MINISTERIO PUBLICO
FISCALIA NACIONAL

Boletín del Ministerio Público

Edición Especial

ISSN 0718-0543

Nº 32 - SEPTIEMBRE 2007

MINISTERIO PUBLICO
FISCALIA NACIONAL

Boletín del Ministerio Público

Nº 32 - Septiembre de 2007
Edición Especial

Fiscal Nacional y Representante Legal:
Guillermo Piedrabuena Richard

Encargado del Boletín del Ministerio Público:
Jorge Vio Niemeyer

Colaboradores:
Andrea González Leiva

Antonia Calderón Labra
Secretaria

Comité Editorial:

Pablo Campos Muñoz
Coordinador

Blanca Alarcón Zúñiga
Iván Fuenzalida Suárez
Sandra Luco Castro
Ricardo Mestre Araneda

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

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

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

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

E-mail: jvio@minpublico.cl

Teléfono: 6909290

Las sentencias publicadas en el Boletín del Ministerio Público, se encuentran diagramadas de acuerdo al estilo de edición del Boletín y sus textos son la transcripción de los originales, salvo cuando involucran a menores de edad, caso en el cual, los nombres de las víctimas, testigos y parientes son reemplazados por sus iniciales para resguardar la identidad del menor.

Las expresiones contenidas en los artículos publicados son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan, necesariamente, la opinión del Ministerio Público.

ÍNDICE

PRÓLOGO 7

I. FALLOS

Tribunales de Juicio Oral en lo Penal

Declara que la alevosía requiere tanto de un ánimo del autor de actuar sobre seguro, como de las circunstancias objetivas que permitan afirmar que puede actuar de dicho modo. ***Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas***, uno de diciembre de dos mil seis. 11

Condena por el delito de sabotaje informático señalando que la modificación de un index implica alterar un sistema de tratamiento de la información. ***Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena***, cinco de abril de dos mil siete 25

Condena por el delito del artículo 196 A bis de la ley 18.290 por estimar que no es posible alegar ignorancia respecto de la falsedad de un permiso provisorio para conducir que no ha sido solicitado ante un Tribunal de Justicia dentro del marco de un proceso judicial. ***Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena***, veintitrés de mayo de dos mil siete. 73

Declara que la ley 20.191 no puede ser considerada una ley penal más favorable, porque su objetivo fue introducir precisiones a la ley sobre responsabilidad juvenil y no despenalizar o aminorar sanciones penales a menores. ***Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago***, veintisiete de junio de dos mil siete. 79

Cortes de Apelaciones

Aclara que frente a una eventual desproporción o inconstitucionalidad del artículo 450 del Código Penal, sólo es posible remediarlo con una reforma legislativa o una declaración de inconstitucionalidad. ***Corte de Apelaciones de Valparaíso***, veintinueve de marzo de dos mil siete. 112

Declara que en los procedimientos simplificados en que el imputado admite responsabilidad no se producen ni un juicio ni una sentencia definitiva impugnable por la vía de un recurso de nulidad. ***Corte de Apelaciones de Talca***, treinta de marzo de dos mil siete. 116

Señala que al proteger el mismo bien jurídico, en este caso la propiedad, tanto el delito de robo con intimidación como el delito de robo con fuerza resultan ser delitos de la misma especie. ***Corte de Apelaciones de Arica***, tres de abril de dos mil siete. 120

Manifiesta que la agravante del artículo 12 N°4 del Código Penal exige que el actor inflija un daño mayor en la ejecución del delito, por lo cual sólo puede concurrir si dicha acción ocurre antes de la consumación de éste. ***Corte de Apelaciones de Valdivia***, dieciocho de mayo de dos mil siete. 123

Señala que si bien la doctrina que informa el Código Procesal Penal manifiesta una especial preocupación por el imputado entregando, por ejemplo, la posibilidad de aplicar salidas alternativas, ello no excluye la obligación jurisdiccional de velar por el resguardo y protección de la estabilidad social y seguridad de los ciudadanos. ***Corte de Apelaciones de Coyhaique***, veinticinco de mayo de dos mil siete. 126

Señala que si un adolescente es sorprendido en situación de flagrancia, su detención por parte de la policía se encuentra ajustada a derecho. ***Corte de Apelaciones de Temuco***, nueve de julio de dos mil siete. 130

Señala que la detención de un adolescente en situación de flagrancia no es ilegal. ***Corte de Apelaciones de Temuco,*** diez de julio de dos mil siete. 131

Declara que la exigencia de encontrarse formalizada la investigación para solicitar medidas cautelares reales sólo procede en aquellos casos en que la víctima esté preparando la demanda civil. ***Corte de Apelaciones de La Serena***, dieciocho de julio de dos mil siete. 132

Declara que el uso de arma blanca no es un elemento que integre el tipo de robo con violencia o intimidación, procediendo aplicar la agravante del artículo 450 inciso 2° del Código Penal cada vez que se haga uso de éstas. ***Corte de Apelaciones de Temuco***, uno de agosto de dos mil siete. 134

Recuerda que el recurso de nulidad por la causal del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal tiene por objetivo asegurar la observancia de ciertas garantías esenciales dentro del procedimiento, quedando por ello fuera de la competencia de los Tribunales que conocen de ella el pronunciamiento respecto de temas de fondo. ***Corte de Apelaciones de San Miguel***, seis de agosto de dos mil siete. 137

Señala que si bien no existe definición legal respecto de la convivencia, la interpretación judicial la podrá encontrar en todas aquellas situaciones familiares que presenten características basadas en la estabilidad del vínculo y la unión afectiva. ***Corte de Apelaciones de Iquique***, nueve de agosto de dos mil siete. 153

Declara que el estándar de convicción respecto de la peligrosidad de un enajenado mental es más bajo que el requerido para condenar en un juicio oral. ***Corte de Apelaciones de Talca***, diecisiete de agosto de dos mil siete. 157

Corte Suprema

Señala que una vez detenida una persona por orden judicial, esta orden se agota y no faculta a más diligencias por parte de los funcionarios aprehensores. ***Corte Suprema***, seis de junio de dos mil siete. 163

Señala que en el robo con homicidio la muerte puede deberse a una acción cometida con dolo eventual en pos de la intención de asegurar el éxito de la apropiación, vale decir, no matar para robar, sino al robar. ***Corte Suprema***, doce de julio de dos mil siete. 168

Declara que en un juicio simplificado no se requiere detallar los puntos sobre los cuales declarará un testigo para que su testimonio pueda ser presentado como prueba. ***Corte Suprema***, veintinueve de agosto de dos mil siete. 186

Tribunal Constitucional

Declara que los artículos 261, 262 y 264 del Código Penal describen con claridad el núcleo central del tipo delictivo cumpliendo con el principio de legalidad. ***Tribunal Constitucional***, catorce de agosto de dos mil siete. 193

Contraloría General de la República

Declara que los fiscales del Ministerio Público son funcionarios públicos y que por expresa disposición del artículo 84 de la ley 19.640 están autorizados para asociarse gremialmente. ***Contraloría General de la República***, catorce de agosto de dos mil siete. 196

II. SENTENCIAS COMENTADAS

Titularidad de la exclusión de pruebas y valoración de la prueba rendida.
Silvia Peña Wasaff 201

Comentario de fallo de la Corte de Copiapó sobre exclusión de pruebas en procedimiento simplificado.
Silvia Peña Wasaff 207

Revocación de la suspensión condicional del procedimiento.
Silvia Peña Wasaff 213

Comentario fallo de Corte Suprema rechaza pretensión de ausencia de pena en la Ley 20.084.
Iván Fuenzalida Suárez 218

III. ARTÍCULOS

El principio constitucional de publicidad y el Ministerio Público.
Miguel Ángel Fernández González 229

Prueba ilícita y recurso de nulidad (o ¿para qué está la Corte Suprema?).
Héctor Hernández Basualto 236

Reflexiones sobre el tratamiento penal del consumo de drogas.
Daniel Martorell Correa 242

Ocho años de política criminal: un legado para el futuro.
Jean Pierre Matus A. 249

Consideraciones sobre la aplicación temporal de la nueva regla de cómputo del plazo de prescripción de la acción penal en delitos sexuales con víctimas menores de edad.
Guillermo Oliver Calderón 261

Exposición del Fiscal Nacional en la Universidad Católica Sede Talcahuano sobre "el rol del Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal", agosto, 2007.
Guillermo Piedrabuena Richard 268

Reforma Procesal Penal: revitalización de la discusión constitucional del derecho en Chile.
María Cecilia Ramírez Guzmán 279

IV. OFICIOS E INSTRUCCIONES

Informa sentencia de la Excma. Corte Suprema, dictada en recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública, en causa sobre delito de hurto. Oficio Nº 847, 20 junio de 2007 289

PRÓLOGO

En abril del año 2001, a unos pocos meses de iniciada la operación del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, la División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión del Ministerio Público, tuvo la iniciativa de generar algún medio de difusión de la jurisprudencia y del debate jurídico producido en el marco de la Reforma, a fin de compartir con la comunidad jurídica los detalles de la discusión que daba forma al nuevo sistema y, al mismo tiempo, sumar nuevos actores a su desarrollo. Rápidamente, esta propuesta se transformó en el primer número del Boletín, aparecido en mayo de 2001 con las mismas secciones que hasta hoy le dan contenido.

Durante ese primer año la publicación se editó regularmente, con frecuencia mensual. A partir del año 2002, la incorporación de tres nuevas regiones al sistema incrementó significativamente el número de fallos que los tribunales de la Reforma dictaban, por lo que su examen y selección obligó a espaciar la edición de cada ejemplar a una frecuencia bimensual. Durante este tiempo, el trabajo de diagramación, edición, impresión y encuadernación fue muy artesanal y desarrollado con recursos propios del Ministerio Público, pero a partir del año 2003 el Boletín crece, adquiere formato de libro, el trabajo de impresión se externaliza y la frecuencia se hace trimestral.

Hoy, cuando con satisfacción vemos que el Boletín se ha consolidado como una herramienta valorada en la difusión del debate jurídico, el Ministerio Público ha querido entregar una edición especial, con las secciones de siempre, pero incrementando significativamente la sección de artículos. Ello ha sido posible gracias a la colaboración generosa de varios juristas destacados, cuyos trabajos, sin duda, constituyen un valioso aporte al desarrollo de un sistema ya instalado en todo el país.

Agradecemos a quienes durante este tiempo han escrito en nuestras páginas y a quienes han trabajado cotidianamente para hacer posible que cada número llegue hasta ustedes. Agradecemos también sus valiosos comentarios que nos estimulan a seguir creciendo.

Finalmente, este ejemplar comienza a circular cuando restan poco días para el término de la gestión del primer Fiscal Nacional del Ministerio Público, don Guillermo Piedrabuena Richard y, ciertamente, este Boletín no puede dejar de expresarle especiales agradecimientos. La rapidez con que se aprobó la iniciativa de crear el Boletín, obedeció a la importancia que el Fiscal Nacional le otorgó a la difusión de los aportes jurisprudenciales y doctrinarios que producía la Reforma. Una muestra inequívoca de la especial significación que para él ha tenido esta labor de difusión la encontramos en su permanente preocupación por participar personalmente –y más allá de las demandas de su cargo- en la selección del material a publicar y en el aporte de sus propios trabajos. Este Boletín es, en consecuencia, una de las huellas que nos deja su administración y esta edición especial es nuestra forma de agradecerle.

Fiscalía Nacional del Ministerio Público

I
Fallos

Boletín del Ministerio Público

TRIBUNALES DE JUICIO ORAL EN LO PENAL

- **Declara que la alevosía requiere tanto de un ánimo del autor de actuar sobre seguro, como de las circunstancias objetivas que permitan afirmar que puede actuar de dicho modo.**

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

Resumen:

El Ministerio Público acusó al imputado como autor de dos delitos de homicidio calificado, cometidos con alevosía, uno en grado de consumado y el otro en grado de frustrado. Alegó la concurrencia de la agravante del artículo 12 Nº 20 del Código Penal. El querellante se adhirió a la acusación fiscal. La Defensa sostuvo que los hechos correspondían a delitos de homicidio simple, y solicitó el reconocimiento de la atenuante del artículo 11 Nº 8 del Código Penal. El Tribunal consideró que los hechos se encuadraban dentro de la figura típica del homicidio, porque obrar sobre seguro, figura esgrimida por el fiscal y querellante, significa crear o aprovechar condiciones fácticas que permiten al agente evitar todo riesgo de su persona, siendo esencial que las condiciones en que obre el hechor, hayan sido o no provocadas por él, sean determinantes para la perpetración del homicidio. Pero además se requiere que haya una posición subjetiva por parte del hechor. Siendo que con la prueba rendida no se logró acreditar, directa o indirectamente, una intención de carácter alevoso en el acusado, se hizo imposible para el Tribunal, respetando la debida interpretación judicial, arribar a la conclusión contraria. En cuanto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, rechazó la agravante solicitada por la Fiscalía porque el uso del arma era inherente al delito cometido, no estando permitida su doble valoración. También desechó la atenuante invocada por la Defensa, por cuanto no existió una real posibilidad por parte del acusado de huir escapando del control policial.

Texto completo:

Punta Arenas, uno de diciembre de dos mil seis.

