administración de Causas.

- **Sentencia de Nulidad y de Reemplazo:**

Temuco, a diecisiete de julio de dos mil uno.

VISTOS:

Consta de los antecedentes remitidos por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, que ha comparecido a fojas 17, don José Alejandro Martínez Ríos, Defensor Penal Público, por el acusado don Marcos Fernando Hernández Villa, deduciendo recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva dictada en causa RUC N° 497-9 y RIT N° 002/2001, de fecha primero de junio de dos mil uno, por delito de Robo con Fuerza en las cosas en lugar habitado, seguido en contra de don Marcos Fernando Hernández Villa, dictada por la Segunda Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Temuco, y que le condenó a la pena de cuatro años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras dure la condena, en condición del autor del delito de robo con fuerza en las cosas, en grado de tentativo, en lugar habitado, a Martín Schleef Briava, perpetrado en la comuna de Temuco, en la madrugada del 22 de diciembre de 2000.

El recurrente solicita en su Recurso de Nulidad, en primer lugar; que se anule la sentencia y el juicio oral, por haber incurrido la sentencia en la causal de nulidad contemplada en la letra e) del art. 374 del Código Procesal Penal, y en segundo lugar, y en forma subsidiaria, solicita que se declare la nulidad de la sentencia por haber incurrido ella en la causal de nulidad contemplada en la letra b) del artículo 373 del mismo Código.

Respecto a la primera causal de nulidad, esto es la contemplada en el art. 374 letra c) del Código Procesal Penal, indica que procede la anulación del juicio y la sentencia, cuando en ella se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el art. 342, letras c), d) o e), señalando que la sentencia recurrida ha omitido el requisito establecido en la letra c), esto es "la expresión 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.

Respecto a la segunda causal de nulidad, esto es la contemplada en la letra b) del art. 373 del Código Procesal Penal, al haber hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, señala que ella se produce por cuanto hay ausencia de escalamiento; no se encuentra configurada la presunción de tentativa contenida en el art. 444 del Código Penal ; y, por último, porque no resulta aplicable el art. 450 del Código Penal por encontrarse tácitamente derogado por el art. 19 N°3 de la Constitución Política del Estado.

Consta el Registro de la audiencia de diez de julio en curso, rolante a fojas 44, que se procedió a la vista de la causa con la presencia del recurrente y de la Fiscal.

CONSIDERANDO:

1.- Que, se dio cuenta, antes de la Vista de la Causa, sobre la admisibilidad del recurso, declarándolo este Tribunal admisible por cuanto este cumple con lo dispuesto en el art. 378 del Código Procesal Penal, ya que, por una parte se consignan los fundamentos del mismo y las peticiones concretas que se someten a la decisión del Tribunal y las causales que se invocan están contempladas en el citado Código, y por la otra su consentimiento corresponde a esta Corte, ya que, a juicio del Tribunal, en el caso de la causa contemplada en la letra b) del art. 373, no se ha acreditado, en la forma que señala el art. 378, que sobre la materia de derecho objeto del recurso existieren distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores, que hagan de competencia de la Excelentísima Corte Suprema el conocimiento del mismo, debiendo tener presente, por los demás, que la solicitud en tal sentido es una facultad del recurrente, debiendo expresarlo así en el recurso.

2.- Que, el recurso de nulidad interpuesto en esta causa por el Defensor Penal Público don José Alejandro Martínez Ríos, pretende, en primer término la anulación del juicio y de la sentencia, por cuanto se habría incurrido en la causal de la letra e) del art. 374 del Código Procesal Penal la no haberse dado cumplimiento en la sentencia con el requisito de la letra c) del art. 342 del Código Procesal penal, por cuanto no existiría en la sentencia recurrida la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueron ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentan dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el art. 297, ya que sostiene, los considerandos sexto y octavo, al dar por

establecido que el acusado ingresó al patio del inmueble ubicado en calle Balmaceda N° 1426 de esta ciudad, circundante de la casa ubicada en la misma, para luego, de buscar la pared más adecuada, escalar o trepar hasta alcanzar la techumbre del inmueble con objeto de superar los resguardos de este e ingresar a su interior, ha infringido dicha disposición, por cuanto dicha conclusión no ha sido explicada de una manera clara, lógica y completa como lo exige el Código Procesal Penal, incurriendo, además la sentencia recurrida en la omisión de la prueba referida a los hechos esgrimidos por la defensa y si éstos se daban o no acreditados con el mérito de ella, infringiéndose en este caso el art. 342 letra c) del Código Procesal Penal, en relación con el art. 297 del mismo cuerpo legal.

3.- Que, causal será desestimada, toda vez que de los hechos considerados de la sentencia recurrida se desprende que ésta hace una exposición clara, lógica y completa de los hechos y circunstancias que se dan por probados, valorándolos sin infringir lo dispuesto en el art. 297 del Código Procesal Penal.

3.- Que, el recurso invoca, en segundo término, que se anule la sentencia por cuanto en ella se ha hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en los aspectos que menciona, indicando en primer lugar que no hay escalamiento, ya que no se da ninguna de las hipótesis que señala el art. 440 N°1 del Código Penal, por cuanto de la definición que dicha disposición da de “escalamiento” se advierte que requisito del mismo es entrar, por lo que no existe escalamiento en la medida que no existe ingreso, agregando que ese “entrar” o ingreso debe efectuarse de alguna de las maneras específicas que en dicha norma se indican, por lo que al considerar la sentencia que, el sólo hecho de encontrarse en el techo el acusado constituye el escalamiento al que se refiere la citada disposición legal, ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo al sancionar como robo con fuerza en lugar habitado un hecho que no reúne los requisitos exigidos por el legislador al definir el concepto de escalamiento.

Como segundo fundamento de esta causal de nulidad se indica en el recurso que no se configura la presunción de tentativa contenida en el art. 444 del Código Penal, por cuanto dicha disposición exige la introducción en los lugares a los que se hace específica mención en la disposición legal referida, espacios que son más restrictivos que los contenidos en la expresión “lugar habitado o destinado a la habitación”, puesto que la disposición se refiere a “aposentos”, “casa”, “edificio, habitado o destinado a la habitación”, “dependencias” y en el caso y en el caso sub-lite no se reúne siquiera los requisitos del art. 444 del Código Penal con los que el

legislador “presume” que existe tentativa, por lo que debe concluirse que no existe tentativa del delito de robo. Como último fundamento de esta causal de nulidad se señala que no resulta aplicable el art. 450 del Código Penal por encontrarse tácitamente derogado por el art 19 N°3 de la Constitución Política del Estado.

5.- Que, los hechos del juicio oral, tal como lo establece la propia sentencia en la letra d) del considerando cuarto, consisten en que el día 22 de diciembre del año 2000, alrededor de 02.00 horas el encausado Marcos Fernando Hernández Villa fue sorprendido en la techumbre de la propiedad ubicada en la calle Balmaceda N° 1426 de esta ciudad, después que sus moradores se percataron de su presencia por el ruido que hizo, lugar desde el cual bajó un funcionario de Carabineros, que lo encontró cerca de una claraboya de vidrio de un metro cuadrado de superficie, ubicada en el plano sur del techo del inmueble, cuya altura es de once metros medidos desde el suelo, con murallas que son lisas y un patio interior.

6.- Que, los hechos asentados por el tribunal del Juicio Oral, no son constitutivos de delito de robo con fuerza en un lugar habitado en grado de tentativa, toda vez que al efecto no se dan los elementos de la descripción típica contenida en el art. 440 N° 1, ni la descrita en el art. 444, ambas disposiciones del Código Penal y, fundamentalmente la necesaria apropiación o intento de apropiación de cosa mueble ajena contra la voluntad de su dueño, que es la conducta reprochada básicamente en los delitos como el de la especie.

7.- Que, tal como lo sostiene el voto minoría el delito de robo con fuerza en las cosas se caracteriza por el empleo de energía para vencer una especial protección de que la cosa apropiada está revestida, fuerza que se ejerce sobre su defensa o resguardo. Esta fuerza, para que se configure el tipo penal del robo con fuerza en lugar habitado, debe ejercerse desarrollando alguna de las acciones que describe el art. 440 del Código Penal, que en el caso de autos los constituye el escalamiento, término que denota la idea de trepar o usar escalas para superar reparos de altura, pero que en esta materia tiene acepción mucho más amplia, ya que es suficiente entrar por vía no destinada al efecto.

8.- Que, tal como se ha dicho, el sólo hecho de estar en una techumbre de la propiedad no prueba el escalamiento, ya que no se ha probado que el acusado haya entrado al lugar donde se encontraban las especies, superando sus resguardos o defensas, debiendo tener presente que el hecho de haber ingresado al patio de la propiedad, con el se pretende que habría entrado por vía no destinada al efecto, no resulta probada de modo alguno en el juicio.

9.- Que, por otra parte, para que exista la tentativa es necesario que se cumplen ciertos requisitos objetivos y subjetivos, que son que debe haber la manifestación de hechos externos que constituyan un comienzo de ejecución, que dichos hechos tengan el carácter de inequívocos, en relación al resultado y que sean idóneos para la obtención del mismo, constituyendo el requisito subjetivo la representación del resultado y el, propósito dirigido a su obtención, en suma se exige una voluntad finalista calificada de dolo directo, puesto que la ley es clara al requerir que se trate de hechos directos, o sea, dirigidos hacia el resultado.