Vistos, oídos y considerando:

PRIMERO: **Individualización.** El 27 y 28 de noviembre de 2006 la **Segunda Sala**, Jueces Jovita Soto Maldonado, Presidente, Fabio Gonzalo Jordán Díaz y Álvaro Mesa Latorre, realizó juicio oral, por delitos de homicidio calificado. Seguida en contra de **Hernán Sergio Gamín Tocol,** C. I. Nº10.933.184-8, 38 años, soltero, trabajador jornal, Mardones 1199 Porvenir. Fiscal Alejandra Guevara Mendoza. Zavattaro 273 de Porvenir y José Menéndez Nº 900, de esta ciudad. Querellante Martina Pradenas Uribe, adhirió a la acusación. Maipú Nº 955 de Punta Arenas. Defensor Penal Público Ramón Bórquez Díaz. Señoret 486 de Porvenir y Avda. Colón Nº 1106 de Punta Arenas.

SEGUNDO: Acusación. En lo esencial se reduce, pues fue leída en la audiencia íntegramente, al hecho que entre la medianoche del día 20 de marzo del año 2006 y la madrugada del 21 de marzo de mismo año, el acusado Hernán Sergio Gamin Tocol, alias el "pitufo", se encontraba al interior de la Plaza central de Porvenir, en compañía de Claudia Manquilepi y de Paola Andrea Zambra. Luego llegaron Iván Javier Paredes Ilnao, alias el "gringo", en compañía de Alex Oyarzo Quintullanca. Acto seguido, al ver que venían acercándose al sector, el acusado, por altercados previos, que durante la tarde del día 20 de marzo de 2006 había sostenido y que el acusado les manifestó abiertamente su intención de cobrar venganza en su contra, se enfrentó en primer termino a Alex Oyrazo con el arma empuñada, propinándole una primera puñalada en su cuerpo, con lo cual Oyarzo cayó al suelo indefenso, momento en el cual el acusado aprovechándose de la indefensión de su victima y seguro de la imposibilidad de este de repeler el ataque, actuando sobre

seguro, procede a proferirle sendas y certeras puñaladas con el arma cortante, en tórax, abdomen y, dejándolo inmóvil en el lugar. Luego, emprendió el ataque a su segunda victima Iván Paredes. Esté arranca hacia el sector céntrico de la plaza siendo perseguido por el acusado quien al dar alcance, propina sendas ,certeras y mortales puñaladas en su cuerpo, específicamente y forma deliberada, puñaladas en la zona toráxica y una en un brazo. Actuar del acusado que en todo momento fue sobre seguro. Heridas todas mortales y del tipo homicidas a consecuencia de las cuales fallece en el mismo lugar **Iván Paredes Ilnao** dándose a la fuga el acusado. Siendo la causa de muerte anemia aguda, sección parietal aorta, heridas penetrantes toráxicos con lesión de corazón y pulmón, debido a heridas corto punzantes múltiples penetrantes a tórax del tipo homicida, las cuales aun de haber mediado asistencia médica no se habría podido impedir el resultado de muerte. **Por su parte, Alex Oyarzo** resultó con heridas penetrantes toraxicas, hemotórax bilateral, heridas penetrantes abdominales, heridas corto punzantes de intestino delgado, shock hipovolemico compensado, heridas corto punzantes ambos antebrazos, con una incapacidad de aproximadamente 60 días, lesiones mortales de no haber mediado tratamiento médico y quirúrgico oportuno.

Hechos descritos que configuran el delito consumado de Homicidio calificado por alevosía en perjuicio de Iván Javier Paredes Ilnao, descrito y sancionado en el artículo 391 N° 1, circunstancia primera del Código Penal; el delito frustrado de Homicidio Calificado por Alevosía en perjuicio de Alex Oyrazo Quintullanca descrito y sancionado en el articulo 391 N° 1 circunstancia primera del mismo texto. Al acusado, le corresponde participación en calidad de autor. Del mismo modo no concurren circunstancias atenuantes, pero si la agravante del articulo 12 N°20 del Código Penal. La pena pedida es 12 años 184 días de presidio mayor en su grado medio mas las accesorias y 7 años 184 días de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias por los delitos de homicidio ya descritos en contra de Iván Paredes y Alex Oyarzo respectivamente.

TERCERO: Defensa. Durantes sus alegatos, en manera alguna rebatió la existencia de los hechos punibles y la participación de su defendido en ellos. Se limitaron sus argumentaciones a pedir la recalificación de los hechos. Ello, pues en su concepto, no concurre la circunstancia Alevosía. Cita Jurisprudencia al efecto. Pues si bien el imputado llevaba un cuchillo, se enfrentó a 2 personas. Entonces, no hubo ocultamiento, ni de la intención, ni de los medios empleados. Los hechos se desencadenaron a propósito de una pelea entre el acusado y las victimas. Por ello, sólo cabe considerar los hechos como homicidio simple consumado y homicidio simple frustrado. Alega atenuante del artículo 11 N° 8 del Código Penal. Rechaza la agravante del artículo 12 N°20 del mismo texto. Solicitando se aplique como pena, los mínimos legales.

CUARTO: Ponderación de la Prueba.

En cuanto a la ocurrencia del hecho, sus circunstancias y fijación del sitio del suceso.

El **Sitio del suceso** es descrito profesionalmente y sin objeciones, a través de fotografías por el perito **Pietro Castillo Díaz.** En su análisis muestra la Plaza de Armas de la ciudad de Porvenir. Fijó fragmentos de vidrio, una casaca azul petróleo, que tenía variadas manchas. En el costado de pileta había una caja de vino, también una botella de pisco; una bolsa de nylon donde se habría encontrado el cuerpo de occiso y al lado donde se encontró el cuchillo; una vaina o estuche de cuchillo y varios lugares en el suelo había manchas pardo rojiza. En igual sentido, el perito **Norman Sanhueza González** quien a través de su levantamiento planimétrico exhibido en lámina, analizó en forma similar a su colega, el sitio del suceso ya expuesto y la evidencias encontradas. Precisó que en su concepto el cadáver estaba de cubito lateral derecho, su rostro orientado hacia el centro de

la plaza. Además en el sector existen variadas luminarias, agregó que se encontró un jockey blanco. Explicación del sitio también realizada por el funcionario Víctor Hernández.

Claudia Viviana Manquilepi Castro. Menor 17 años -estuvo muy afectada durante la audiencia- Expuso que conocía al acusado y también a Javier Paredes Ilnao -apodado el "gringo"- y Alex Oyarzo Quintullanca. El día de los hechos en la plaza de Porvenir conversaban y otros tomaban. Ella no tomaba. Alex tuvo una discusión con el acusado al inicio. La discusión la comenzó Alex. Debieron interceder para que no se transaran a golpes. Ambos se insultaban mutuamente. El acusado amenazó a Alex Oyarzo como: "me las vas a pagar". Echaron al "pitufo" para que se fuera del grupo. Luego se retiró y más tarde nuevamente estuvo allí con su amiga Paola en la plaza, sector pileta. También llegó el "pitufo". Este sacó del cinturón un cuchillo envuelto en papel con scotch. Era grande con cacha negra y filo grueso -explica con las manos aproximadamente un largo de 30 cm.- El acusado, jugaba con él y lo pasaba cerca de sus cuerpos. Más tarde llegaron sus amigos Paredes y Oyarzo. "Pitufo", ese día no estaba curado. Como sabía que podría haber problemas, les dijo a sus amigos que se fueran. El acusado empezó a discutir con Alex. Acto seguido el acusado con el mismo cuchillo, empezó a apuñalar a Alex Oyarzo, éste no alcanzó hacer nada para defenderse, porque estaba muy ebrio. El "pitufo", desafió a pelear a Alex y le decía peleemos. A su vez Alex le indicaba; ya pues" entiérralo". Vio que el acusado apuñaló en el estomago más de una vez a Alex. Luego éste cae al piso y lo sigue apuñalando Gamin Tocol. Alex estaba con quejidos. Por otro lado el "gringo" andaba mal, muy ebrio y pedía que lo dejaran; empujaba de la ropa a Gamín, pegándole unos golpes para que soltara al Alex. Ella estaba cerca de la calle Philippi. Su amiga estaba más atrás suyo. El "gringo" apenas corría, iba lento y el acusado lo apuñaló cerca del monumento. Ella estaba de espalda al "pitufo"- pero ve como hace el gesto del cuchillo. Luego "el pitufo estuvo fuera de su casa. Precisó que con lo que vio quedó mal y fue llevada al Hospital, pues tomó unas pastillas con alcohol. Reconoce **fotografías** de la plaza de Porvenir, -ya relatada por peritos- donde estaba escondida y el lugar donde quedó la carpeta roja. Afectación causada en el día de los hechos confirmada por el perito médico **Jorge Andaur Araneda** quien señaló, que la testigo ingresó cerca de las 04:00 horas por intentó de suicidio y relató que había sido testigo de un asesinato y empezó a tener alucinaciones visuales y auditivas con el acusado; así que se acercaba al Hospital. Ella tenía un estrés postraumático. Ella llegó intoxicada y con presencia de alcohol. Al lavado del estómago se encontró fármaco y abundante alcohol, lo que revela que su ingesta fue reciente. Luego relató lo que vio y que el acusado había arrancado y fue amenazado por éste, tenía miedo que le hiciera algo a ella y su familia. Dichos ratificados al funcionario Víctor Hernández.

Paula Andrea Zambra Cisterna. Aseveró que al acusado lo conoció como "pitufo" en día de los hechos -20 de marzo de 2006- en la plaza por Claudia Manquilepi. Cerca de las 00:00 horas fue con Claudia a la plaza, sintieron unos silbidos y era el "pitufo". Conversaron cerca de la pileta con el acusado. El "pitufo empezó a molestar con un cuchillo haciendo alarde que lo sabía ocupar y lo pasaba cerca de sus rostros. Lo sacó del cinturón. El imputado no estaba curado pero tenía olor alcohol. Luego llegaron 2 jóvenes caminando, que Claudia conocía. El "pitufo" corrió con la intención de matarlos. Dijo que los iba matar; -a "pitiar"-. En esos momentos al acercarse sacó el cuchillo. Arrancó con su amiga, pero Claudia después se devuelve, por que los conocía. Claudia viene corriendo y le dice, este huevón se los "pitio". Lo que observó en el borde de la pileta fue una polera blanca. Esta persona estaba de pie y el "pitufo" estaba dándole puñaladas en el cuerpo. Al otro día se enteró que había muerto un chico en la plaza .Dichos ratificados al funcionario Víctor Hernández.

Danilo Gerardo Bahamonde Cárcamo. Declaró que el 20 de marzo del 2006 cerca de las 22:00 horas, estuvo con su polola dando vueltas por Porvenir. Alrededor de las 00:00 horas ingresan a la plaza hacia el monumento central. En la pileta había como 4 personas conversando. De repente escuchó una discusión, gritos, garabatos, -"te voy a cazar concha de tu madre"- subió a la banca y había 3 sujetos discutiendo. Uno sacó la chaqueta oscura**,** la envuelve en el brazo, y se pone pelear y hace un movimiento con la mano hacia delante, este le daba la espalda. La otra persona empuñaba algo, porque brillaba, el tercer sujeto estaba cerca y salen 2 chiquillas corriendo. Mira de nuevo y ve que un sujeto va correteando a otro, venía hacia la calle Jorge Schyte, dieron la vuelta, lanza uno de ellos una botella, hacia atrás y luego caen al piso, se levantan y uno tenía un polera roja, caen al piso de nuevo y siente un grito. Luego de esto se fueron y llamaron desde el celular a los carabineros. Se le exhibe y explica su ubicación en la plaza, según informe planiméttrico y foto del monolito central de la plaza. Visibilidad ratificada por al funcionario Víctor Hernández.

Jorge Enrique Fernández Faúndez. Aseveró que conoce al acusado alias "pitufo". En la comunidad era conocido como agresivo, incluso conversando con él consideraba que "la llevaba", queriendo decir que era el más malo de Porvenir. Asimismo conoció al "gringo" y Alex Oyarzo. El día 20 de marzo del 2006 como a las 20:00 horas estaba con unos amigos -Mauricio, Claudia en la Pileta y estaba "pitufo". Su tío Alex Oyarzo y Javier Paredes estaban tomando en una banca, estaban ebrios**.** El acusado pasó a llevarles el trago. Se enojaron y lo increpan a éste, y le dicen que no tenía por que pasarle a llevar el trago. Pero el acusado les saca la madre y les dice iba regresar y que los iba a "cargar". Este estaba enojado. Ese día le mostró un cuchillo de cacha negra. Esa noche Carabineros le mostró un cuchillo amarillo y negro que reconoció. Este lo llevaba el Iván -"gringo"- con estuche negro a la altura de la cintura, lo vio ese día en la plaza cuando estaba con su tío Alex Oyarzo. "El gringo" le dijo que había traído este cuchillo por si acaso, porque a él lo tenían amenazado y además y va volver por mí. El se va había ido "cargar", por si iba el "pitufo" a la plaza. El "gringo", se estaba preparando para pelear, con el "pitufo". Era obvio, porque el pitufo iba a buscar a las personas. Señaló, que su tío Alex se lo regaló el cuchillo mencionado a Iván. xplica el largo de arma con las manos, da aproximadamente unos 20 a 25 cm. Expresión que el "gringo" se había ido "cargar". Ratificada por funcionario Víctor Hernández.