10.- Que, aún en el caso de la presunción del art.444 debe estar acreditada no sólo la existencia de la fuerza, que en el caso de la especie lo constituiría el escalamiento, sino que ella debe estar vinculada con el propósito final de apropiarse de cosa mueble ajena y con el inmediato de vencer los resguardos o defensa de la cosa facilitando la ejecución del acto expropiatorio.

11.- Que, en opinión de esta Corte, además de no estar acreditado el escalamiento, la acción ejecutada por el acusado, trepar a la techumbre de la vivienda no es un acto directo que demuestre el propósito final de apropiación y revele, por consiguiente el dolo directo que requiere el principio de ejecución de la tentativa.

12.- Que, en consecuencia, esta Corte estima que se ha configurado la causal de nulidad contemplada en el art. 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es que al pronunciarse la sentencia recurrida se ha hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido, desde luego, en lo dispositivo de la misma, toda vez que mediante dicha aplicación se ha calificado como delito un hecho que la ley no considera como tal, por lo que se acogerá el Recurso de Nulidad interpuesto por la defensa del acusado, fundado en la causal precedentemente citada.

Por estos fundamentos y lo dispuesto en los artículos 372, 373, 376, 378, 383 y 385 del Código Procesal Penal, se resuelve:

Que se invalida la sentencia recurrida dictada por la Segunda Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Temuco, en la causa RUC 497-9 t RIT 002/2001, de fecha primero de Junio de dos mil uno, la que se reemplaza por la que se dicta a continuación.

Redacción del abogado integrante don Gabriel Montoya León.

Rol 151-2001. R.P.P.

Pronunciada por el señor Presidente de la SEGUNDA SALA: don Lenin Lillo Hunzinker. Ministro: don Leopoldo

Llanos Sagristá y abogado Integrante don Gabriel Montoya León.

• **Sentencia de Reemplazo:**

Temuco, a diecisiete de julio de dos mil uno.

VISTOS:

Se produce la sentencia recurrida, con las siguientes modificaciones:

- a) Se elimina del considerando octavo la frase "En la especie se debe entender también como "fuerza" el hecho de haber penetrado el acusado al patio circundante de la casa, para escalar o trepar luego hasta la techumbre del inmueble con el objeto de superar los resguardos de este e ingresar a su interior, propósito que no logró por haber sido sorprendido por los moradores del inmueble" y su párrafo segundo.
- b) Se eliminan íntegramente los considerandos séptimos, octavo, noveno, undécimo y duodécimo.
- c) Se sustraen las citas legales del Código Penal y del Código Procesal Penal.

Y SE TIENE EN SU LUGAR, PRESENTE:

1.- Que los antecedentes consignados en la letra d) del considerando cuarto de la sentencia, apreciados conforme lo dispone el art. 291 del Código Procesal Penal, no logran producir la convicción necesaria en configurar en la especie el hecho punible a que se refiere la acusación y por lo cual se ha condenado al acusado, esto es al delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, en grado de tentativa, descrito con el art. 440 N°1 del Código Penal en relación al art. 442 del mismo Código.

2.- Que, la única circunstancia acreditada en el proceso, esto es que el encausado se encontraba en la techumbre de la propiedad de la calle Balmaceda N° 1426 de esta ciudad, no se puede colegir que haya existido escalamiento, ya que, como lo señala el voto disidente, el sentido que debe darse a la palabra esta dado por lo previsto en el art. 21 del Código Civil y 18 del Código Penal, y no por el sentido natural y obvio que indica dicha expresión, ya que en materia penal el tenor literal debe tener preferencia en la interpretación de la ley y está vedado por el art. 18 citado interpretado por analogía.

3.- Que, para que se acredite la fuerza que exige el delito de robo debe desarrollarse por el acusado alguna de las

acciones descritas y enumeradas en forma taxativa en el art. 440 del Código Penal de modo tal para que se configure el escalamiento a que se refiere esta disposición es necesario que el delincuente "entre" al lugar habitado superando las defensas de que está revestida la casa, circunstancia que no se encuentra acreditada.

4.- Que por otra parte, el escalamiento, como principio de ejecución del delito de robo con fuerza en las cosas debe estar vinculado subjetivamente con el propósito criminal, que en el caso de autos corresponde a la intención de apropiarse de cosas ajenas, vinculación que no se aprecia en el caso de autos, ya que si bien, se puede deducir que quien escala hasta una techumbre de una propiedad ajena tiene un propósito de robar, dicha acción por sí sola no puede ser concluyente, por cuanto también podrían deducirse varias hipótesis de ella, como por ejemplo que se pretendía violar la morada, pasar a otras propiedades vecinas donde se pretendía robar o que al existir una claraboya en el techo pretendía mirara hacia el interior. La mera intuición de que si un individuo sube hasta el techo de una propiedad lo hace para robar, no es, por supuesto, un medio de prueba de la existencia del delito.

5.- Que, aplicando los principios de la lógica y las máximas de experiencia llama poderosamente la atención el hecho de que el acusado hubiese escogido como acción, para apropiarse de cosas que resguardaba la propiedad, el haber trepado hasta el techo, en donde para introducirse debía hacerlo mediante fractura del mismo, sin portar elementos materiales que se lo permitían, ya que no puede sostenerse que por el hecho de existir una claraboya pretendiera hacerlo por allí, por cuanto ella no puede ser vista de la calle y por tanto no aparece lógico que el acusado tuviera conocimiento de su existencia y por otra parte no portaba elementos que le permitieran descolgarse hacia el interior, circunstancias todas que no revelan de forma directa e inequívoca el propósito de ingresar a la propiedad.

6.- Que, en consecuencia el vínculo ideológico entre el hecho de haber trepado hasta la techumbre y el acto expropiatorio, esto es la relación de medio a fin entre ambos no ha sido acreditado con los antecedentes reunidos en este juicio, de modo que no es posible, del análisis de los mismos, concluir que dicha acción constituye el principio de ejecución del delito que

permita dar por establecida la presunción de tentativa del delito en la forma señalada en el art. 444 del Código Penal.

7.- Que, el art. 340 del Código Procesal Penal establece que nadie podrá ser condenado por delito, sino cuando el tribunal que lo juzgaré, adquiere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley. El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral. En la especie no existen medios de prueba para tener por acreditada una relación, de medio a fin, entre la acción de trepar al techo de la propiedad y el acto expropiatorio que se supone pretendía el encausado; lo anterior significa, al mismo tiempo y en el plano subjetivo, la imposibilidad de comprobar el dolo en la conducta del acusado, por lo que si dichos antecedentes de prueba reunidos no son contundentes y de interpretación inequívoca, tampoco ha sido posible para esta Corte adquirir el convencimiento, más allá de toda duda razonable, de la existencia del delito y de la participación del encausado en tal ilícito en alguna de las formas establecidas en el art. 15 del Código Penal.

Por estas consideraciones, y atendido lo dispuesto en los artículos 1, 7, 15, 18, 440 N°1 y 444 el Código Penal, 19 y 20 del Código Civil, 48, 295, 297, 340, 341, 342, 343, 344, 347, 352, 358, 361, 372, 373, letra b), 376, 383, 384, y 385 del Código Procesal Penal, se declara que SE ABSUELVE a don MARCOS FERNANDO HERNANDEZ VILLA del delito individualizado en la acusación deducida por el Ministerio Público.

Conforme a lo dispuesto en el art. 48 del Código Procesal Penal se condena en costas al Ministerio Público.

Regístrese y dése a conocer a los intervinientes en la audiencia fijada al efecto, sin perjuicio de la notificación por el estado diario; hecho, devuélvanse los antecedentes.

Redacción del abogado integrante don Gabriel Montoya León.

Ingresó Rol N° 151-2001 R.P.P.

- **Recurso de Queja:**

En lo principal, recurso de queja; en el primer otrosí, acompaña documentos; en el segundo, se traigan a la vista los registros del juicio oral que indica; en el tercero, se tenga presente.

EXCMA. CORTE SUPREMA

Guillermo Piedrabuena Richard, Fiscal Nacional del Ministerio Público y Carla Hernández Gutiérrez, Fiscal Adjunto de Temuco, por el Ministerio Público, domiciliados para estos efectos en calle Alnte. Gotuzzo 124, piso 11, de esta ciudad, en la causa RUC N° 497-9, RIT 002-2001, seguida en contra de Marcos Fernando Hernández Villa, por robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, rol de la I. Corte de Apelaciones de Temuco N° 151-2001 R.P.P., a US. Excma. respetuosamente decimos:

Que venimos en recurrir en el grado de queja en contra de la Il^{ta}. Corte de Apelaciones de Temuco, integrada por los Srs. Ministros dn. Lenin Lillo Hunzinker y dn. Leopoldo Llanos Sagristá y el Abogado Integrante dn. Gabriel Montoya León, de conformidad a los artículos 79 de la Constitución Política del Estado y los artículos 545 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, por las faltas o abusos cometidos en la sentencia que dictaron en la causa mencionada, mediante la cual anulaban el fallo definitivo del tribunal penal del juicio oral de Temuco y dictando sentencia de reemplazo, absolviéron al acusado Marcos Fernando Hernández Villa, de fecha 17 de julio en curso, notificada a las partes con la misma fecha.