En lo fundamental, los testimonios de los 4 testigos anteriores 2 presenciales -Manquilepi y Bahamonde, otra con caracteres de presencial en algunos aspectos -Zambra delito en la persona de Alex Oyarzo -y el indirecto- Fernández Faúndez-, no fueron objeto de ningún reproche sobre su credibilidad por la defensa, ni menos fueron objetados en otros aspectos de fondo. Sus relatos son seguros, pormenorizados y coherentes. Se refieren a los hechos en su lenguaje y en forma cotidiana. Tienen claridad sobre la ubicación, y fecha de ocurrencia de los hechos-Manquilepi, Zambra y Bahamonde-. De la misma forma distancia y atención sobre los sucedido-Manquilepi, Zambra y Bahamonde. Los mismos testimonios, indican las personas que se encontraban y participaron en dichas conductas y las armas utilizadas. De lo sucedido con anterioridad a los hechos y su gestación dan cuenta, Manquilepi y Fernández Faúndez. Finalmente se aprecia de sus dichos, que el autor de los ilícitos fue el acusado Gamín Tocol -según Manquilepi, Zambra y Bahamonde.

En la misma línea anterior los **Funcionarios de Carabineros. Gredomirio Pino Arenas. Alex Aquiles Flores Yañez. Nelson Silva Saldivia. Pino Arenas.** Aseveró que el día 21 de marzo de 2006 en plaza había una pendencia. Al llegar al lugar, vio cerca de 00:15 a 00:20 horas a una persona fallecida en el suelo. Era Paredes Ilnao, estaba a 20 metros

del monolito principal, parka roja. Al frente de la única pileta de la plaza, había una persona lesionada con quejidos, en posición fetal, en la plaza no había nadie más. Al lado del occiso había un cuchillo pequeño podría ser negro y amarillo -que reconoce en la audiencia y que no tenía manchas de sangre- y al lado del lesionado la funda y una chaqueta oscura. Fernández Faúndez, les dijo que antes había estado Gamín Tocol, alias el "pitufo". Reconoce en fotos la plaza de Porvenir y explica lo ya expuesto. Identifica evidencias chaqueta, polera del occiso y chomba de lesionado. **Flores Yañez.** Declara en forma similar, respecto al sito del suceso y reconoce el cuchillo negro con amarillo. Precisó que Jorge Fernández le había visto el cuchillo a su tío y sabía que iba volver a la plaza. Este cuchillo estaba en poder del "gringo". Añadió que Danilo Bahamonde da información sobre la participación de Gamin Tocol**.** Este al entregarse voluntariamente explicó lo que había pasado y se vanagloriaba de lo que había hecho .El acusado ese día vestía chaqueta y pantalón de mezclilla. En su declaración reconoce que los hechos empezaron a las 20: 00 a 20:30 horas, pues el fue comprar el alcohol, quería tomar más que los demás y lo echan, vuelve con pisco y procede a desafiarlos a pelear: "peliemos ahora". Dice que procede a quitarle un cuchillo y a lesionar a uno; al otro lo siguió y lo botó con una zancadilla y cae al suelo y ante la solicitud del occiso de: "**que no me matí",** el acusado le señaló que se la estaba cobrando y procede apuñarlo en el piso. **Silva Saldivia.** El 21 marzo del 2006 por teléfono Danilo Bahamonde manifestó que había presenciado un riña con una lesionado. La unidad llegó a la 00:10 horas. Al imputado se le conocía por detenciones por ebriedad y agresiones era el "pitufo". El imputado sangraba de la cabeza y de la mano tenía una peladura en mano y en la frente. El relató tranquilamente como con un arma blanca se envolvió la chaqueta en la mano, como le ensartó el cuchillo a uno y luego a otro. Dijo que habían tenido una riña y se defendió. Le indicó como puso chaqueta en la mano y luego muestra con la mano como hizo con el cuchillo. Esta persona tenía olor alcohol pero estaba lúcido. La orden de detención en contra Gamín fue después que este se había entregado. Entrega voluntaria que esta ratificada por funcionario Víctor Hernández.

Los testimonios anteriores de igual forma, no fueron desacreditados de manera alguna por la defensa y son valiosos porque tienen conocimiento de los hechos inmediatamente de ocurridos. Aseveraciones que permiten corroborar el sitio del suceso, ya explicado por los testigos anteriores y los peritos Castillo y Sanhueza. También estos relatos permiten apreciar la fecha, lugar y hora aproximada en que ocurrieron los hechos; asimismo como vestía el occiso, esto es una **parka roja.** Prenda que fue introducida junto al **beatle negro** que llevaba la víctima, y **el Jersey** blanco del lesionado**.** Vestimentas que tenían múltiples orificios por la acción del arma blanca. También la casaca **de Mezclilla** del acusado**.** Prendas todas en las que se observó a simple vista manchas de sangre. Reconocen el cuchillo encontrado lado del occiso, una funda, aprecian los quejidos al llegar de Oyarzo; también señalan, la participación del Gamín, aunque éste, le agrega que fue una riña. Además, que el cuchillo negro con amarillo encontrado al lado del occiso no tenía manchas de sangre. Ratificado este tema del cuchillo amarillo y que este es dentado por funcionario Víctor Hernández.

Ahora bien, las manchas que describen los peritos y testigos anteriormente citados, fueron confirmadas como sangre humana por el informe entregado por escrito por la perito químico **Marjorie Vallefin Carballo**. Antecedente en todo caso no discutido en la audiencia.

Manteniendo la perspectiva anterior, en **cuanto a la gravedad de las heridas** recibidas por el occiso Paredes Ilnao y el lesionado Oyarzo Quintullanca, su compromiso de riesgo vital**;** se pondera lo expuesto de manera

congruente, concluyente y pormenorizada por los peritos **Carlos Castro Aguilar.** Quien expuso que practicó autopsia el 22 de marzo de 2006 a Javier Paredes Ilnao 27 años. Lo explica en fotos. Tenía 1,95 gramos por litro de alcohol en la sangre. Lesiones superficiales, erosiones en cuello y tórax cara anterior; hematoma porción superior pectoral izquierdo. Lesiones por arma cortante. Tenía 3 corto- punzantes y penetrantes vitales coetáneas, parte anterior y hueco axilar anterior izquierdo; afectó al corazón y otra al ventrículo izquierdo parte anterior (parte delantera) línea auxiliar izquierdo en la parte posterior del hombre pasa por sobre el cayado de la aorta; son lesiones de tipo homicida .Por otro lado el dorso tenía 5 lesiones corto punzantes coetáneas de gran longitud, vitales. Afectó pulmones, pericardio, son de tipo homicida; compatible con persona apuñalada en el suelo por su dirección. Además tenía erosiones en rodilla derecha. La dirección para causar las heridas es de afuera hacia adentro y de adelante hacia atrás. En lo interno. Las lesiones tomaban ventrículo izquierdo y derecho; lesiones parciales cayado de la aorta y lesiones ambos pulmones. Precisó que el arma tenía como mínimo de 15 cm., por la longitud de las heridas. Causa de muerte. Anemia aguda por lesión de aorta ventrículo derecho e izquierdo y de los pulmones. Señaló que las heridas pulmonares lo dejan con capacidad para defenderse, pero si son en la aorta y ventrículos, la persona tiene un tiempo escaso de 2 a 3 minutos para defenderse. Causa de muerte ratifcado **por certificado de defunción del occiso,** que señala, anemia aguda, sección parcial aorta y heridas penetrantes cardiacas, heridas penetrantes a tórax, fecha de defunción 20 de marzo de 2006**.** Además, **acta de defunción** firmada por el médico José Prieto y que precisa que el 21 de marzo de 2006 en la madrugada se constató la muerte de Iván Paredes Ilnao cuyo cuerpo se encontraba en la plaza de la ciudad. Por otro lado, el perito **Castro** indicó que el día 21 de marzo del 2006 había llegado **Oyarzo Quintullanca.** Por shock hipovolemico fue estabilizado en Porvenir. Tenía 3 lesiones cortopunzantes de tórax -un ellas había sido intervenida y una del abdomen; lesiones cortantes de antebrazo izquierdo. Las heridas habían causado hemotórax derecho e izquierdo. Era graves, penetrantes y del tipo homicida. En abdomen se afectó el yeyuno; eran 4 heridas cortantes penetrante, graves de tipo de homicida. En antebrazo izquierdo 4 heridas lineales del tipo defensa. Luego hubo drenaje hemotórax derecho e izquierdo. Las heridas eran coetáneas y recientes probablemente causadas con arma blanca. Mínima recuperación de 40 días. Lo anterior es confirmado por **dato de atención de urgencia** de Alex Oyarzo de 20 de marzo de 2006, que señala insufiencia respiratoria aguda severa shock hemorragio grado IV, secundario a múltiples heridas penetrantes torácicas y abdominales, con pronóstico grave. Occiso y lesionado que también fue observado en forma más general por el funcionario Víctor Hernández y quien señaló que el occiso no tenía lesiones de defensa. Además que el cuchillo amarillo con negro por ser dentado no tenía correspondencia con las heridas causadas a las víctimas. Asimismo, hay que hacer presente, que en el **examen químico toxicológico** practicado al occiso indica que en la muestra de sangre no se detectó drogas de abuso ni de fármacos analizados. Lo que revela que sólo había ingerido alcohol, según lo expuesto por los testigos.

Enlazado con lo precedente **Lorena Oyarzo Águila. Médico legista.** Expuso que realizó un segundo peritaje 4 meses después a Alex Oyarzo Quintullanca. Concluyó que el paciente presentaba heridas cortos punzantes múltiples en el tronco, también penetrantes en tórax y hemoneumotorax, heridas penetrantes abdominales en intestino delgado y cortopunzantes en ambos antebrazos y un shock hipovolémico tratado. De las lesiones, las 2 heridas intratorácicas son gravedad, pues, si no hubiere recibido el tratamiento oportuno hubiera fallecido, lo mismo el shock hipovolemico le hubiera causado la

muerte sino hubiese sido tratado. Acotó que las heridas abdominales también son mortales sino son tratadas, aunque tienen un tiempo mayor de espera. Las lesiones son compatibles con lesiones con arma blanca. La víctima señaló que fue agredido por una persona conocida con un arma blanca en la ciudad de Porvenir. Ratificado la gravedad de las lesiones por perito **Jorge Andaur Araneda,** quien expresó que el día de los hechos había un paciente en peligro de muerte.

Cerrando la prueba del Fiscal, el funcionario de Investigaciones **Víctor Hernández Hormazabal.** Quien ratifica lo expuesto con anterirodad, no siendo objeto de objeción alguna. Manifestó que Alex Oyarzo el 21 de marzo de 2006 en Hospital, expresó que en la plaza de Porvenir y por un problema anterior había sido agredido por Gamín. Con posterioridad indicó que ese día bebieron y cerca de las 22:00 horas, lo siguieron haciendo en la plaza de Porvenir y no accedieron a beber con el "pitufo". Añadió el lesionado, que en el sector Registro Civil sale el "pitufo", lo encara, se enrolla la chaqueta, lo hiere en abdomen -tórax, cae y perdió el sentido Oyarzo. Reconoce el funcionario prendas y sus desgarros del occiso. Parka roja, polera negro. Reconoce cuchillo amarillo y negro, era de "gringo" y que este andaba cargado. Preciso, que los incidentes previos eran que estaban amenazados y los iba a cobrar.

En nada arredran lo ya ponderado por Tribunal, las expresiones **del acusado.** Ello por cuanto, hizo uso de la palabra al terminar los alegatos de clausura, por lo que no es posible testear lo expuesto. Además que la defensa desde su alegato de apertura reconoció los hechos como homicidio simple y la participación del acusado. En todo caso, para acreditar el desarrollo de los hechos y su resultado existen mejores pruebas como se ha expuesto. Asimismo sólo se rescata lo ya acreditado en cuanto reconoce su participación en los hechos. Pero se desecha su versión en cuanto al desarrollo de los hechos, pues existen otras pruebas y además su versión en cuanto agrega elementos nuevos, no se pueden testear. Lo que señala del cuchillo amarillo no tiene lógica, pues este no tenía manchas de sangre y era un cuchillo dentado como señaló Víctor Hernández, que no se correspondía con las heridas causadas. Del mismo modo no es efectivo que quería que el "gringo" no se metiera, lo persiguió para matarlo. Su relato entonces salvo en lo ya precisado, son solos palabras de último momento, que no se puede acreditar. El acusado señaló, que se preparó para ir a juntarse con unos jóvenes pues le daban trago. Añadió que no tomó con el "gringo" ni con el Alex. Añadió que el Alex lo atajó en playa norte y le señaló que si era "el pitufo". Además que si la llevaba, a lo que el acusado le dijo que nada que ver y le empezaron a tirar la choreada. Les dijo a los jóvenes que se fueran a la plaza. Alex y "gringo" botaron su piscola y le habían pedido un poco y estos no quisieron entregarlo. Precisó que el menor de edad que declaró lo sacó de la plaza. Acoto el acusado, que en ese momento se "cabrió" y les dijo a las víctimas que le dieran a mano a limpia, sin cuchillo. Específica que en ese rato no andaba con cuchillo. Le señaló que se la iban a pagar por la piscola. Luego fue a un galpón a tomarse una caja litro y medio. Más tarde quedó haciendo tiempo y a las 00:00 horas, fue a buscar una media botella de piscola a la plaza. Se iba yendo y aparece la Claudia con una amiga. Puntualizó que en esos momentos viene el Alex y le dice démosle, sacó un cuchillo, luego tomó el acusado su campera, Alex no ve nada, le hace una zancadilla y ahí lo apuñaló; no tiene idea de cuanto le dio. Luego viene el "gringo" a defender a su amigo. Este, al ver que el cuchillo de su amigo lo tenía el acusado, arrancó. Expresó que lo correteó para que no se meta. No recuerda si cayó por su pie o se cayó y ahí cayó con el cuchillo. No sabe porque hizo eso. Es peleador, pero no había utilizado el cuchillo. Alex tuvo miedo a decir la verdad. Sabe que es culpable. Pide perdón a toda la familia de las víctimas y a su familia. No sabe porque reaccionó así, seguramente porque lo querían matar.

QUINTO: Establecimiento de los hechos. Las pruebas valoradas con libertad, producen convicción en el Tribunal y permiten dar por acreditado, más allá de toda duda razonable:

Que entre la medianoche del día 20 de marzo del año 2006 y la madrugada del 21 de marzo del mismo año, en circunstancia que se encontraba el acusado Hernán Sergio Gamin Tocol, alias el "pitufo", al interior de la Plaza central de Porvenir -sector pileta- en compañía de Claudia Manquilepi y de Paola Andrea Zambra Cisterna, en ese momento el acusado portaba un arma cortante tipo cuchillo de aproximadamente unos 20cm., la cual exhibía haciendo alarde constantemente a las mujeres. Más tarde llegaron a las inmediaciones Iván Javier Paredes Ilnao, alias el "gringo" en compañía de Alex Oyarzo Quintullanca. Acto seguido al ver que venían acercándose al sector, el acusado a fin de cobrar venganza en su contra, por rencillas anteriores, al verlos extrajo desde sus vestimentas el cuchillo antes indicado Desafiándolos a pelear. Enfrenta en primer término a **Alex Oyarzo** con el arma empuñada, ante esta agresión solo alcanzó a defenderse enrollando la chaqueta que portaba en una de sus manos para evitar con ello ser herido por el acusado, siendo no obstante alcanzado por éste, propinándole el acusado a Oyarzo una primera puñalada en su cuerpo, con lo cual Oyarzo cayo al suelo, momento en el cual el acusado procede a proferirle múltiples y certeras puñaladas con el arma cortante, en el tórax, abdomen y en el antebrazo, dejándolo inmóvil en el lugar; no conforme con lo anterior **emprendió el ataque a su segunda victima Iván Paredes Ilnao.** Este, arranca hacia el sector céntrico de la plaza siendo perseguido por el acusado con el arma empuñada, alcanzándolo en el sector del monumento central de dicha plaza botándolo al suelo, instantes en que Paredes logra levantarse y huir nuevamente, esta vez hacia otro sector, siendo alcanzado por segunda vez por el acusado, quien le propina múltiples, certeras y mortales puñaladas en su cuerpo, específicamente, varias puñaladas en la zona toráxica y una en un brazo. Heridas todas mortales y del tipo homicidas a consecuencia de las cuales fallece en el mismo lugar Iván Paredes Ilnao. Siendo la causa de muerte, anemia aguda, sección parietal aorta, heridas penetrantes toráxicos con lesión de corazón y pulmón, debido a heridas corto punzantes múltiples penetrantes a tórax. Por su parte Alex Oyarzo resultó con heridas penetrantes toráxicas hemotórax bilateral, heridas penetrantes abdominales, heridas cortopunzantes de intestino delgado, shock hipovolemico compensado, heridas corto punzantes ambos antebrazos. Heridas que si no hubiera socorro médico y oportuno habría fallecido en el lugar.

SEXTO: Calificación jurídica. Que en consecuencia, los hechos establecidos en el motivo quinto constituyen los siguientes delitos: **1.**-Homicidio simple en grado de consumado, causado en la persona de Iván Paredes Ilnao**. 2.**- Homicidio simple en grado de frustrado causado en la persona de Alex Oyarzo Quintullanca. Ambos ilícitos previstos y sancionado en el artículo 391 Nº2, en relación al artículo 7º ambos Código Penal; ya que el agente con un único propósito, causar la muerte, a través de agresiones idóneas, consistente en puñaladas con un cuchillo produjo múltiples heridas, como las han descrito los médico legistas que le causaron la muerte a Ilnao Paredes. Es decir, hubo una acción -conducta ya descrita del acusado, que produjo una muerte, la de Iván Paredes Ilnao. Existiendo un claro y nítido nexo de causalidad. Pues fue producto de las puñaladas del agresor y no otras circunstancias los que provocaron la muerte de la víctima. En el caso de la acción sobre Oyarzo Quintullanca que le causaron las lesiones descrita por lo médicos legistas, hubo único propósito -esto es causar la muerte,- a través de agresiones idóneas, consistentes en puñaladas con un cuchillo. Lesiones causadas que no de no haber mediado socorro médico oportuno le habrían causado la muerte. Luego según lo describe el artículo 7 del Código Penal -Gamín Tocol-, no

cabe duda según prueba ponderada, puso de su parte todo lo necesario -múltiples puñaladas en zonas vitales- tórax, abdomen- que causaron lesiones penetrantes y graves en esos sectores al lesionado, para que el crimen se consumara; pero no se verificó por causas independiente de su voluntad, esto es, la atención la atención médica y oportuna para salvarle la vida - según ya expusieron los peritos-.

Así las cosas, en cuanto al elemento subjetivo del tipo penal en referencia, ha de consignarse que ha quedado establecido que la intención y el propósito que ha existido de parte del imputado es un obrar doloso. El dolo exige el conocimiento y la voluntad de realizar las circunstancias del tipo objetivo. En la actualidad Muñoz Conde citando a Roxin y Hassemer, indica que existe una decisión de atentar contra el bien jurídico -en este caso la vida. Por su lado Ragués y Vallés citando a Jakobs, señala que la fijación del concepto de dolo debe vincularse a la idea de que una conducta se hace acreedora de la pena de los delitos dolosos cuando pueda valorarse como una expresión de **sentido negadora de la vigencia de una norma penal.** Al Tribunal de acuerdo a la ponderado en la pruebas según se ha expuesto concluye que hubo dolo de matar. Dolo, que quedó suficientemente demostrado con la prueba antes expuesta, pues se desprende que el imputado con su actuar, múltiples puñaladas en zonas vitales del cuerpo de las víctimas, causó como exponen los legistas, lesiones homicidas, que el caso de Oyarzo por la atención médica pudo salvarse, no así Paredes Ilnao-; pero siempre hubo de parte del acusado un claro propósito de matar.

Expuesto lo anterior, durante la audiencia el Tribunal llamó a los intervinientes alegar sobre una posible la **recalificación del delito** a homicidio simple del artículo 391 N° 2 del Código Penal. El Fiscal, y querellante mantuvieron su posición en cuanto según la prueba rendida existen elementos que permiten arribar a la conclusión que concurre un homicidio calificado. Ello pues agregan que las víctimas, además estaban en estado de ebriedad, luego posibilidad de defensa no había, pues estando en el suelo, el acusado, siguió acuchillando a Oyarzo y es exagerada la reacción contra Paredes, pues conocía su indefensión y por ello la cantidad de puñaladas. En ambos casos se obró sobre seguro. Por su lado la Defensa insistió que son homicidios simples consumado y frustrado respectivamente. Añadió que se debe excluir la **alevosía en su versión de obrar sobre seguro**. Ello porque el acusado ya estaba conversando en la plaza. Fueron las víctimas quienes regresaron a la plaza. Por otro lado, el acusado se dirigió a ambos a la vez. Uno de ellos estaba armado. Previo a la pelea hubo un desafío a pelear -lo que excluye la ocultación de la intención y los medios a emplear. Además Oyarzo se enrolló una chaqueta en su brazo. Por otro lado, según Claudia Manquilepi. Además ese día cerca de las 21:00 horas Alex Oyarzo de improviso increpó a Gamin y el grupo de jóvenes lo echó del lugar. Es decir los hechos no son aislados, hubo una acción anterior. Paredes además tenía una alcoholemia 1,95 gramos por mil en la sangre, índice parecido a los manejos en estado de ebriedad que formaliza el Fiscal. Distinto es el estado de intoxicación alcohólica. Del mismo modo Gamín también estaba bajo la influencia del alcohol. Además Iván Paredes había ido "cargarse" un cuchillo negro y amarillo. Jorge Fernández reconoció que se estaba preparando para pelear con el "pitufo". Así el cuchillo fue encontrado a escasa distancia de Iván Paredes y la vaina estaba a escasos metros de Alex Oyarzo. Expresó que se puede deducir que lo desenvaino y su porte excluye la alevosía. Finalmente, Gamin también tenía lesiones atribuibles al actuar de terceros. Esas lesiones que indica la defensa son corroboradas por el médico **Jorge Andaur Araneda** quien atendió al acusado en la mañana 21 de marzo del 2006 cerca de las 08:00 horas. Su diagnostico era politocontuso. Tenía lesiones leves en la mano derecha - compatible con golpes de elementos contundes- puede ser golpes; también una

contusión cortante cuero cabelludo y erosión frente. Puede ser atribuible a la acción de terceros. Enlazado además con **dato de atención de urgencia de** Gamín Tocol, que indica lo ya expuesto.

Respecto al concepto de alevosía, y siguiendo al profesor Mario Garrido Montt en su obra El homicidio y sus figuras penales, y a Muñoz Conde, Parte General y especial; es claro que actuar a traición, corresponde a la maquinación tendiente a engañar o aparentar ante la víctima una situación diversa a la verdadera, pues cautela importa reserva, astucia o maña para engañar. Asimismo importa aprovecharse de la confianza o lealtad que la víctima ha depositado en el victimario. Es decir corresponde a simulación, doblés. Por otro lado, obrar sobre seguro, que fue la figura esgrimida por el fiscal y querellante, significa crear o aprovechar condiciones fácticas que permiten al agente evitar todo riesgo de su persona, como en cuanto a la realización del acto, al momento de la comisión del hecho. Ahora bien, es preciso indicar que en el actuar sobre seguro, puede ser que la situación de seguridad sea absolutamente indiferente para el hechor o deberse a mera casualidad, sin que haya sido determinante para la comisión del delito. Lo fundamental, es que las condiciones en que obre el hechor -hayan o no sido provocadas por él- sean determinantes de la perpetración del homicidio, de modo que si no hubieran concurrido -el autor-, a su vez, se hubiera abstenido de obrar. En la doctrina hay cierto consenso, en cuanto a que la alevosía, requiere tanto de una posición subjetiva por parte del hechor, como también la circunstancia fáctica que de seguridad a la acción o signifique dejar en la indefensión a la víctima. Por ello el mero existir intención por parte del autor, sin que esté respaldada de una situación objetiva de seguridad hay que descartarla, pues se proyecta al injusto personal, y se estaría en presencia de un derecho penal de autor, lo que es inaceptable. Del mismo modo una situación de seguridad o indefensión que se presenta en la realidad, independiente de la voluntad o de los objetivos del autor, también debe rechazarse, pues se estaría reconociendo la responsabilidad objetiva, y no habría límite para aceptar la alevosía en los delitos culposos, lo que es impresentable ante el derecho penal. Ahora bien, lo que se debe observar es la prueba que se ha producido durante la audiencia del Juicio Oral. En esa perspectiva, como ya se ha demostrado, efectivamente se acreditaron 2 homicidios, uno consumado y otro frustrado. De la misma forma, resulta de los antecedentes objetivos y procesales como ya se analizó, que hubo un dolo directo de matar. Lo complejo resulta establecer intenciones o ánimos subjetivos en el hechor que no están en el tipo, ni la calificante ni en la prueba producida en la audiencia. Ello siguiendo a Ragués y Vallés en cuanto que a través de teorías psicológicas no es posible llegar a determinar ninguna intención o ánimo en el agente, sólo sirve para establecer la imputabilidad. Y por otro lado, respecto a las teorías normativas, sólo existen mecanismos más bien de índole procesal para determinar el dolo. En sentido este tribunal hace suyos los fundamentos de la defensa respecto a por qué no debe considerarse la alevosía. En lo fundamental pues hubo los antecedentes previos a los hechos y durante ellos que excluyen sin duda la alevosía. Agregando que todos los participantes habían bebido alcohol y no hay prueba alguna, de la que se deduzca, que Paredes y Oyarzo, no podían hablar o movilizarse o que estuvieran intoxicados. Abuso de drogas o fármacos que el occiso no tenía según se dijo y que le impidiera hablar o movilizarse. Dicho eso, con la prueba rendida no existe ningún antecedente que respetando el principio de culpabilidad (no presumir ni el dolo ni culpa), el principio de legalidad y su correlación con la tipicidad, en el sentido, de exigir elementos que no están en las descripciones del tipo legal y el principio de inocencia en cuanto no se pueden hacer imputaciones en forma abstracta y general sin prueba alguna que quebranten dicho principio; permite arribar en forma plausible, que no existe fuente probatoria directa o

indirecta que logre establecer alguna intención de carácter alevoso en el acusado. Objetiva o subjetiva. Por lo demás de la propia descripción de la acusación -en cuanto a las rencillas previas habidas entre acusado y víctima es un antecedente, desde ya unidos a los expuestos, para excluir la alevosía. En una adecuada ponderación de la prueba y siguiendo una sana doctrina y no haciendo interpretaciones legales, al decir de Politoff que violen los principios aludidos, se verifica que lo que ha ocurrido simplemente, es que el denunciado estuviera o no en la plaza, bajo los efectos del alcohol, ebrios o no las víctimas, hubieran o no caído al suelo las víctimas, Gamin Tocol, tenía sólo una intención, atentar contra la vida y matar a Iván Paredes Ilano y Alex Oyarzo Quintulllanca; esto es homicidio simple consumado y frustrado respectivamente. La cantidad de puñaladas -no sabemos con cuales falleció o quedó gravemente herido en el suelo, occiso y lesionado, o la decisión de seguir con su objetivo, apuntan a un solo visión del acusado, esto es, matar a sus víctimas. Ello impresiona, porque atenta contra el bien más preciado que es la vida, pero un Tribunal de Derecho debe tener la capacidad para distinguir lo que es homicidio simple del alevoso, y en este caso la alevosía no concurre. Todas las demás suposiciones de lo que habría o no hecho o se habría imaginado en su psiquis el acusado, respecto de un obrar sobre seguro sería una valoración de la prueba arbitraria y un derecho penal y un derecho procesal penal de fantasía.