Estas sentencias que rolan a Fs. 46 y 51 del expediente sobre recurso de nulidad, son las que motivan el presente recurso de Queja.

Antecedentes del recurso. El tribunal penal del juicio oral de Temuco, Segunda Sala, en el desarrollo del juicio oral seguido en contra del acusado ya individualizado, dictó con fecha 1° de junio del 2001, sentencia condenatoria en su contra como autor del delito de robo con fuerza en las cosas, en grado de tentativa, en lugar habitado, perpetrado en Temuco en la madrugada del 22 de diciembre de 2000.

La defensa del acusado recurrió de nulidad ante la Corte de Apelaciones de Temuco, fundándose en la causal del artículo 374 letra e), esto es por no contener la sentencia una exposición clara y lógica de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren las conclusiones del fallo y en forma subsidiaria en la

causal de nulidad contemplada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por haberse efectuado una aplicación errónea del derecho por no haber existido escalamiento y por no encontrarse configurada la presunción de tentativa del artículo 444 del Código Penal y por último por no ser aplicable el artículo 450 del mismo Código al encontrarse derogado tácitamente por el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política del Estado.

El tribunal recurrido, al conocer y resolver el recurso de nulidad, desechó la primera causal del recurso por cuanto de los considerandos de la sentencia del tribunal oral en lo penal, se desprende que se había hecho una exposición clara, lógica y completa de los hechos y circunstancias que se dan por probados, valorándose sin infringir lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal.

Enseguida, la sentencia recurrida acoge la causal del recurso fundada en la letra b) del artículo 373 del C.P.P. en lo que se refiere a la ausencia del escalamiento por parte del acusado, por cuanto se difiere de la conclusión del tribunal oral y la Corte estima que no ha existido el escalamiento, y por lo tanto no existe el hecho típico descrito en el artículo 440 del Código Penal, procediendo, en consecuencia, a absolver al acusado ya condenar en costas al Ministerio Público.

El tribunal recurrido no analiza ni se pronuncia sobre el resto de la causal del recurso, esto es que no se encuentra configurada la presunción de tentativa del Art. 444 del C. Penal y que se encuentra tácitamente derogado el Art. 450 del C. Penal por el Art. 19 N° 3 de la Constitución Política.

Grave falta o abuso cometido en la sentencia recurrida.

La sentencia recurrida incurre en grave falta o abuso, por cuanto altera las conclusiones de hecho a que llegó el tribunal oral sin previamente haber establecido una infracción a las normas reguladoras de la prueba, desnaturalizando la función y esencia del recurso de nulidad.

El Ministerio Público llega a esta conclusión, luego de analizados los siguientes aspectos que pasan a desarrollarse.

I.- La sentencia del tribunal oral, en sus considerandos 4°, 5° y 6°, en especial en este último, los que no fueron eliminados en la sentencia de reemplazo de la Corte recurrida, había llegado a la siguiente conclusión, luego

de valoradas las pruebas y antecedentes exhibidos en el juicio oral:

"SEXTO: Que los atestados expuestos en la motivación precedente provienen de personas que presenciaron los hechos a que se refirieron, que impresionaron a los jueces como capaces de percibirlos y de apreciarlos con sus sentidos, razón por la cual aparecen como veraces y creíbles, y por la descripción que proporcionaron respecto de la casa, especialmente la altura de sus paredes y extensión el patio posterior que hay tras ella, valorados con libertad, permiten tener por acreditado que alrededor de las 02.00 horas del día 22 de diciembre último un individuo ingresó por vía no destinada al efecto al sitio ubicado en calle Balmaceda N° 1426 de esta ciudad y luego, por una de las paredes de la casa escaló hasta alcanzar la techumbre de ésta; que debido al ruido que hizo fue detectado por sus moradores y posteriormente fue detenido por un funcionario de Carabineros que lo encontró cerca de una claraboya de vidrio de un metro cuadrado de superficie, ubicada en el plano sur del techo del inmueble, cuya altura es de once metros medidos desde el suelo, con murallas que son lisas y un patio interior".

Y más adelante se agrega en la parte final del considerando 6° lo siguiente:

"En la especie, se debe entender también como "fuerza" **el hecho de haber penetrado el acusado al patio circundante de la casa, para escalar o trepar luego hasta la techumbre del inmueble con el objeto de superar los** resguardos de éste e ingresar a su interior, propósito que no logró consumar por haber sido sorprendido por los moradores del inmueble".

Es decir, claramente el tribunal oral llegó a la conclusión de que el acusado había ingresado por vía no destinada al efecto al inmueble de calle Balmaceda N° 1426 y que luego había escalado hasta alcanzar la techumbre del inmueble y por consiguiente había existido el escalamiento a que se refiere el Art. 440 del Código Penal.

II.- Estas conclusiones respecto de los hechos corresponden a la valoración que de ellos efectuó libremente el tribunal oral, de conformidad al Art. 297 del Código Procesal Penal, sin que el recurso de nulidad haya dado por infringido este precepto legal por los jueces del tribunal oral y sin que la sentencia cuestione la libre apreciación de la prueba de estos jueces.

Por el contrario, la sentencia recurrida al rechazar la causal del recurso del Art. 374 letra e) del Código Procesal Penal, señala que el tribunal oral ha cumplido

con la ley al valorar cada uno de los hechos y circunstancias establecidas en la sentencia, sin infringir lo dispuesto en el Art. 297 del Código Procesal Penal (considerando 3°).

Por consiguiente, estos hechos eran inamovibles para la Corte recurrida y no pudo sin desnaturalizar la función del recurso de nulidad, llegar a conclusiones distintas aunque se les diera el calificativo de razonamientos jurídicos.

III.- La sentencia recurrida que acogió el recurso de nulidad, en su considerando 5°, introduce una cierta limitación en los hechos establecidos por el tribunal oral, por cuanto circunscribe la situación a la circunstancia de haberse sorprendido al acusado en la techumbre del inmueble, sin mencionar que también los sentenciadores del juicio oral habían establecido, en el motivo 6° del fallo anulado, que el acusado había ingresado por vía no destinada al efecto al sitio ubicado en calle Balmaceda N° 1426, hasta llegar al patio del inmueble, y que luego había escalado por una de las paredes de la casa hasta la techumbre del inmueble donde fue sorprendido por los moradores y luego por Carabineros.

Es decir, se limita arbitrariamente el contenido exacto de los hechos de la causa, para omitir la circunstancia del escalamiento y del ingreso por vía no destinada al efecto que había sido establecido claramente por los jueces del juicio oral.

IV .-En todo caso ya mayor abundamiento, es preciso señalar que la distinta convicción de la Corte recurrida, se fundamentó en la lectura de la sentencia, del recurso de nulidad y de los alegatos del fiscal y del defensor, **sin tener a la vista y exhibir en la audiencia de la Corte, los registros del juicio oral.**

En efecto, si bien la Corte tenía en su poder el audio o CD que contenía el desarrollo del juicio oral y las pruebas que allí se rindieron, **no se procedió a reproducir tal medio tecnológico en presencia de las partes y en la audiencia pública en que debe debatirse el juicio oral y los recursos de nulidad.**

Al respecto, cabe señalar además que la Excm. Corte Suprema mediante instructivo del 5 de diciembre de 2000, transcrito a las Cortes de Apelaciones del país, en su N° 3, dispuso lo siguiente:

"3. En mérito del informe técnico evacuado por la Corporación Administrativa del Poder Judicial, se acordó que para el eficaz registro de las actuaciones de los nuevos tribunales en lo criminal, es imperativo proveerlos de equipos estenotipos y de los funcionarios capacitados al efecto, en el número y forma que en ese

informe se indica. Se tuvo en cuenta para ello, que analizadas las diversas alternativas existentes, el de estenotipia es el que más garantía de eficiencia ofrece, tanto para el registro como para suministrar la información con oportunidad a los intervinientes y al público; a la vez es el más económico y seguro a largo plazo".

"Se acuerda además, oficiar al Ministerio de Justicia en el sentido indicado e instruir a la Corporación Administrativa del Poder Judicial para que adopte las medidas necesarias, en el carácter de urgente, para que se cuente con el sistema indicado a más tardar al comienzo de la vigencia del nuevo sistema procesal penal en las Regiones de Antofagasta, Copiapó y El Maule".

"En tanto se provee del personal y equipos antes señalados, los Tribunales de las Regiones de La Serena y de La Araucanía emplearán grabadoras e impresoras para los registros dispuestos por los artículos 39, 40 y 41 del Código Procesal Penal, registros que serán certificados por el Jefe de la Unidad de Administración de Causas (artículo 25 del Código Orgánico de Tribunales)".

En conclusión, no se reprodujo el registro del juicio oral durante el desarrollo de la audiencia pública ante la Corte recurrida, sino que además se admitió un medio tecnológico que no está aceptado por la Corte Suprema que había recomendado el uso de la estenotipia y en su defecto el uso de grabadoras e impresoras para los registros del juicio oral, no habiéndose efectuado una reproducción de la versión del juicio oral y su constancia por escrito para que formara parte del mérito del proceso.