SÉPTIMO: PARTICIPACIÓN. La participación del acusado en convicción de este Tribunal quedó demostrada más allá de toda duda razonable en el desarrollo de la audiencia de juicio oral por las siguientes pruebas ya apreciadas libremente **1.**- Atestados de Claudia Manquilepi Castro quien fue testigo presencial de los hechos e identificó al acusado como el autor de los hechos. **2.**- Danilo Bahamonde Cárcamo, quien también fue testigo presencial y a través de él también pudo determinarse que el agresor fue el acusado. **3.**- Patricia Zambra, quien estuvo en lugar de los hechos vio la primera agresión del acusado y luego Claudia le señaló que el "pitufo" se los había "pitiao"- queriendo decir matado. **4.**- Los funcionarios de Carabineros Alex Flores Yañez, Nelson Silva Valdivia. De los cuales se desprende que el imputado al declarar voluntariamente reconoció efectivamente los hechos tal como ha quedado acreditado. Finalmente los dichos del propio acusado en cuanto reconoce que en la plaza de Porvenir apuñaló a Paredes y a Oyarzo. En consecuencia, al acusado le ha correspondido **la participación en calidad de autor** en los delitos de homicidio simple en grado de consumado en la persona de Iván Paredes Ilnao y homicidio simple en grado de frustrado en la persona de Alex Oyarzo Quintullanca. Toda vez que ha intervenido en su ejecución de una manera inmediata y directa.

OCTAVO: **Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.** Sobre este tema se debe tener presente, siguiendo a Muñoz Conde en su obra General, que las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, que operan en momentos posteriores a la comisión del delito, son razones de política criminal. En esa perspectiva son los sentenciadores atendidas las circunstancias los encargados de colocar los estándares y exigencias para su configuración. Ahora bien, tal como lo señaló la Defensa, no sólo en la causa rit 54- 2005 de este Tribunal se trató sobre la alevosía sino también sobre la atenuante del artículo **11 N° 8 del Código Penal** y allí fue acogida en primer lugar por el acusado siempre manifestó su deseo de entregarse voluntariamente a la justicia. Además de esas mismas declaraciones se desprende que así lo hizo. En casó actual huyó del lugar y jamás manifestó su deseo de entregarse a la justicia. En segundo lugar en ese hecho del rit 54- 2005 el imputado estaba en un lugar cerca de la frontera -estancia- luego la posibilidad de huir eran claras, concretas y serias. En este caso se encontraba en el centro de la ciudad los vehículos policiales lo estaban buscando y además se dio aviso a las

unidades fronterizas. En tercer lugar, si bien el acusado confiesa los hechos y le agrega otras circunstancias -ya se sabía quien era el autor por los testimonios de testigos- esto sólo requisito no basta para configurar la atenuante. Lo anterior es corroborado por los testigos **Pino Arena,** quien precisó que se dio inicio a la búsqueda del acusado a las 00:45 horas, pero no se encontró y empezaron a cerrar las salidas del pueblo y dar aviso a los destacamentos fronterizos. La guardia los llamó para que cesaran la búsqueda, pues a las 03:00 horas el acusado se había entregado voluntariamente. **Aquile Flores** añadió que por Danilo Bahamonde se da información sobre la participación de **Gamin Tocol** y empieza su búsqueda, dando aviso a retenes fronterizos, tomándose las medidas respectivas. Como a las 03:00 horas se entregó voluntariamente el acusado y explicó lo que había pasado y se vanagloriaba de lo que había hecho. Precisó que estuvo presente en la declaración del acusado. Este señaló, que se arrancó del lugar y permaneció oculto y vio al personal de carabineros que pasaba, porque sabía que lo estaban buscando. Añadió que al acusado lo empezaron a buscar 00:45 horas y término su búsqueda a 03:10 horas. **Silva Saldivia.** Manifestó, que se inicio la búsqueda del acusado por información del personal que éste había tenido participación directa. A la frontera se le dio aviso por radio. Se vino a entregar como a las 03:10 horas Precisó que el acusado sabía que lo andaban buscando y **se venía entregar porque vio los furgones**. El médico Jorge Andaur también indicó que el acusado entregó voluntariamente. Lo que se debe reflexionar sobre esta atenuante además, es el hecho que el acusado siempre quiso huir, desechó entonces desde el principio la entrega voluntaria. Por otro lado su entrega tal como lo relata Carabineros es porque lo estaban buscando y vio los furgones. No tenía la real posibilidad de huir en la ciudad de Porvenir. En consecuencia no se acoge la atenuante del artículo 11 N° 8 del Código Penal.

Tampoco se acoge la agravante del artículo **12 N° 20 del texto citado**. Ello porque para la comisión de los ilícitos, el autor utilizó como medio fundamental el cuchillo. Luego según lo determina el artículo 63 del Código Punitivo, es tan inherente a los delitos que sin esa arma no pudieron haberse cometido los ilícitos.

NOVENO: **Determinación de la pena**. Que al momento de determinar la sanción aplicable se tendrá presente lo siguiente:

1.- Que se desecha **el extracto de filiación y antecedentes** del acusado, por cuanto su inclusión no estuvo relacionado con alguna petición concreta, como ser la configuración de una agravante. Luego, si fuere tomada en cuenta sería un elemento arbitrario pues se estaría ante un derecho penal de autor.

2.- Que la pena asignada al delito consta de dos o más grados, esto es, presidio mayor en sus grados mínimos a medio. Esto es, de 5 años y un día a 15 años.

3.- Que en consecuencia, debe estarse a lo dispuesto en el artículo 68 del Código Penal; asimismo no concurriendo atenuantes ni agravantes, según facultad legal, los sentenciadores podrán recorrer toda la extensión de la pena al aplicarla; es **decir de 5 años y un día a 15 años.** Por otro lado al existir un delito en grado de frustrado, el Tribunal debe estar a lo que dispone el artículo 51 del texto citado.

4.- En esa perspectiva, habiéndose ya ponderado la prueba, determinados los hechos y efectuado la calificación jurídica, resulta que en la determinación de la pena, según facultad legal y para no burlar el mérito de lo audiencia, de lo ya razonado, y el derecho a pedir justicia; la pena que realmente corresponda, debe ser justa y proporcional según el bien jurídico afectado. Así, en este caso, la pena para el homicidio consumado, debe **superar** sin duda los 10 años de presidio y para el homicidio frustrado aplicarse en el máximo de lo permitido. Ello tiene como principal fundamento, que se ha

dado muerte a una persona, afectándose el bien jurídico esencial que es la vida; y sin vida no hay nada. Parafraseando a T: S: Elliot en The waste Land (Tierra baldía), podría indicar que si hay un desprecio tal a la vida, solos somos hordas errantes y encapuchadas donde no hay civilización, ni mundo. Sobre la proporcionalidad es conveniente considerar lo que en actualidad disponen como pena para el delito homicidio algunos Códigos Penales de otros países. La Prisión entendida como presidio. Así el de Colombia en su artículo 323 dispone una pena de prisión de 25 a 40 años y si es agravado de 40 a 60 años de prisión. El de España en su artículo 138 dispone una pena de prisión de 10 a 15 años y si es agravado de 15 a 20 años de prisión. Por último, para ilustrar también lo ya razonado, el anteproyecto de Nuevo Código Penal Chileno en su artículo 80 dispone una pena de reclusión mayor en su grado medio, esto es 10 años y un día a 15 años. Si es calificado es reclusión mayor en su grado máximo, esto es 15 años y un día a 20 años.

5.- Del mismo modo, el Tribunal tendrá presente lo señalado en los artículos 7, 50 y 69 del Código citado.

DÉCIMO: **Ley 18216**. Que atendida la extensión de la pena, que se va a imponer, móviles y circusntabcias determinantes del delito, **no es posible en este caso,** concederle al acusado, algunos de los beneficios contemplados en la ley 18.216, para el cumplimiento alternativo de las penas privativas de libertad; por cuanto el imputado, no reúne los requisitos, ni tiene las características para ello.

Por estas consideraciones y lo dispuesto además en los artículos 1, 7, 11Nº8,12N° 20 14 N°1, 15 N°1, 18, 21, 24, 25, 26, 28, 29, 31, 50, 51, 68, 391 Nº 2 del Código Penal; artículos 1, 2, 3, 8, 45, 46, 47, 52, 295, 296, 297, 306, 309, 314, 319, 325 y siguientes, 339 al 346, 348, 349, y 468 del Código Procesal Penal; y Ley 18216 y su reglamento **SE DECLARA:**

1.- Que se condena al acusado Hernán Sergio Gamín Tocol, cédula de identidad Nº10.933.184-8 ya individualizado, a la pena de Catorce años de Presidio Mayor en su grado medio, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derecho políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y al pago de las costas de la causa, por la responsabilidad que le cabe en su calidad de autor del delito de homicidio simple en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 391 N°2 del Código Penal en la persona Iván Paredes Ilnao cometido en el lapso comprendido, entre 20 y 21 de marzo 2006 en la comuna de Porvenir, Provincia de Tierra del Fuego.

2.- Que se condena al acusado **Hernán Sergio Gamín Tocol,** cédula de identidad Nº10.933.184-8 ya individualizado, a la pena de **Cinco años de Presidio Menor en su Grado Máximo,** a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas de la causa, por la responsabilidad que le cabe, en su calidad de autor del delito de homicidio simple en grado de frustrado, previsto y sancionado en el artículo 391 N°2 del Código Penal en relación al artículo 7 del mismo texto, en la persona de Alex Oyarzo Quintullanca, cometido en el lapso comprendido entre 20 y 21 de marzo de 2006 en la comuna de Porvenir, Provincia de Tierra del Fuego.

3.- Que atendido lo razonado en el motivo décimo y no reuniéndose los requisitos de la ley 18.216, **no se concede** al sentenciado ninguno de los beneficios establecidos en dicho texto legal, para el cumplimiento alternativo de las penas privativas de libertad. En consecuencia deberá purgar efectivamente la pena corporal impuesta, contabilizándose los días para su cumplimiento, desde la fecha en que ha estado privado de libertad bajo la medida cautelar de prisión preventiva; esto es, desde el 23 de marzo de 2006, más 2 días que estuvo detenido entre el 21 y 22 de marzo de 2006, según

auto de apertura de juicio oral de fecha 31 de octubre 2006.

Devuélvase toda prueba documental acompañada a los autos.

Redactada por el Juez don Álvaro Mesa Latorre.

Regístrese, comuníquese en su oportunidad, una vez ejecutoriada la sentencia al **Juzgado de Garantía de Porvenir** para su cumplimiento, hecho archívese

R. U .C. : 0600196961-5
R. I. T. : 81-2006
CODIGO : 702 y 703

Pronunciada por los Jueces Titulares de la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, Jovita Soto Maldonado, Presidente Fabio Gonzalo Jordán Díaz (este subrogando legalmente) y Álvaro Mesa Latorre.

- **Condena por el delito de sabotaje informático señalando que la modificación de un índex implica alterar un sistema de tratamiento de la información.**

Tribunal: Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago.

Resumen:

El Ministerio Público y los querellantes acusaron a los imputados como autores del delito reiterado de sabotaje informático del artículo 1° inciso 1° de la Ley Nº 19.223 por haber ingresado a diversas páginas web modificando sus contenidos. La Defensa solicitó la absolución señalando que la actividad desplegada por los imputados no se encontraba tipificada desde que sólo hubo acciones de tipo cosmetológico que correspondían a un ingreso no autorizado, quedando así la discusión en torno a si la conducta desplegada por los acusados configura el ilícito penal de sabotaje informático en los supuestos establecidos en el artículo 1°, o eventualmente dentro del contenido de la norma del artículo 3°, de la Ley 19.223, o si por el contrario, sólo se trató de ingresos no autorizados, los cuales serían atípicos en la ley actual. El Tribunal estimó que era posible concluir fehacientemente que el archivo índex, el cual según todas las víctimas concordaron fue el que fuera modificado, es un archivo importante de una página web que forma parte de un servidor, siendo a su vez éste la máquina principal de la red que se encarga de administrar los recursos de ésta, así como el flujo de la información, constituyendo tanto el servidor como la página web en sí, un sistema de tratamiento de información. Al ser el índex uno de sus archivos, lógicamente es una parte o componente del sistema ya referido y, por ende, su modificación se encuadra dentro de la acción típica descrita por el artículo 1° de la ley 19.223. Desechó en este punto el informe en derecho elaborado por un académico del área, quien sostuvo que la acción desplegada por los acusados sólo consistió en un redireccionamiento, lo cual en la práctica equivalía a no entrar a la página original, sino a otra que había sido creada por el hackeador, porque su informe partió de un supuesto distinto de los hechos que fundaron la acusación, cuales fueron que a través del actuar de los imputados se vulneró el sistema de tratamiento de información en sus partes o componentes, impidiendo, obstaculizando o incluso modificando el funcionamiento de la misma al no haber podido los usuarios acceder a las páginas web originales que sus titulares oficiales legítimamente habían puesto en conocimiento del público, siendo sólo esa la información legítima y no otra. En cuanto al elemento subjetivo del tipo exigido en el vocablo "maliciosamente", el Tribunal manifestó que éste se encontraba referido al dolo exigido, el cual debía ser dolo directo propiamente tal y de las consecuencias seguras o necesarias. El cumplimiento de este ánimo se pudo desprender de las propias declaraciones de los acusados, quienes revelaron su actividad intrusiva plenamente conciente con un ánimo de interés egocéntrico de superación dentro del grupo de los hackers a nivel mundial, dejando traslucir un afán de lucro en el sentido de con la fama adquirida montar una empresa de seguridad y de soporte computacional. Finalmente, respecto de las atenuantes invocadas por la Defensa, acogió ambas por carecer los acusados de anotaciones penales pretéritas, y por haber colaborado desde el inicio de la investigación para aclarar los hechos denunciados.

Texto completo:

Santiago, catorce de mayo del año dos mil siete.

Vistos, oídos los intervinientes y teniendo presente:

Que, con fecha dos de mayo del año dos mil siete, ante esta Sala del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, integrado por los Jueces doña Anaclaudia Gatica Collinet en su calidad de Presidente, don Alejandro Aguilar Brevis Salas y doña Isabel Mallada Costa, se llevó a efecto la Audiencia de Juicio Oral relativa a los Autos Rol Interno Número 69/2007, seguidos en contra de don **CARLOS PATRICIO AMIGO LEÓN**, chileno, con apodo en internet de *SSH-2,* cédula nacional de identidad Nº 08.345.346-K, natural de Santiago, nacido el 11 abril de 1969, 38 años de edad, soltero, técnico programador de computación (soporte técnico), domiciliado en calle Exequiel Fernández N° 1129, departamento 12, comuna de Ñuñoa, Santiago y de don **LEONARDO ANDRÉS HERNÁNDEZ SALAS**, chileno, cuyo apodo en internet es *Nettoxic*, cédula nacional de identidad Nº 15.125.381-4, natural de Rancagua, nacido

el 01 de marzo del año 1982, 25 años de edad, soltero, egresado Ingeniería Mecánica, domiciliado en Pasaje Calixto N° 1526, Villa Teniente, ciudad de Rancagua.

Fue parte acusadora en el presente juicio el Ministerio Público, con domicilio en Avenida Irarrázabal Nº 4957, comuna de Ñuñoa, de esta ciudad, representado por don Carlos Gajardo Pinto, Fiscal Adjunto de Ñuñoa, Providencia, La Reina.

Acusó además particularmente y dedujo demanda civil la Empresa de Televisión Megavisión S.A., representada por los Abogados señores Sergio Ignacio Contreras Paredes y José Ignacio Figueroa Elgueta, ambos domiciliados en calle Santa Lucía N° 280, Oficina 12.

Adhirieron asimismo a la acusación Fiscal los querellantes *Ticketmaster Chile S.A.* representado por don Ricardo Brancoli Bravo, y Ministerio del Interior representado a su vez por don Cristián de Feudis Wilson, estos dos últimos también en calidad de Abogados patrocinantes y apoderados en esta causa, el primero domiciliado en calle El Golf Nº 99 Oficina 401 y el segundo en calle Moneda N° 1025, Piso 7

Por la Defensa del acusado AMIGO LEÓN acudió don Andrés Morales Soza, Abogado Defensor Privado, domiciliado en Amunátegui N° 277, Oficina 1.000, comuna de Santiago. En tanto por la Defensa de HERNÁNDEZ SALAS concurrió el Abogado Defensor Particular don Iván Santibáñez Torres, domiciliado en calle Agustinas N° 2190, Departamento 04, comuna de Santiago.

Considerando:

PRIMERO: Que, los hechos y circunstancias que han sido objeto de la acusación del Ministerio Público, según en síntesis se expresa en ella de acuerdo al auto de apertura son del siguiente tenor:

"Que, a partir del mes de julio del año 2005 los imputados de manera concertada y aprovechando sus conocimientos en materia de computación y actuando también con dos menores de edad de iniciales I.E.L.A. y C.O.L.A. procedieron a interferir en diversos sistemas de tratamiento de información, específicamente páginas Web levantadas por diversas instituciones y accesibles a través de Internet, impidiendo, obstaculizando y modificando su funcionamiento y provocando destrucción de los datos contenidos en dichos sistemas. Para ello los imputados formaron un grupo que se autodenominó Byond Hacker Team, nombre con el que firmaban los ataques a las páginas Web que realizaban, denominándose además el imputado Carlos Patricio Amigo León como SSH-2 y Leonardo Andrés Hernández Salas como "Nettoxic".

Esta actividad concertada afectó entre otras a las siguientes empresas o personas jurídicas en sus sitios Web:

Entre el día 18 y 22 de noviembre de 2005, esta acción de destrucción y modificación de los sistemas de tratamiento de información afectó a la Red Televisiva Megavisión en su Página Web www.mega.cl la cual fue destruida de manera reiterada y se modificó su funcionamiento y se levantó en ella diversos mensajes alusivos a las elecciones presidenciales en ese momento en curso en nuestro país, señalando que el ataque era efectuado por el grupo Byond Hacker Team firmando como autor una persona que se identificó como "SSH-2" y dejando como correo de contacto el de palestina1815@hotmail.com, correo electrónico que le pertenece al imputado Carlos Amigo León.-

El 20 de marzo de 2006 los imputados sabotearon la página Web del Ministerio de Educación en su página Web www.pases.mineduc.cl página Web que otorgaba información acerca de la entrega y funcionamiento de los pases escolares en Chile poniendo en ella un mensaje alusivo a exigir educación gratis y firmando este sabotaje como "Byond Hackers Team Chile Owned by SSH-2 and Nettoxic" y dejando como correo de contacto palestina1815@hotmail.com

El 21 de marzo de 2006 el ataque fue sufrido por Ticketmaster en su sitio Web www.ticketmaster.cl que sufrió la obstaculización y

modificación de su funcionamiento, levantándose en ella un mensaje que señalaba "Hacked By SSH-2 Chile Byond Crew was here" por lo que la página debió ser desactivada por sus operadores activándose nuevamente reparada al día siguiente 22 de marzo de 2006.

El 11 de julio de 2006 los imputados modificaron y obstaculizaron el funcionamiento de las páginas Web gubernamentales Bicentenario.cl y comisión tortura.cl en los que se impedía el acceso a ellas y se les modificaba mostrándose una fotografía con una leyenda consigo.

Asimismo durante los meses de Marzo a Agosto de 2006 se efectuó intervención y obstaculización de su funcionamiento de los portales www.fuerzaciudadana.cl donde se impidió su acceso a ellos exhibiéndose un mensaje que decía "Hasta el fin de los tiempos..." firmando como "byond crew Owned by Nettoxic, Hacked By Byond Hackers Team y dejando como correo de contacto nettoxic@qmail.com correo de Leonardo Hernández Salas y en el portal Sence.cl, página gubernamental de capacitación donde se dejó un mensaje que señalaba "Resistencia!! Estudiantes y Universitarios unidos, En una burocracia los archivos son la realidad. Cambiándolos podremos recrear el mundo" Byond Hacker Team SSh-2-c0diux- phnx-NETTOXIC dejando como correo de contacto palestina 1815@hotmail.com.

Asimismo en este período se obstaculizó y modificaron páginas de otros Países tales como la del gobierno mexicano www.donaunlibro.com.mx en que se incorporó una fotografía y un mensaje que señalaba "byond crew-Chile we: c0diux; phnx; SSH-2; NETTOXIC", la del gobierno peruano www.muniinclan.gob.pe en que se introdujo una fotografía de un encapuchado con un mensaje que señala. "Frente a las fuerzas represivas ni un paso atrás, despierten revolucionarios del mundo otro mundo es posible." Firmando phnx- c0diux-SSH-2- NETTOXIC y la página de la Nasa del gobierno Norteamericano en la que se incorporó una fotografía de una persona sangrando con un mensaje "No war this is a cyber-protest" "defaced by byond crew-Chile.

El número total de las páginas o sitios Web que fueron destruidas por los imputados de manera concertada de acuerdo al registro en la página Web www.zone-h.org, que es una página Web en que diversos grupos de hackers hacen publicación de los ataques (defacement) efectuados en la red, establecen que el grupo Byond Hacker Team ha efectuado 8.042 ataques a páginas Web tanto nacionales como extranjeras entre los meses de julio del año 2005 y agosto del 2006, existiendo un listado detallados de ellas en que se incluyen páginas Web gubernamentales y privadas, nacionales y extranjeras.

Cada una de estas páginas una vez que eran destruidas debían ser reconstruidas por los propietarios de ellas a objeto de permitir su funcionamiento".

A juicio del órgano persecutor los hechos antes descritos son constitutivos del delito consumado de *Sabotaje Informático* del artículo 1° inciso 1° de la Ley N° 19.223, cometidos en carácter de *reiterados*, atribuyéndole a los acusados AMIGO LEÓN y HERNÁNDEZ SALAS, participación en calidad de autores directos en la ejecución del delito mencionado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 N° 1 del Código Penal.

Respecto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, reconoce a favor de los dos encausados la minorante de *"....irreprochable conducta anterior....."* del artículo 11 N° 6 del Código Penal.

Con todo, solicita se condene a los imputados CARLOS PATRICIO AMIGO LEÓN y LEONARDO ANDRÉS HERNÁNDEZ SALAS, en su calidad de autores del delito reiterado de *Sabotaje Informático* del artículo 1° inciso 1° de la Ley 19.223 a la pena de cinco (05) años de presidio menor en su grado máximo, más las penas accesorias y el pago de las costas, según lo prescrito en los artículos 29, 68 del Código Penal, 1° y siguientes de la Ley 19.223, 45 y siguientes del Código Procesal Penal.

En su Alegato de Apertura ratifica sucintamente los fundamentos de hecho y

derecho de su acusación, realizando un relato descriptivo de como ocurrieron los sucesos que dieron motivo a este juicio, manifestando ante estrados que conforme explicitó en el libelo acusatorio tanto fiscal como particular nos encontramos ante la presencia de un grupo organizado de sujetos compuesto por los imputados AMIGO LEÓN y HERNÁNDEZ SALAS autodenominados *"Byond Hacker Team"* el cual además contaba con la participación de dos menores de edad inimputables, tanto por disposición legal como judicial al ser declarados de esa manera por un Tribunal, todos los cuales durante un año aproximadamente de una manera frenética intentaron y consiguieron exitosamente botar todas las páginas Web que estuvieron a su alcance. Enfatiza que efectivamente según adelantó en su acusación el número total de páginas que fueron botadas de esta manera, es decir, saboteadas en los términos señalados en la Ley ascendió aproximadamente a ocho mil según obra en los registros disponibles en el mismo Internet y por tanto un promedio de veinte páginas diarias que eran dejadas sin utilización. En cuanto a cómo se hacía esta operación y que fines tenían los imputados al hacerlo, explica el señor Fiscal que básicamente era a través de la *modificación de funcionamiento de cada uno de estos sistemas de tratamiento de información* a los cuales se introducían de una manera no autorizada por el mismo Internet realizando la *modificación de ese funcionamiento i*ncorporando en las páginas de inicio notas que tenían como característica común hacer alusión en general a mensajes de anti-globalización que se indicaron en la referida acusación. Surge luego una segunda pregunta ¿Porque realizaban esta actividad?, interrogante frente a la cual sólo cabe responder que, en el propio Internet existe un sitio Web denominado *Zona – H* que entre sus múltiples funcionalidades tiene un ranking muy especial, puesto que en aquél se va dejando constancia de cada uno de los sabotajes a las referidas páginas, pudiendo determinarse así quienes son los mayores saboteadores de red en el mundo, siendo en parecer del Acusador estatal, ese su afán – *figurar con una mejor calificación en tal ranking* – esto es, fines egocéntricos para lo cual se concertaron, ya que en la aludida página, reputada en el círculo de *Hackers* a nivel mundial, inclusive llegaron en las listas al tercer lugar de bandas saboteadoras de la red. Ofrece seguidamente acreditar estas actividades ilícitas por parte de parte de las víctimas que se vieron afectadas con dichas operaciones y que hicieron denuncias al respecto e incluso algunas se querellaron las cuales también comparecen en la audiencia: *Ticket-Master, Megavisión, el Ministerio del Interior* ya que se afectaron también portales gubernamentales, acudiendo también los técnicos en la materia de dichas Empresas que nos ilustrarán al respecto y como las citadas páginas debían ser reparadas para que sus contenidos estuvieran a disposición del público en general. Conjuntamente acudirá la plana de Detectives de la Policía de Investigaciones dependientes del Departamento del Cybercrimen quienes reseñaran como se descubrió la identidad de los hechores, diligencias llevadas a cabo, la manera como se hacía el sabotaje, además de lo que expondrán por su parte los peritos informáticos acerca de la evidencia incautada y analizada de los equipos computacionales de los acusados que contenían información valiosa pues se encontraron programas para efectuar hackeo e imágenes que eran incorporadas en las tantas veces referidas páginas saboteadas y guardadas en tales equipos, quedando demostrado de esta manera la participación de los encausados en estos hechos, encuadrando típicamente en la figura penal contenida en el artículo 1° de la Ley 19.223, a saber, lo que la doctrina denomina como *Sabotaje informático*, toda vez que se modificó el funcionamiento de sistemas de tratamiento de información.