Por consiguiente, si la Corte recurrida no escuchó ni vio las pruebas del juicio oral, mal pudo haber llegado a conclusiones fácticas distintas a las que llegó el tribunal oral en lo penal.

V - Cuando no se trata de corregir un vicio de procedimiento, el recurso de nulidad tiene por objeto corregir una errónea aplicación del derecho en la sentencia definitiva. No es, en consecuencia, un recurso mediante el cual se puedan revisar los hechos que han sido dados por probados por el tribunal a quo y que han sido objeto de la aplicación del derecho por parte del mismo tribunal. El recurso de nulidad no es, en otras palabras y tal como su nombre por demás indica, un recurso de apelación, lo que concuerda con el propósito declarado e inequívoco del legislador de establecer una única instancia en el nuevo proceso penal (cfr. por todos, los antecedentes legislativos en Pfeffer, Emilio: Código

Procesal Penal anotado y concordado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2001, pp. 361 55., 367 ss.).

VI.- Pues bien, de la sola lectura de la sentencia de nulidad se desprende que el fundamento de la misma consiste en que a criterio de la Corte de Apelaciones de Temuco la prueba rendida en el juicio no permite tener por acreditado determinados hechos o circunstancias fácticas que sí dio por acreditados la sentencia recurrida.

VII.- En efecto, por una parte, la Corte considera que no se ha acreditado la circunstancia del escalamiento, pues a su juicio "el sólo hecho de estar en la techumbre de la propiedad no prueba el escalamiento, ya que no se ha probado que el acusado haya entrado al lugar donde se encontraban las especies, superando sus resguardos o defensas, debiendo tener presente que el hecho de haber ingresado al patio de la propiedad, con el que se pretende que habría entrado por vía no destinada al efecto, no resulta probada de modo alguno en el juicio" (considerando 8°, énfasis agregado). Asimismo, la Corte entiende que tampoco está acreditado el ánimo de apropiación necesario para configurar una tentativa punible de robo, pues a su juicio "la acción ejecutada por el acusado, trepar a la techumbre de la vivienda no es un acto directo que demuestre el propósito final de apropiación y que revele, por consiguiente, el dolo directo que requiere el principio de ejecución de la tentativa" (considerando 11°, énfasis agregado).

VIII.- Como se ha adelantado, de la sola lectura de estos pasajes decisivos resulta claro que la Corte aprecia de un modo distinto la prueba rendida en juicio. Mientras el Tribunal de Juicio Oral ha inferido de dicha prueba que sí hubo escalamiento y que éste estuvo destinado a la apropiación de especies de propiedad del ofendido, a la Corte le ha parecido que las probanzas producidas son completamente insuficientes para tener por acreditados tales extremos.

IX.- Es necesario tener presente que la facultad de apreciar la prueba en el nuevo proceso penal recae exclusivamente en el Tribunal de Juicio Oral y no en la Corte de Apelaciones. En el nuevo sistema, ésta última no conoce del recurso como tribunal de apelación, capaz de imponer su propia apreciación de la prueba rendida, sino exclusivamente como tribunal de nulidad, encargado de velar por la correcta aplicación del derecho a los hechos que soberanamente ha dado por establecidos el Tribunal de Juicio Oral. Si este último tribunal ha considerado probado que el acusado ingresó al patio circundante de la casa por vía no destinada al efecto (cfr. considerandos 6° y 7° de la sentencia recurrida) y que de esta circunstancia se deduce suficientemente el propósito de apropiación del acusado (cfr. considerando 7° de la misma sentencia), al tribunal de nulidad sólo

cabe decidir si la calificación efectuada a tales hechos - tentativa de robo con fuerza en las cosas, mediante escalamiento -se ajusta o no a derecho. En caso alguno, en cambio, puede alterar los hechos a que dicha calificación se aplica; eso era posible en la apelación y en la consulta, pero no en el conocimiento del recurso de nulidad.

X.- Esto no significa, con todo, que el establecimiento de los hechos por parte del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal no sea susceptible de revisión mediante el recurso de nulidad. Por el contrario, a la libre valoración de la prueba (art. 297) la ley impone importantes límites, como son que las conclusiones probatorias del tribunal no pueden contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia ni los conocimientos científicos asentados, a lo que se suman especiales exigencias de fundamentación (art. 297). La inobservancia de estas exigencias, en lo formal, configura el motivo absoluto de nulidad del Art. 374 letra e) en relación con el art. 342 letra c), esto es, la omisión de la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados y de la valoración de los medios de prueba que fundamentan dichas conclusiones, precisamente de acuerdo con las exigencias del Art. 297. Asimismo, la infracción a las normas reguladoras de la prueba puede dar origen a la invocación del motivo de nulidad de la letra b) del Art. 373 del Código Procesal Penal. Sin embargo, la primera de las causales señaladas fue expresamente rechazada por la Corte de Apelaciones y la segunda ni siquiera fue invocada por el recurso de nulidad acogido ni menos tratada en el fallo de nulidad que motiva el presente recurso.

XI.- En consecuencia, la Corte de Apelaciones recurrida se ha extralimitado en el ejercicio de sus facultades legales, actuando más allá de su competencia y por ello con grave falta o abuso. La corrección de tal abuso por la vía disciplinaria resulta especialmente importante en las actuales circunstancias, en los primeros tiempos de la reforma, pues se corre el riesgo de desnaturalizar el recurso de nulidad convirtiéndolo en una segunda instancia que el legislador vehementemente quiso impedir (cfr. supra). No se trata, por eso, de un defecto menor, sino que de uno que pone en juego uno de los pilares de la reforma procesal penal. Asimismo, la falta o abuso también es grave por cuanto en su razón se ha absuelto a una persona que en definitiva debió ser condenada.

XII.- Por otro lado también resulta abusiva la dictación de una sentencia de reemplazo porque no se da uno de los requisitos básicos previstos por el Art. 385 del Código Procesal Penal para la procedencia de una tal sentencia de reemplazo, cual es que la causal acogida no se

refiera "a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados". En la especie sólo cabría anular además el juicio oral (así lo sostiene también la defensa en su petición principal fundada en el referido Art. 374 letra e). Por esta sola razón, y aun cuando de todos modos procediera la anulación de la sentencia, sería necesario reparar el error cometido por la Corte de Apelaciones.

XIII.- Para terminar, se agregan algunas consideraciones sobre la plausibilidad del recurso interpuesto por la defensa, y que no fueron adoptados por la sentencia de nulidad.

a) No resultan plausibles las alegaciones subsidiarias, para el evento que los hechos establecidos queden inalterados, tendientes a demostrar una errónea aplicación del derecho (Art. 373 letra b). En efecto, en cuanto a la ausencia de escalamiento (punto II 1), el recurso sostiene que éste supone entrada al lugar señalado por la ley. Luego señala, también, que no se daría en la especie la forma de escalamiento consistente en el rompimiento de techos, pues el acusado sólo estuvo sobre el techo pero no lo rompió; el recurso olvida, sin embargo, que la sentencia dio por acreditada la entrada al patio de la propiedad por vía no destinada al efecto, y con esto ya es posible configurar jurídicamente el escalamiento, conforme al Art. 440 CP. Cabe señalar que el patio de una vivienda es una "dependencia" de la misma en los términos del mismo artículo (Labatut, Gustavo: Derecho Penal, Tomo II, 7° edición actualizada por Julio Zenteno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1983, p. 207; Etcheberry, Alfredo: Derecho Penal, Tomo III, 3° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998, p. 322 s.; Garrido, Mario: Derecho Penal, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2000, p. 224). Si bien el ingreso al patio por vía no destinada al efecto puede ser fácticamente discutido, una vez establecido no puede dudarse la presencia del escalamiento. Por las mismas razones debe desecharse la segunda alegación, esto es, que no se dan los requisitos de aplicación de la presunción del Art. 444 C.P. (precepto que, sin embargo y como se ha dicho, no es citado por la sentencia recurrida), toda vez que el tribunal, como se ha insistido, tuvo por acreditada la entrada por vía no destinada al efecto - escalamiento - al patio de la casa - dependencia -, tal como el referido Art. 444 dispone. Como se ve, el éxito de ambas alegaciones supondría que los hechos hubiesen sido establecidos de un modo diferente, yeso sólo se lograría a través del Art. 374 letra e) y por consiguiente si se hubiere acogido el recurso por esta causal, lo que no ocurrió, la Corte debió haber ordenado la repetición del juicio oral ante un tribunal no inhabilitado que correspondiera (Art. 385 del Código Procesal Penal).

b) En cuanto a la alegación de que existe error de derecho en la sentencia del tribunal oral en lo penal por la aplicación del artículo 450 del Código Penal, por estimarse derogado por el Art. 19 N° 3 de la Constitución Política, tampoco tenía la menor justificación jurídica dado que la norma del Código Penal tiene efectiva vigencia y ha sido aplicada reiteradamente por esta Excm. Corte, sin que se haya puesto en duda su constitucionalidad por la vía procesal que corresponda.

Procedencia del recurso de queja. El artículo 545 del C.O.T. establece que el recurso sólo es procedente cuando las faltas o abusos graves se han cometido en una resolución de carácter jurisdiccional y sólo procederá cuando se cometa en una sentencia definitiva que no sea susceptible de recurso alguno, **sin perjuicio de la atribución de la Corte Suprema para actuar de oficio en ejercicio de sus facultades disciplinarias.**

Todos estos supuestos se dan en la especie, por cuanto la Corte recurrida junto con invalidar la sentencia del tribunal penal del juicio oral, ha dictado una sentencia de reemplazo que pone fin a la instancia ya que absuelve al acusado. Estas sentencias que fallan el recurso de nulidad no son susceptibles de recurso alguno, conforme lo dispone el artículo 387 del Código Procesal Penal.

Sin perjuicio de lo anterior, siendo éste el primer caso de un acogimiento de un recurso de nulidad, se hace indispensable a juicio del Ministerio Público conocer la opinión de la Excm. Corte Suprema que fije los límites y alcances del nuevo recurso de nulidad establecido en el Código Procesal Penal y que era desconocido hasta ahora en el derecho procesal positivo de nuestra legislación nacional.

El fallo de la Excm. Corte debiera sentar un precedente hacia futuro en torno a la determinación de cuales son las facultades de la Corte de Apelaciones al acoger un recurso de nulidad y si éste no puede transformarse en un recurso de apelación en que se revisen los hechos y se proceda como si se tratara de un tribunal de la instancia.

Por tanto,

ROGAMOS A US. EXCMA.: Se sirva tener por interpuesto el presente recurso de queja en contra de la Corte de Apelaciones de Temuco, integrada por los Ministros Srs. Lenin Lillo Hunzinker, Leopoldo Llanos Sagristá y Abogado Integrante Sr. Gabriel Montoya León y previo informe del tribunal recurrido, se sirva acoger el presente recurso y: a) Anular el fallo recurrido; b) Rechazar, en consecuencia el recurso de nulidad de la defensa del acusado o tomar las medidas que sean

necesarias para el pronto remedio del mal causado y c) Adoptar las medidas disciplinarias del caso, si la Excm. Corte lo considera procedente y conveniente.

PRIMER OTROSI: Acompañamos a este recurso: a) Certificado de la resolución recurrida y su notificación a las partes; b) Copia íntegra de la sentencia anulada del juicio oral y de las sentencias dictadas por la Corte de Apelaciones de Temuco en que se acoge el recurso de nulidad y se dicta sentencia de reemplazo; c) Copia del reglamento N° 152 de 16 de julio de 2001, dictado por el Fiscal Nacional, para organizar la defensa del Ministerio Público en los recursos que se interponen para ante la Corte Suprema; d) Certificados que acreditan la calidad de abogados funcionarios del Ministerio Público, de los patrocinantes designados en el tercer otrosí de esta presentación y sus respectivas patentes profesionales.

ROGAMOS A US. EXCMA.: Tenerlos por acompañados.

SEGUNDO OTROSI: Sírvase V.S.E. traer a la vista los registros del juicio oral y los de la sentencia recurrida en contra de la cual se recurre, que inciden en la causa RUC 497-9, RIT 002-2001, y rol N° 151-2001 R.P.P., para la mejor resolución el recurso.

ROGAMOS A US. EXCMA.: Se sirva así decretarlo.

TERCER OTROSI: Designamos abogados patrocinantes a dn. Xavier Armendáriz Salamero y a dn. Alejandro Peña Ceballos, abogados funcionarios de la Fiscalía Nacional, que se encuentran habilitados legalmente para defender al Ministerio Público ante los tribunales, de mi mismo domicilio.

ROGAMOS A US. EXCMA.: Se sirva tenerlo presente.

- **Resolución sobre admisibilidad de la Corte Suprema**

Santiago, siete de agosto de dos mil uno

Vistos:

Atendida la naturaleza de la resolución impugnada, lo dispuesto en el artículo 387 del Código de Procedimiento Penal:

Y visto, además, lo dispuesto en la letra a) del artículo 549 del Código Orgánico de Tribunales, SE DECLARA **inadmisible** el recurso de queja interpuesto en lo principal de fojas 30.

Al primer otrosí, a sus antecedentes; al segundo otrosí, esté se al mérito de lo resuelto a lo principal; al tercer otrosí, téngase presente.

Regístrese y archívese.

Rol N° 2793-01

PRONUNCIADO POR LOS MINISTROS SEÑORES ALBERTO CHAIGNEAU DELC., ENRIQUE CURY U., JOSÉ LUIS PÉREZ A., T MILTON JUICA A. Y EL ABOGADO INTEGRANTE SEÑOR FERNANDO CASTROA.-

Rol N°176-2001 R- P. P

COMENTARIO A SENTENCIA DE LA SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL DEL JUICIO ORAL EN LO PENAL DE TEMUCO, DE 6 DE JULIO DE 2001 (RUC 2723-1).

Absolución en juicio oral por delito del art. 2° de la Ley 19.366.

MAURICIO FERNÁNDEZ

Abogado Asesor del Fiscal Nacional

1. El fallo que se reproduce íntegramente a continuación de este comentario da por acreditada la existencia del delito de plantación y cultivo ilegal de marihuana, previsto y sancionado en el artículo 2 de la Ley 19.366.

Dicha disposición legal, en lo pertinente, señala que “los que, sin contar con la competente autorización, siembren, planten, cultiven o cosechen especies vegetales del género Cannabis, incurrirán en la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales ...”.

El considerando octavo de la sentencia, en una libre apreciación de la prueba como corresponde, estima que las pruebas aportadas por el Ministerio Público al juicio oral y que se describen en el considerando séptimo, consistentes fundamentalmente en testimonios y peritaje unidas a la convención probatoria sobre el hecho de no existir autorización por parte del Servicio Agrícola y Ganadero al acusado para sembrar, plantar o cultivar especies vegetales del género cannabis sativa (aunque el hecho que el acusado no tenga tal autorización no obsta a que un tercero lo pueda tener respecto a la plantación, en cuyo caso no existe el delito) permiten tener por acreditados los hechos que configuran el delito del artículo 2° de la ley 19.366.

2. Sin embargo, al abordar el tema de la participación en el delito que se ha dado por acreditado, la conclusión de los sentenciadores es diversa, pues consideran que la prueba aportada por la fiscal es insuficiente para que ellos se puedan formar la convicción requerida sobre la participación del acusado, indispensable para su condena.

Se trata, según el fallo, de prueba “indiciaria y circunstancial” y que “careció del mérito probatorio suficiente para destruir la presunción de inocencia que ampara al encartado no existiendo en el hecho, ninguna prueba directa o antecedente real y concreto que lo vincule con la plantación de marihuana”.

De acuerdo sólo a la descripción que de ella se hace en el fallo y por lo tanto con las reservas del caso por el desconocimiento de la integridad de los antecedentes del juicio oral, la prueba de participación presentada por la fiscal se habría centrado en los testimonios de vecinos del acusado, que o declararon como testigos presenciales de ciertos hechos bastante circunstanciales e indirectamente relacionados con una eventual participación del acusado (lo vieron transitando por el lugar donde estaban las plantaciones, lo vieron con un machete, etc) o como testigos de oídas de vagas incriminaciones de terceros en contra del acusado.

3. Debemos recordar con ocasión de este fallo los estándares de prueba exigidos por el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal para desvanecer la presunción de inocencia del acusado, consagrada con claridad en el Código Procesal Penal.¹⁷

El inciso 1° del artículo 340 de dicho Código dispone taxativamente que “Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”.

En la propia historia de la ley que establece el Código Procesal Penal se destaca una importante precisión de la Comisión Mixta en este punto, en cuanto a que “el estándar de convicción *más allá de toda duda razonable* es propio del derecho anglosajón, y no del europeo continental, por lo que resulta una novedad también para el ordenamiento jurídico

¹⁷ Precisamente como lo destaca el profesor Sabas Chahuan en su Manual del Nuevo Procedimiento Penal (Ed. Conosur. Año 2001, pág. 37), se reconoce entre otras consecuencias básicas de la presunción de inocencia tanto la imposición de la “exigencia que el tribunal, para condenar, adquiera convicción suficiente de la comisión del delito por el acusado”, como que “es labor de la parte acusadora producir prueba de cargo suficiente para destruir la presunción y formar la convicción del juez”

chileno. Sin embargo, es un concepto útil, toda vez que está suficientemente decantado y elimina las discusiones relativas al grado de convicción que se requiere, dejando en evidencia que no se trata de una convicción absoluta, sino de aquella que excluya las dudas más importantes. En razón de lo anterior se reemplazó la frase *la suficiente convicción* por la oración *más allá de toda duda razonable, la convicción*¹⁸.

4. Por último, cabe reconocer que los sentenciadores se hacen cargo en su fallo de analizar la prueba rendida por la fiscal y de efectuar la correspondiente valoración de ella, en conformidad a las precisas exigencias del artículo 297 del Código Procesal Penal.

¹⁸ Código Procesal Penal Anotado y Concordado. Emilio Pfeffer Urquiaga. Ed. Jca. De Chile. 1ª Ed. 2001, pág. 340.

- **Texto completo:**

Temuco, seis de julio del dos mil uno.