Posteriormente, en sus Alegatos de Clausura y Réplica la Fiscalía reafirma sus conclusiones señalando que ha cumplido ampliamente con las proposiciones planteadas al inicio de la audiencia, manteniendo por tanto, incólume su

pretensión punitiva. Realiza luego y desde su punto de vista un análisis exhaustivo acerca de la prueba de cargo por él aportada, destacando que con aquélla se permite desprender claramente que los imputados concertados efectuaron los ataques o sabotajes a las páginas web que indicó desde fines del año 2005, tanto con el testimonio de los afectados siendo estos instituciones del ámbito público y privado, se indica por cada cual la forma en que se realizó en el caso de *Megavisión* como dicho canal abierto de televisión agredido con datas 18 y 22 de noviembre de 2005 por sujetos desconocidos que la botaron e impidieron su funcionamiento con mensajes alusivos a la entonces candidata a la Presidencia señora Michelle Bachelet, al programa Mekano, como la página era reparada y de nuevo le hacían lo mismo. Situación que sufre también la empresa *Ticketmaster*, al relatarse la forma de tal ataque con data 21 marzo 2006 en circunstancias que su portal es informativo y transaccional, ya que además se pueden comprar tickets siendo reemplazada por un banner, un logo de del cantante de ópera Luciano Pavarotti, por un mensaje personal de los referidos acusados. Lo mismo sucedió con la web de *Pases Mineduc* en la cual aunque se podía acceder a ella se la modificó ingresándose un mensaje, también se explicó con la testimonial aportada la forma en que se alteró la página *Bicentenario* y *Comisión tortura* donde se puso una foto del General Pinochet, con un mensaje en idioma inglés WANTED. Con todo, los funcionarios policiales Jonathan Calabrano Gutiérrez y Gerardo Raventós Müller explican pormenorizadamente las agresiones sufridas por las páginas web *fuerzaciudadana*, *sence*, *donaunlibro*, *muniinclan.gob.pe*, *Nasa* durante el primer período o semestre del año 2006, y como muchas otras páginas se vieron afectadas. También uno de los testigos don Rafael Tarud Castaño explicó como se vio afectado su sitio web que corresponde a la empresa Uplink Networks Ltda., impidiendo su funcionamiento, como además se pusieron mensajes de protesta a la guerra etc., y que *Nettoxic* (HERNÁNDEZ SALAS) se comunicó personalmente con él exigiéndole la entrega de planes de Internet gratis con la condición de reparar el daño ocasionado. Importantes resultan los dichos de los gemelos menores de edad C e I LA creadores o socios fundadores del grupo original *"Byon Hacker Team"*, quienes describen con detalle la forma de organización del grupo, como intercambiaban información y archivos para provocar estos *desfaces*, concierto, la sindicación precisa que hicieron de ambos encartados ante la audiencia como parte integrantes de aquél; como, se conocieron por la red, sus encuentros personales, las circunstancias en que el grupo se disolvió, quienes gozan de credibilidad ya que poseen un conocimiento privilegiado como integrantes del mismo. A su vez los policías de la Brigada del Cybercrimen Calabrano y Raventós, exponen como llevaron adelante las diligencias de investigación, como se ordenaron diligencias para dar con la identidad física de los dos acusados, la concurrencia hasta la ciudad de Rancagua, las órdenes de detención, registro que se emitieron y que arrojaron resultados positivos logrando la aprehensión de los acusados, asimismo la incautación de los computadores usados por los hechores para los sabotajes materias de esta causa, a todo lo cual debe sumarse lo manifestado por los peritos, la abundante evidencia material y documental exhibida e incorporada ante estrados, que viene a graficar cada uno de los sucesos traídos a la decisión del Tribunal y que muestran como AMIGO LEÓN y HERNÁNDEZ SALAS invadían las páginas, en algunos casos, en otros casos como las modificaban y en otros a su vez como hacían imposible el acceso. Asevera que con estos mismos medios probatorios aparece incuestionablemente demostrado la participación de aquellos y asimismo su intención maliciosa. Es así que el propio AMIGO LEÓN reconoció que más que un grupo conformaban *"una comunidad"*, lo que se ve demostrado en el ataque que efectuaron a la NASA el cual específicamente fue

realizado por uno de los gemelos menores de edad, quedando demostrado la unidad de propósitos y medios. A lo anterior se suma que los acusados incluso brindaron entrevistas a la Prensa Nacional en relación aquello en diarios de amplia difusión nacional como *"El Mercurio"* y a otros periodistas a los que se les explicó como se hackeó la página Web aludida. Destaca además el Acusador como quedó demostrado que entre todos ellos se traspasaban información de programas computaciones, herramientas y diversos conocimientos computacionales por lo cual en su entender estos hechos califican dentro del artículo 1° de la Ley y otros podrían también ser encuadrados en el artículo 3° de la misma de acuerdo a lo que latamente explica frente a la audiencia. Refuta asimismo la prueba de la Defensa la que considera no responde a su Teoría del caso. En cuanto a la motivación que animó a los dos encausados ellos mismos la señalaron al indicar su afán de competencia a nivel internacional en el mundo de los hackers en términos nacionalistas, ego y búsqueda trabajo, más no comparte lo que pretenden sustentar los acusados en torno a una ingenuidad sobre el tema y fines altruistas pues, de modo alguno puede visualizarse su propósito de favorecer a sus víctimas ya que éstos no fueron capaces de señalar un sólo afectado que les hubiese reparado la falla sino que todo lo contrario. Enfatiza la gravedad de los hechos que nos convocan debido a la relevancia que ha adquirido la Red de Internet en el planeta resultando injustificable aducir que supuestas fragilidades en dicho sistema que pudiesen justificar actuares o conductas como las que se han conocido ante estrados, donde incluso se publiquen en el diario notas que nos sitúan dentro del décimo lugar en los ataques en dicha Red, o sea entre los mayores hackeadores a nivel mundial. Culmina señalando que todas las circunstancias que ha narrado deben ser consideradas siendo el fundamento de la petición de pena la que indica en su libelo acusatorio, insistiendo que por la gravedad y la extensión del mal causado con el comportamiento llevado a cabo por los encausados AMIGO LEÓN Y HERNÁNDEZ SALAS, quienes afectaron un área tan importante y sensible en la sociedad actual deben ser sancionados en la forma que demanda, procediendo a reconocerles únicamente la minorante de *"….irreprochable conducta anterior….."* conforme mencionó en su libelo.

SEGUNDO: Que por su lado, la parte querellante Empresa de Televisión *Megavisión S.A.*, dedujo acusación particular y demanda civil exponiendo en cuanto a la primera de sus pretensiones textualmente lo siguiente:

"Que, durante la semana del 18 al 22 de noviembre de 2005, el acusado violó las medidas de seguridad de Red Televisiva Megavisión S.A. operativo bajo la dirección electrónica www. mega.cl. El ingreso se realizó vulnerando las los sistemas de información establecidos para la seguridad del sitio Web y alternado los datos que éste contiene. Estos ataques se iniciaron el día viernes 18 de noviembre de 2005, en que a las 19:30 horas aproximadamente el acusado transgredió el sistema de administración del portal (MAMBO) y procedió a alterar el contenido del sitio Web, incorporando a la página de Mega mensajes asociados a un correo Hotmail, a saber palestina1815@hotmail.com, y con un sobrenombre o nickname, a saber "SSH-2", los mensajes eran alusivos a la en ese entonces candidata a la presidencia de la República Michelle Bachelet Jeria, al programa Mekano de Mega y otros relacionados.

El sitio fue restaurado el día domino 20 de noviembre a las 18:00 horas por personal de Soporte Corporativo de Netline Telecomunicaciones. Sin embargo, el día 21 de noviembre a las 10:00 horas volvió a repetirse el incidente inutilizándose el mismo día. Los constantes intentos por violar los sistemas de seguridad del sitio y su trasgresión provocaron problemas en la administración del contenido del sitio Web, dificultando el restablecimiento de la información y la inclusión de nuevos contenidos. Esta situación se mantuvo hasta el día 24 de

noviembre, en que la página Web de Mega operó de forma deficiente, debido a la vulnerabilidad producida por la seguidilla de ataques en el sistema.

Los registros del servidor implicado en estas acciones, indican que todas ellas se efectuaron desde los mismos números IP, correspondientes a una conexión Internet brindada por TERRA, cuyo titular es don Carlos Amigo B, al parecer el padre del acusado, por lo que se presume fundamentalmente su participación en el ilícito. Los números IP detectados los siguientes:

-201.246.241.135, correspondientes a la cuenta 586423748.
-201.246.168.47, correspondientes a la cuenta 586423748."

Corrobora asimismo el planteamiento del Ministerio Público sosteniendo que positivamente se configura el injusto de *Sabotaje Informático* del artículo 1° inciso 1° de la Ley 19.223 en grado de consumado de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 7 del Código Penal, cabiéndole al acusado participación en calidad de autor directo en la ejecución del delito mencionado, de conformidad a lo establecido en el artículo 15 N° 1 del mismo cuerpo legal. En cuanto a la pena solicitada pide para el acusado presidio menor en su grado medio y en lo referente a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal concuerda con la Fiscalía en la concurrencia de la atenuante "*... de irreprochable conducta anterior.*"

Del mismo modo según se adelantó, impetra demanda civil contra CARLOS PATRICIO AMIGO LEÓN, invocando el ejercicio del derecho conferido en los artículos 59 y siguientes del Código Procesal Penal en los siguientes términos: (sic) *"interpongo acción civil de indemnización de perjuicios, en contra del acusado en estos autos CARLOS PATRICIO AMIGO LEÓN, Rut 8.345.346-k, programador de computación, con domicilio en Exequiel Fernández 1129, Departamento 12, Ñuñoa, a fin de que sea condenado a indemnizar a mi representado, los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de su participación dolosa en el delito por el que se le acusa.*

Los antecedentes de hecho que fundamentan la presente demanda civil son los mismos en que se apoya la querella de autos y su ampliación, interpuesta por esta parte, los señalados en la acusación interpuesta por el Ministerio Público y los señalados en la acusación particular de lo principal de esta presentación, los que doy por expresa y enteramente reproducidos en esta parte, para todos los efectos correspondientes.

Los daños y perjuicios cuya reparación se demanda ascienden a $10.000.000.- por concepto daños y perjuicios. A la suma antes mencionada, se deben agregar a demás, los intereses legales correspondientes, desde la fecha de comisión del delito hasta la fecha del pago efectivo.

Por último, debe señalarse que la responsabilidad civil que emana del delito por el que se acusa que es materia de estos antecedentes, tiene su sostén legal en los preceptos de los artículos 59,60 y 261 del Código Procesal Penal, y 2314 y siguientes del Código Civil."

A su vez, en su Alegato de Apertura refiere que ha comenzado un juicio con una novedosa forma de criminalidad, propia del siglo XXI, cual es, el ataque a los sistemas informáticos. En este sentido y únicamente con la finalidad de complementar lo ya indicado por el órgano persecutor agrega que la propia historia de la Ley 19.223 dejó asentado cuál era el objeto o bien jurídico protegido señalando que es *"la calidad, pureza e idoneidad de la formación en cuanto a tal, contenida en un sistema automatizado de tratamiento de la misma y de los productos que de su operación se obtengan"*. Explica que *"Megavisión"* es un canal de televisión abierto que ocupa un espacio virtual, un espacio en Internet y fue en este lugar donde se produjo el ataque de los imputados, agresión que se produjo en el *"index o home"* que tiene su representada y que tratará de probar más allá de toda duda razonable que lo anterior constituye o es alguno de los verbos rectores que señala el inciso 1° del artículo 1° de la citada Ley, en este caso *destruir,*

inutilizar, modificar, obstaculizar. Asevera que acreditará que entre los días comprendidos por el 18 y el 22 de noviembre del año 2005 desconocidos a esa data para ellos, con plena conciencia de la antijuricidad de su conducta, con voluntad, con conocimiento, entraron al sitio Web de dicho canal televisivo violando las normas de seguridad que tiene *Megavisión*, aprovechándose de sus conocimientos técnicos, alterando la página, modificándola y sacando de circulación durante varios días su portal en Internet. Puntualiza que en este sentido anticipa que escuchará a testigos expertos que indicarán en que consisten las acciones de los imputados e ilustrarán a todos en la forma de operación y en que consiste básicamente la conducta de los imputados al *destruir, inutilizar o modificar* la reseñada página. Ahora bien, en lo relativo a la acción civil postula que probará los perjuicios que la acción de los imputados presentes en la audiencia produjo en *Megavisión*, lo que demostrará con los dichos de un funcionario de la citada red televisiva que hablará de aquello de manera pormenorizada indicando en que consistieron dichos perjuicios, hará una avaluación de los mismos, esto es, el monto de aquellos.