CONSIDERANDO :

PRIMERO: Que se constituyó la segunda sala del juicio oral en lo penal de esta ciudad, integrada por los jueces titulares don Jorge González Salazar, quién la presidió, Leopoldo Vera Muñoz y Erasmo Sepúlveda Vidal. con la asistencia del Ministerio Público representado por los fiscales adjuntos de Nueva Imperial y de Carahue, doña Claudia Turra Lagos y don Pablo Sabag Diez, respectivamente, y de la Defensoría Penal Pública representada por doña Viviana Castel Higuera y don Georgy Schubert Studer, para los efectos de conocer en juicio la acusación promovida por el Ministerio Público en contra del imputado DOMINGO JOVINO ANTICOI QUINTREL, casado, de 42 años de edad, domiciliado en el lugar Queuco, agricultor, anteriormente procesado por siembra de marihuana por el Juzgado de Nueva Imperial, a quién se le atribuye la comisión del siguiente hecho: Que el 17 de enero de este año, Carabineros de Nueva Imperial fue informado de una plantación ilegal de especie cannabis sativa en el sector Lliuco, constituyéndose en el sitio del suceso personal del Departamento OS- 7 de Carabineros de Temuco quienes acreditaron la existencia de la señalada plantación en las orillas del estero Chalcano, ubicado en un predio de dominio de Julio Anticoi Traipe, -tío del imputado-, la que se encontraba en una quebrada de difícil acceso y cubierta de vegetación lo que obstaculizaba aún más su visión y acceso. Se agrega que el Imputado vive en un predio de su dominio, colindante con el inmueble en donde se encontró la plantación, circunstancia que le permite recorrer la totalidad de la propiedad de su tío, quién por sus 68 años de edad está impedido de hacerlo, y que se comprobó la existencia de un sendero que une la casa del acusado con la plantación, cuyas características revelan que fue abierto con el propósito de transitar sigilosamente por el sector .

SEGUNDO: Que la acusación fiscal atribuye al imputado Domingo Anticoi la calidad de autor responsable del delito previsto y sancionado por el artículo 2° de la Ley número 19.366, cometido en la Comuna de Nueva Imperial el 17 de enero del 2001, señala que no le favorece ni perjudica ninguna circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, motivo por el cual solicita se le aplique la pena de 820 días de presidio menor en su grado medio, pago de una multa de cuarenta unidades tributarias mensuales, accesorias y costas.

El hecho en que fundamenta la pretensión represiva hecha valer en contra del imputado fue enunciado al comienzo del fallo mediante la transcripción del relato

contenido en dicha acusación, el que se reproduce por razones de brevedad.

TERCERO: Que, habiendo sido debida y legalmente enterado el acusado Anticoi Quintrel del hecho antes referido en presencia de su defensor y durante el curso de la audiencia de debate dijo que se asilaba en su derecho a guardar silencio.

CUARTO: Que, la Señorita Fiscal, en oportunidad del alegato de cierre, luego de analizar el probatorio rendido en la audiencia oral, señaló que este era un caso difícil donde la lógica y el sentido común serían determinantes, que este delito fue cometido para no ser descubierto, debido a que el imputado plantó 159 matas en un lugar inaccesible, de difícil acceso, donde solo llega quién conoce el lugar, en una propiedad comunitaria de dominio de su tío, pero como si lo fuera de él, debido a que era visitado en forma esporádica por su dueño y por su padre, quien lo tenía a cargo, lo que permitía un libre transitar del Imputado: además, de los tres Anticoi, él era el único que estaba en condiciones físicas de acceder al lugar de la plantación. Señalo que existe una evidencia directa, representada por el sendero descubierto por Carabineros del Departamento de OS- 7 que une la plantación con la casa del imputado, que éste es el único que conoce el negocio de la marihuana, porque antes efectuó una plantación de similares características, que en el sector no se vio a ninguna persona extraña porque todos se conocen y fue visto por dos personas en lugares distintos portando un machete, además, existen testigos de oídas que lo señalan como el único responsable, por lo que solicita se le aplique la pena solicitada en la acusación.

QUINTO: Que la Abogada Viviana Castel Higuera, por la defensa del acusado Anticoi Quintrel, tras examinar el probatorio rendido en la audiencia de debate, señaló que la Fiscalía solo ha presentado hechos aislados y circunstanciales, pero ningún antecedente serio. Manifiesta que el sendero no existe, pues así quedó en evidencia con el levantamiento topográfico realizado, túnel que al día siguiente fue ubicado por Carabineros desde el camino público hacia la quebrada, lo que no es determinante porque la plantación tiene varias vías de acceso, como la del señor Curillán. Señala que no existe ningún testigo presencial que haya visto al acusado plantar, sembrar, cultivar o transportar algún elemento desde la quebrada hacia su domicilio, sólo existen testimonios de oídas, los que estima lógico que se produzcan después de una detención policial, que en su domicilio allanado no se encontró ninguna evidencia que lo vincule, como semillas, hojas o elementos de elaboración de la hierba y que con la familia Curillan, que lo inculpa, han existido problemas, no se llevan bien.

Refiere que no existe evidencia real, solo concurren especulaciones, el estándar de prueba es mínimo, por lo que solicita la absolucióndel acusado.

SEXTO: Que, son hechos no controvertidos en la causa, por haber sido materia de convenciónde probatoria, los siguientes: a)- Los antecedentes del imputado Domingo Anticoi por medio de su extracto de filiación y antecedentes, b)- La propiedad de los inmuebles de Julio Anticoi Traipe y Domingo Anticol Quintrel que se acredita con sus certificados de nacimiento, d)- Los antecedentes de Máximo Anticoi Quintrel, Julio Anticol Tralpe, Domingo Anticoi Traipe, Ramón Quintraqueo y Segundo Leonel Neculman Painevil, vecinos del sector Lliucol, a través de sus extractos de filiaciones, e)- Inexistencia de autorizacióndel imputado para sembrar, plantar o cultivar especies vegetales del género cannabis sativa, acreditado mediante informe del Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) IX Región, elaborado por la ingeniero agrónomo Verónica Martínez Conde, Directora del señalado Servicio, y b)- Destrucción de 36.990 gramos de hierba, mediante acta de destrucción numero 03/01 del 9 de febrero del 2001, de la sección Farmacia del Servicio Salud Araucanía Sur.

SEPTIMO : Que en orden a establecer la efectividad de que los hechos ocurrieron del modo referido por la Fiscalía en su acusación, cabe considerar los siguientes antecedentes :

a) Testimonio de don Jaime Inostroza Sarmiento, Químico Farmacéutico, Jefe del Laboratorio del Hospital Regional de Temuco, quien refiere haber recibido una muestra del Departamento de Farmacia de una planta, en buen estado, cuyo examen farmacológico determinó que se trataba de especie vegetal cannabis sativa y su examen químico no arrojó principios activos de la misma.

b) Declaración de doña Ingrid Clouet Henríquez, Químico Farmacéutico, quien presta servicios de Asesoría e Inspección en el Servicio de salud Araucanía Sur, donde se recepcionó el día 18 de enero último 159 plantas de marihuana por Carabineros de Nueva Imperial, las que pesadas arrojaron un peso neto de 37 kilos, las que venían con su tallo, raíz y hojas frescas en buen estado. Manifestó que se mandó una muestra de 0,5 gramos al Laboratorio del Hospital Regional de Temuco, para su examen químico correspondiente. En su declaración reconoció haber elaborado un informe de peligrosidad que para la salud pública encierra la cannabis sativa, en razón de haberse encontrado esta droga en el decomiso antes referido.

c) Relación de don Hugo Ovalle Villanueva, Cabo Primero de Carabineros, perteneciente a la dotación OS.7 de Temuco, quien señaló que siendo las 11:00 horas del 17 de enero pasado se recepcionó un llamado telefónico de la Comisaría de Nueva Imperial, dando cuenta de una plantación ilegal de marihuana, habida en

el sector, por lo que se constituyeron en el lugar junto con el Cabo Wener de la dotación de Nueva Imperial, llegando alrededor de las 14:00 horas, siendo atendido por el dueño del predio don Ramón Curillán, quien les señaló que en circunstancias que una cuadrilla de trabajadores procedía a la tala de árboles, al caer uno aplastó las quitas, lo que permitió detectar la presencia de una plantación de marihuana. Observó que el lugar donde se encontraban era de difícil acceso, estaban en una quebrada al lado de un estero; bajó junto al Cabo Lagos, constató que medían uno a dos metros, luego procedieron a arrancarlas, las amarraron con un lazo, las sacaron por el mismo lugar por donde habían ingresado, las trasladaron a Nueva Imperial, donde se hizo el parte respectivo. Agrega que una persona que la hizo conocer el oficio, debido a que estaban en un lugar inaccesible, de difícil acceso, al cual llega sólo la persona que conoce el sector, estaban al lado de un estero, al cual se le hizo una pequeña bifurcación para permitir su riego, el lugar no estaba desmalezado y le llamó la atención una planta de cuyo tallo se apreciaba desprendida otra planta, estando ésta amarrada con un nylon, la que no fue arrancada, todo lo cual revela cuidado en su mantención. Hechas las averiguaciones portando chalecos y gorros con el distintivo "OS.7" llegaron al domicilio de don Domingo Anticol, quien antes de ser informado del motivo de su visita les señaló que él no era el propietario de las plantas que se encontraban al lado del estero, lo que le pareció muy sugestivo; se inspeccionó su hogar, no se encontró nada, sólo herramientas de labranza. En el acto reconoció un set con fotografías del lugar, exhibido por la Fiscalía.

d) Exposición de don Ricardo Lagos Padilla, Cabo de Carabineros del "OS-7" de la Dotación de Temuco, quien refiere que alrededor de las 11 :00 horas del 17 de enero pasado se recepcionó un llamado telefónico de la Unidad Policial de Nueva Imperial, por la cual informaba la posible existencia de una plantación de marihuana, se constituyeron en el sector alrededor de las 14:00 horas, siendo atendidos por el dueño del predio don Ramón Curillán Quintraqueo, quien les dijo que Heraldo Mejías, capataz de la cuadrilla de trabajadores, le informó que mientras estaban talando árboles y con ocasión de la caída de un pino que aplastó las quilas del lugar les permitió visualizar la existencia de esta plantación. Observó que el lugar correspondía a una quebrada, de difícil acceso, a la que bajó por encima de las quilas aplastadas, llegó a la plantación, la que estaba al lado derecho de un pequeño estero y hacia la quebrada, las plantas presentaban una altura de 0,6 a 2 metros, ocupaban una superficie cultivada de 9 metros de largo por tres de ancho, el terreno se apreciaba bien preparado, al estero se le hizo una pequeña zanja que permitía su riego. Trató de ubicar un camino para poder sacarlas, no encontró ninguno, sólo ubicó un pequeño sendero el cual permitía una caminata agachado, "-en

cunclillas", pero no pudo avanzar por la oscuridad del sector, debido a que eran alrededor de las 22:00 horas, por lo cual decidieron amarrar las plantas de a veinte con cordeles y sacarlas por la misma propiedad por donde habían ingresado. Efectuadas las averiguaciones para ubicar el propietario de esta plantación, el denunciante señaló al acusado, a quien había visto como dos veces en el sector y porque anteriormente había sido detenido por plantación de marihuana, se dirigieron a su domicilio portando chaleco y gorro distintivo de "OS-7"; al llegar y sin explicarle el motivo de la visita, el acusado señaló que él no era el dueño de esas plantas, hecho que le pareció muy extraño; por lo que se allanó su domicilio, no encontrando nada, sólo utensilios de labranza aunque en el sector no se detectó la existencia de alguna chacra o siembra.

e) Atestado de don Héctor Seguel Cea, perteneciente al Departamento "OS-7" de Carabineros, quien refirió que el 18 de enero pasado acompañó a una patrulla que había hecho un operativo el día 17, con la finalidad de recabar antecedentes relacionados con una posible plantación de marihuana, la que se encontraba en una quebrada prolongada en un predio de propiedad de don Ramón Curillán, de difícil acceso, a la cual bajó a campo travieso, por encima de las quilas, zarzas y canal pudiendo observar su existencia, del desvío de las aguas del pequeño canal existente para el regadío de la plantación, de un cuidado permanente debido a que todo el lugar estaba limpio, el canal no presentaba hojas secas que impidieran el libre escurrimiento de su agua, se apreciaba roce por el corte de las quilas efectuadas con algún objeto cortante, como un machete. Examinó el sector con el objeto de ubicar algún túnel o franja de comunicación y encontró un sendero único entre las quilas, de unos 70 metros de distancia, que nace en la plantación, orientado hacia el camino público, debiendo transitarse agachado o de rodillas, y que impide la visibilidad del tránsito de las personas desde el exterior, presentaba maleza aplastada, lo que evidenciaba un uso frecuente; al llegar al camino público se aprecian los alambres sueltos, demostrativo de un transitar frecuente, seguidamente, por la hierba aplastada éste conducía a la casa del imputado. Agrega que en el sector se tomaron fotos. las cuales reconoce en este acto.

f) Dichos de don Guillermo Reyes Urrea, perteneciente al área operativa del Departamento "OS-7" de Carabineros, quien señaló que fue el encargado del procedimiento relacionado con la denuncia de una plantación de marihuana. Se constituyó en el sitio del suceso, se empadronó un radio de 5 a 6 kilómetros entrevistando a don Segundo Neculmán, quien le indicó que había visto en varias ocasiones en la planicie al imputado portando un machete y sin hacer nada, además, por el dicho de oídas, se inculpaba a éste de dicha plantación.

Asimismo, entrevistó al señor Curillán, quien le indicó que no había visto a nadie en la plantación, que el acusado vive solo; a don Julio Anticol, dueño del terreno, no lo entrevistó, pero sí a don Domingo Anticol, padre del imputado, quien se extrañó de lo consultado y le indicó que no sabía nada. Agrega que tuvo acceso a la carpeta relacionada con los antecedentes del acusado por el cual fue anteriormente procesado por plantación de marihuana el año 1996, y por la similitud que presentaban ambas plantaciones le permiten establecer que el autor de ésta es el mismo que plantó la primera. Aclara que en su calidad de Jefe Operativo ordenó emitir un informe pericial a la Fiscalía en el cuál se establece que buscaron el sendero desde arriba hacia abajo, partiendo de la casa del acusado hacia la plantación, lo que evidencia un error, por cuanto, el sendero comienza en la plantación en dirección al inmueble de éste.

g) Exposición de don Julio Anticot Traipe, quien señala que su estado de salud es regular, por lo que debe dializarse día por medio, lo que lo obligó a radicarse en Nueva Imperial desde 3 años a la fecha. Agrega que es dueño de una propiedad ubicada en el sector Choroico que colinda con la de su sobrino, la que está a cargo de su hermano donde tienen animales a media. Manifiesta que va al campo cada dos meses, cuando lo hace lo recorre en su parte alta, conversa con sus familiares que viven en el sector que son su hermano y sobrino, con quien mantiene buenas relaciones. Refiere que no tiene idea de la plantación e ignora quien la realizó.

h) Testimonio de don Segundo Neculmán Painevil, quien expone que vive solo en la comunidad Choroicoa que ignoraba lo relacionado con la plantación y sólo tomo conocimiento cuando la policía llegó a investigar. Manifiesta que el autor de ésta es el acusado, a quien conoce desde chico, es tranquilo, no es molesto, debido a que en la comunidad se comenta que se acostumbro a este tipo de trabajo, así lo oyó referir a Jorge Tori, Joel Cáceres y Pancho Tori; además, antes de que se descubriera esta plantación vio al acusado transitar por el alto del camino público, distante unos 250 metros de la siembra, portaba un machete, por lo que ahora lo asocia con ella.

i) Aseveración de don Ramón Curillán Quintraqueo, quien expuso que trabajaba en su campo una cuadrilla compuesta de 6 personas a cargo del capataz Heraldito Mejías, quienes procedían a la tala de un bosque de pino que estaba a una distancia de 6 metros de una plantación de marihuana, ocasión en que se detectó ésta por lo que procedió a su denuncia. Estima que su autor es el acusado, a quien reconoció en la audiencia, debido a que anteriormente había tenido una siembra similar y porque lo encontró dos veces en el camino frente a la plantación, la primera alrededor de las 19:00 horas del

13 de octubre del 2000, ocasión en que él se había bajado de un micro, y la segunda, alrededor de las 09:00 horas del 17 de enero, agrega que el bosque era grande, lo que impedía ver la plantación, y que las dos cuadrillas trabajaban en horario de 8 a 6 de la tarde, no quedando nadie en el sector.

J) Set compuesto por 14 fotografías del sector, la primera referida al camino vecinal tomando como referencia el domicilio del acusado hasta la plantación de marihuana; la segunda ilustra el cerco de alambrada y del paso ubicado en la propiedad del acusado; la tercera muestra el cerco de alambrada y paso al terreno del imputado; la cuarta ilustra el camino vecinal de ripio; la quinta muestra el camino de acceso a la plantación; la sexta muestra el camino de acceso a la plantación con desmalezamiento de quilas; la séptima muestra el lugar físico donde se encontró la plantación; la octava ilustra el lugar donde se encontró la plantación de marihuana con el estero "Chalcaco", utilizado como sistema de regadío; la novena y la décima muestran acercamientos de las plantas de marihuana; la décima primera muestra el ingreso al lugar denominado Lliuco, ubicado a 15 kilómetros al sur de Nueva Imperial; la décima segunda muestra en forma parcial, las plantas de marihuana, las décimo tercera y décimo cuarta, muestran acercamientos de las plantas de marihuana; fotografías que fueron reconocidas por el policía Hugo Villanueva en su declaración.

k) Informe pericial emitido por doña Ingrid Clouet Henríquez, quien lo reconoció en el acto de su declaración, por el cual señala que la muestra remitida a análisis corresponde a unidades floridas, (hojas frescas con brote), informa respecto al tráfico y acción de la Cannabis en el organismo humano y

l) Convención probatoria relacionada con la inexistencia de autorización otorgada al imputado para sembrar, plantar o cultivar especies vegetales del género cannabis sativa, acreditado mediante informe del Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) IX Región, elaborado por dona Verónica Martínez Conde, Ingeniero Agrónomo, Directora Subrogante del Servicio, y Acta de destrucción número 03/01 de 09 de febrero de 2001 de 36.990 gramos de hierba, de la Sección de Farmacia del Servicio de Salud Araucanía.

OCTAVO: Que los elementos de juicio que anteceden, apreciados con libertad permiten tener por establecido que el 17 de enero del 2001, personal del Departamento "OS- 7" de Carabineros de Temuco incautó 159 plantas de cannabis sativa, que arrojaron un peso neto de 37 kilos, de 0.6 a 2 metros de altura, que estaban en periodo de madurez y cultivo, plantadas al lado derecho del estero Chalcaco, al borde de una quebrada, en el predio de dominio de Julio Anticoi Traipe, ubicado en el

sector Lliuco a unos 15 kilómetros al sur de la comuna de Nueva Imperial.

NOVENO: Que los hechos así referidos configuran el delito de plantación y cultivo ilegal de marihuana, previsto y sancionado en el artículo 2 de la Ley 19.366, como quiera que un tercero, sin contar con la competente autorización de la oficina regional del Servicio Agrícola y Ganadero más próxima a la ubicación del predio en que ella se efectuó, reglamentada por el artículo 6 y siguientes del Decreto N° 565 del 26 de enero de 1996 que aprobó el Reglamento de la Ley precitada, plantó especies vegetales del género cannabis sativa, productoras de sustancias estupefacientes o psicotrópicas según calificación consignada en el artículo 3 del Decreto N° 565 ya señalado, y definida como planta del género cannabis en el artículo 1°, Letra b) de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Substancias Psicotrópicas de 1988, publicada en el Diario Oficial el 20 de agosto de 1990, concurriendo a su respecto los elementos normativos del tipo penal exigido por la disposición legal antes referida.

DECIMO : Que el Ministerio Público formuló acusación en contra de don Domingo Anticol Quintrel en calidad de autor del ilícito antes referido, pues estima que la investigación proporciona fundamentos serios para su enjuiciamiento y solicitó la aplicación de una pena de 820 días de presidio menor en su grado medio, a una multa de cuarenta unidades tributarias mensuales, más accesorias legales y costas.

La Fiscalía a objeto de acreditar su versión rindió la prueba antes señalada, la que a juicio de los sentenciadores es insuficiente para formarse convicción respecto de la real participación que le pudo haber cabido al señalado Anticoi Quintrel en la plantación de marihuana.

.En efecto, los dichos de los testigos Hugo Ovalle Villanueva, Ricardo Lagos Padilla, Héctor Seguel Cea, y Guillermo Reyes Urra todos funcionarios del departamento "OS-7" de Carabineros de Temuco, discurren respecto al lugar, circunstancias y condiciones en que fue encontrada la plantación, y en relación a la participación que le pudo haber cabido al imputado en los hechos, la que deducen de ciertas situaciones circunstanciales que carecen del mérito probatorio suficiente; así, señalan la existencia de un túnel que nace en la plantación y llega hasta el camino público donde, a su término, se observan los alambres del cerco del camino sueltos, lo que sería demostración evidente de un transitar cotidiano, cuyas malezas las apreciaron aplastadas y en dirección a la casa del enjuiciado. Lo anterior no es revelador en cuanto a la autoría imputada,

debido a que nadie vio al acusado construir, usar o transitar por el señalado sendero y si fue hecho antes, durante o después de haberse descubierto la plantación y la circunstancia de que se haya encontrado hierba aplastada en dirección a su casa no es demostración suficiente de que este haya transitado exclusivamente por ese lugar en dirección a la plantación debido a que vive en ese sector; además se debe tener presente que en el informe policial ordenado y firmado por el policía Guillermo Reyes Urra se consignó su ubicación partiendo de la casa del acusado hacia la plantación, es decir, de arriba hacia abajo, situación que el policía estimó como un error; por lo que sus dichos pierden consistencia para estos efectos. Asimismo, la existencia del mencionado pasaje no fue considerada en el levantamiento topográfico realizado y reconocido por doña Sandra Jorquera Moran, Ingeniero Geomensor, porque no existía a la fecha de su confección.

A su vez, en relación a la inculpación que hace el testigo Segundo Neculmán, quien señala haber visto al imputado transitar por el camino público portando un machete a unos 250 metros de la plantación, y haber oído en la comunidad a terceros comentando que el autor de la plantación era el mismo, se debe señalar, en relación al primer aspecto, que el hecho que haya sido visto caminando en lo alto del camino público no es sugerente de su participación en estos hechos, debido a que no se une y no se explica por el testigo la relación existente entre la plantación y su transitar, teniendo presente que el acusado debe hacerlo porque vive en el sector; y en relación a lo segundo, cabe destacar que la inculpación es de oídas, derivada del dicho de terceros, no es testigo presencial, lo que resta credibilidad a su testimonio.

Por su parte, el testigo de la Fiscalía Ramón Curlián Quintraqueo, que aseveró haber visto dos veces al imputado caminando cerca de la plantación, tampoco es un testimonio relevante, debido a que no explica que estaba haciendo el acusado en ese lugar, de dónde venía, a dónde se dirigía y si su presencia en el lugar tenía alguna relación con la plantación sub-lite; además, se dijo que no se llevaba bien con la familia Anticol, con la cual han existido ciertos problemas judiciales, por lo que su testimonio pierde consistencia y verisimilitud.

En lo que dice relación con la prueba documental aportada por la Fiscalía, en nada mejora lo antes señalado, debido a que el informe médico de don Julio Anticol Traipe sólo informa que es portador de insuficiencia renal crónica y se encuentra actualmente en programa de hemodiálisis crónica debiendo dializarse tres veces por semana; el set fotográfico -reconocido por Hugo Ovalle Villanueva- ilustra respecto al lugar en que fue encontrada la plantación y de los diversos accidentes

del terreno; la ficha policial del imputado, incorporada mediante su lectura y exhibición, señala los hechos por los cuales fue detenido el 23 de enero de 1996 por infracción a la Ley 19.366, por hechos distintos a éstos y que no guardan relación alguna; lo mismo ocurre con el proceso rol 45.840 del Juzgado del Crimen de Nueva Imperial seguido en contra del imputado e instruido por la denuncia y ficha policial antes señalada, los cuales se refieren a hechos ocurridos el año 1996 que no tienen conexión con los hechos que motivaron este juicio y que carecen del valor para determinar la participación de autor Imputada al procesado.

DECIMO PRIMERO: Que en mérito de lo reflexionado, forzoso es concluir que la prueba analizada es insuficiente para tener por acreditada la participación culpable imputada al acusado, atendida su carácter de indiciaria y circunstancial, pues careció del mérito probatorio suficiente para destruir la presunción de inocencia que ampara al encartado no existiendo en el hecho, ninguna prueba directa o antecedente real y concreto que lo vincule con la plantación de marihuana antes señalada; por ende, deberá ser absuelto de la acusación deducida en su contra por el Ministerio Público, acogiendo así la petición de la defensa, fundado en que nadie puede ser condenado sino cuando el Tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él le hubiere correspondido una participación culpable y penada por la ley, convicción que el Tribunal no adquirió.

DECIMO SEGUNDO: Que la defensa solicitó la absolución del enjuiciado fundado en que no existen antecedentes directos que lo vinculen con la plantación de marihuana en cuestión, y para demostrar su pretensión produjo el testimonio y levantamiento topográfico realizado y reconocido en Juicio por dona Sandra Jorquera Moran, ingeniero geomensor, que sólo ilustra la ubicación de la plantación, inmuebles de los vecinos del sector y sus distancias; y el atestado de don Oscar Arias Parra, productor cinematográfico, quien visitó el lugar donde obtuvo las muestras que conforman el set fotográfico acampanado compuesto por 26 fotografías, las que reconoció en juicio, que solo ilustran respecto a las diversas vías de acceso, construcciones, plantaciones de pinos, cercos, huellas y caminos del lugar.

Por estas consideraciones y de acuerdo con lo señalado en los artículos; 1 del Código Penal; 1°, 4°, 36, 38, 48, 275, 281, 282, 284, 285, 286, 289, 290, 291, 292, 295, 296, 297, 298, 302, 306, 309, 314, 315, 319, 323, 325, 326, 328, 329, 338, 339, 340, 342, 343, 344, 347 del Código Procesal Penal y 2° de la Ley 19.366, el

resultado del acuerdo realizado y por unanimidad se declara:

Que se absuelve al acusado DOMINGO JOVINO ANTICOI QUINTREL, individualizado, de la acusación fiscal deducida en su contra que lo estimó responsable en calidad de autor del delito de plantación y cultivo ilegal de marihuana, hecho ocurrido el 17 de enero de 2001 en el sector Lliuco, comuna de Nueva Imperial.

Que se reitera el alzamiento de la medida cautelar personal señalada en el artículo 155 letra d) del Código Procesal Penal que lo afectaba, debiendo tomarse nota en todo índice, registro público y policial en el que figuraren.

Devuélvase a la Fiscalía y a la Defensoría Penal Pública la documentación que acompañaron durante la

audiencia, signadas como evidencias números 1 a 5 y 1 y 2, respectivamente.

Que se condena en costas al Ministerio Público.

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

RUC: N° 0100002723-1

RIT: N° 006/2001

PRONUNCIADA POR DON JORGE GONZALEZ SALAZAR, LEOPOLDO VERA MUÑOZ y ERASMO SEPÚLVEDAVIDAL, JUECES TITULARES DE LA SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE TEMUCO. Redacción de don Erasmo Sepúlveda Vidal. DA FE, PILAR HERMOSILLA CALLE, JEFE DE LA UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE CAUSAS.