Seguidamente en la Clausura y Réplica pertinente confirma estos asertos coincidiendo con el órgano persecutor en orden que considera del mismo modo que con las declaraciones de las víctimas, prueba documental, material, Policía de Investigaciones, peritos e imputados al ser enlazada de manera lógica ha quedado demostrado que existía una vinculación entre los hermanos gemelos y CARLOS AMIGO LEÓN quien respondía a la identificación de *SSH-2*; que entre los días 18 y 22 de noviembre de 2005 ingresó al portal *www.megavisión.cl*, que dicho ingreso no fue autorizado; que aquello constituye un acto malicioso, porque fue por un *book* o *rendija* y no por la vía destinada al efecto; que al entrar modificaron el nombre del *archivo index*, lo apartan y lo dejan a un lado por lo que ya no es útil, incorporando un nuevo *archivo index*, con un contenido no deseado por el dueño del portal sino que por el acusado. Puntualiza que a lo menos introdujeron dos mensajes uno a la entonces candidata a Presidente y el otro señalando que *"Mekano vale callampa"*. Conjuntamente, se les impidió a los usuarios de Mega acceder al portal en busca de la información requerida, se impidió a los administradores del portal poder trasmitir la información original por su página web. Ratifica asimismo que la Participación de los dos acusados AMIGO LEÓN y HERNÁNDEZ SALAS se ve igualmente establecida con los dichos de los dos hermanos gemelos, ello en concomitancia con un oficio remitido por la Empresa Microsoft que individualiza las cuentas y la Compañía Terra que reporta a su vez las direcciones IP que dieron con los domicilios de los imputados sumado a lo que señalan los mismos cuando declaran en el mismo sentido admitiendo incluso AMIGO LEÓN que cada vez que atacaban dejaban su marca. Hace presente también que se acreditó la propiedad del sitio web www.mega.cl con la copia de inscripción de dominio ante la institución correspondiente y en lo relativo al elemento malicia exigido por el tipo penal en estudio este querellante sostiene que es vital el testimonio del oficial de investigaciones a cargo de las diligencias de investigación ordenadas por el Ministerio Público señor Raventós Müller quien aporta abundantes antecedentes a ese respecto considerando por ende que hubo sin dudas una decisión dolosa en tal actuar. Considera que lo señalado y aportado por el Profesor en la cátedra de Derecho traído ante estrados por las Defensas no ayudan a dilucidar los hechos que fueron sometidos a la decisión del Tribunal puesto que aquél trabajó sobre una premisa o hipótesis fáctica distinta a las que originaron este Juicio de acuerdo a lo que latamente explica puesto que quedó demostrado plenamente que el portal de Megavisión sufrió una modificación del *index*, incorporándose un nuevo archivo lo cual de modo alguno corresponde a un redireccionamiento de la página que fue el postulado sobre el cual trabajó el jurista

que acudió como perito a la audiencia. Por último finaliza sus argumentaciones reafirmando su posición en cuanto a que se está en presencia del delito de *"Sabotaje Informático"* pues se condice con la definición que entregan otros estudiosos del Derecho quienes efectuaron su memoria en dicho tema conforme a los términos que latamente explica encontrándonos en presencia del artículo 1° de la Ley 19.223 ya que el mismo no funcionó en la forma prevista por el titular del sistema ni prestó la utilidad que aquél quería, haciéndolo inútil, vano o nulo impidiéndose el acceso de los usuarios ordinarios que es el bien jurídico que pretendió proteger el legislador, lo cual se desprende de la historia fidedigna de su establecimiento tendiente a proteger *la calidad, pureza, idoneidad de la información contenida en un sistema automatizado de tratamiento de la misma* y que AMIGO LEÓN buscaba como finalidad corromper dicho portal, siendo su obrar claramente malicioso ya que conocía y quería inutilizarlo mediante la modificación de una de sus partes, con plena conciencia de la tipicidad de su conducta. Corrobora de este modo su petición de condena en presidio menor en su grado medio. Por otra parte y en lo referente a la demanda civil, esta acreditado el dominio de la citada página web con la copia de inscripción introducida al juicio según indicó del registro nick que tiene el citado canal de televisión abierta mega en relación a lo declarado por el Subgerente de nuevos Negocios de dicha estación televisiva señor Solari Sayago quien realizó una descripción de los perjuicios provocados y que avalúa en diez millones de pesos ($10.000.000.), puesto que se les impidió cumplir con avisos y propaganda publicitaria contratada por sus clientes que debieron devolver y satisfacer con posterioridad.

TERCERO: Que, conjuntamente interviene el querellante particular *Ticket Master Chile S.A.* adhiriendo íntegramente en sus alegatos a la Acusación Fiscal resaltando por su lado, que el Tribunal tomará conocimiento de cómo los acusados presentes ante estrados CARLOS PATRICIO AMIGO LEÓN y LEONARDO ANDRÉS HERNÁNDEZ SALAS cometieron el ilícito penal consagrado en el artículo 1° de la Ley 19.223 denominado *Sabotaje Informático.*

En este orden de ideas, sostiene que en cuanto al citado tipo penal existen en el entender de la empresa que representa cuatro (04) hechos fundamentales que acreditará, a saber: El primero dice relación con que el autor individualizado bajo el apodo en la esfera de la cibernética de *SSH-2*, ingresó al Servidor de su patrocinado, lo que demostrará con la declaración del asesor informático de la referida compañía más los dichos de los funcionarios policiales dependientes de la Brigada del Cyber-crimen indicados en el libelo acusatorio. Jonathan Calabrano Gutiérrez y Gerardo Reventós Müller. Continúa señalando que el segundo hecho radica en que este ingreso no autorizado se hizo violando los sistemas de seguridad del servidor de la citada sociedad anónima; luego el tercero consiste en que tal ingreso permitió *obstaculizar* o *modificar* archivos de dicho servidor que inciden en la página Web principal de *Ticket-Mast*er, pues a través de la aludida modificación en la imagen del portal de citada entidad comercial se cambió parte de ella, específicamente una foto de un evento publicitario que se realizaba a esa fecha y respecto del cual se estaban ejecutando prestación de servicios de ventas de entradas. Por último plantea que el cuarto hecho relevante en esta materia reside en que el autor individualizado como *SSH-2* corresponde al nombre de CARLOS PATRICIO AMIGO LEÓN, acusado en este Juicio Oral, lo que probará del mismo modo con los testimonios de funcionarios policiales del Ciber-Crimen, además de la circunstancia que AMIGO LEÓN reconoce frente a ellos su participación en los sucesos antes descritos y que la individualización de *SSH-2* correspondiente a su persona, todo lo cual se ve refrendado con la identificación que hizo ante la audiencia al señalarlo como su apodo y que el mismo se asignó en el mundo

de la cibernética, incorporándolo cada vez que producía una intervención en las páginas Web pertinentes dejando una leyenda en el archivo modificado, en lo particular de "*Byond Crew Team*" permitiendo comprobar que la imagen había sido intervenida por el grupo en cuestión al indicar como señal de contacto dicho apodo viéndose confirmado con evidencia material que dará cuenta de aquello. Similarmente a su antecesor subraya que el bien jurídico protegido es *la fidelidad, la pureza, la idoneidad de la ciencia informática*, por ende cualquier intervención que se pretenda realizar en un sistema de tratamiento de la información aunque no cause perjuicio igualmente produce el ilícito en estudio. Reitera entonces desde su perspectiva que si los hechos se subsumen dentro de la norma en concreto al imputado AMIGO LEÓN le cabe participación en los mismos en grado de consumado en calidad de Autor por lo que pide pena de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias legales correspondientes. Analiza en sus alegaciones finales los medios probatorios vertidos frente a la audiencia concordando en los aspectos sustanciales con lo señalado por el Ministerio Público y los letrados que acudieron por la Red Televisiva Megavisión S.A.

En la Clausura y Réplica ratifica sus afirmaciones ordenado sus ideas con el propósito de clarificar cinco aspectos o temas jurídicos importantes desde su perspectiva:

1°.-) Lema del caso, conocimos como los acusados CARLOS PATRICIO AMIGO LEÓN y LEONARDO ANDRÉS HERNÁNDEZ SALAS intervinieron por la Red de Internet diversos servidores y los modificaron. En el caso concreto de su representada que se dedica al giro de producir y vende espectáculos y publicidad el fundamento del sitio web se centra en la actividad económica. Así pues, el hecho de que se haya hackeado su página o portal wew, le ocasionó consecuencias perjudiciales para sus herramientas de trabajo, lo cual le significó intervenir servidores, el archivo *index*, dejando el sitio de prestar utilidad.

2°.-) Los hechos materia de estudio. A su juicio se han acreditado los siguientes: a) El servidor en un sistema de tratamiento de la información. Esto se demostró con las distintas declaraciones de testigos y peritos tantas veces expuestas. Se probó también que se produjo un ingreso no autorizado al servidor de *Ticketmaster*, ingreso producido por fallos descubiertos y buscados en el citado sistema; b) Se demostró la modificación del contenido del archivo *index* traducido en un cambio de imagen según lo que latamente se explicó precedentemente, al mudarse la foto del tenor italiano Luciano Pavarotti por un mensaje de hackeo donde se hace alusión al grupo *"Byon"*; c) Se estableció igualmente por el propio acusado AMIGO LEÓN, más el analista informático don Luis Espinoza Hidalgo, en unión a los gemelos L A que desde que se produce el ingreso al servidor se pueden manejar los archivos a su antojo; d) Que el archivo *index* forma parte del servidor, punto último que ratifican los mismos gemelos, Espinoza Hidalgo, el ingeniero asesor del Ministerio del Interior señor Hernán Espinoza y los peritos del Cyber-crimen Collao Ramírez y Maldonado Ayala; e) Se produjo una alteración al sitio web en referencia por la modificación del archivo *index* según explicó don Luis Espinoza, porque si bien éste siguió funcionado no lo hizo de la forma prevista por su titular; f) La modificación del *index* se produjo con la utilización de herramientas computacionales, acreditado con los dichos de los referidos hermanos gemelos, el Oficial de la Policía de Investigaciones Raventós, los peritos Collao y Maldonado; g) Se acreditó por último que el apodo *SSH-2* corresponde a CARLOS PATRICIO AMIGO LEÓN a través de los dichos de aquél, HERNÁNDEZ SALAS, y los citados gemelos.

Rebate asimismo esta parte a las Defensas en cuanto a que las mismas pretenden argumentar que estos hechos son impunes por ser atípicos, lo que considera un error ya que

los citados contradictores quieren demostrar que la modificación del *index* es únicamente un cambio de nombre haciéndose una redirección de la página, sin embargo del mérito de la prueba rendida las declaraciones de los acusados, documental y evidencia material, se estableció que lo ocurrido precisamente lo contrario. En este punto comparte los planteamientos del Ministerio Público y el querellante de Megavisión en cuanto el informe en Derecho expuesto por el Profesor Hernández traído como perito dejó demostrado que su análisis partió de un supuesto de hechos distinto a lo que efectivamente sucedió, no hubo redirección de imágenes sino que se efectuó una conducta punible, se modificó el archivo, hubo una alteración sistema de tratamiento de la información, ya que afectó al servidor donde se sustenta la página web.

3°.-) En lo referente al derecho, si subsumimos los hechos al artículo 1° de la Ley 19.223 concurren todos los elementos ya que el sistema de tratamiento de la información se traduce en el servidor de la página web que contiene archivos entre ellos el *index;* concurre igualmente el verbo rector *"modificar"*, se modificó el *"archivo index"* que constituye parte del sistema y en lo relativo al elemento subjetivo a saber *"maliciosamente"* en donde se exige dolo específico le parece que se encuentra claramente presente, la voluntad y el fin perseguido por los acusados fue previsto por los acusados desde el día uno lo cual se manifestó en la alteración de estos archivos, existiendo testimonios relevantes a ese respecto ya que no debe olvidarse que la forma de hacer esos ataques se hacia por la vía de programas computaciones bajados de Internet, ilustrando el policía don Gerardo Raventós que en los citados sitios existen advertencias que manifiestan que tales conductas son prohibidas y lo demuestra el mismo acusado HERNÁNDEZ SALAS al entrevistarse con la detective Bárbara León Riquelme cuando le señala como primera inquietud si era funcionaria de la policía. Otro hecho relevante es la declaración que brinda el detective Calabrano Gutiérrez cuando recuerda que el citado imputado HERNÁNDEZ al ser detenido le manifestó expresamente que él sabía que los iban a pillar. Respecto al artículo 1 de la Ley 19.223 considera que naturalmente el sistema de tratamiento de la información se vio alterado, dejando de prestar la utilidad que se pretende o persigue y, por otro lado, no ha sido ese el funcionamiento previsto por el titular. Le parece que también podría caerse en la figura del artículo 3 del citado texto normativo porque la alteración de estos archivos significa la modificación del sistema de tratamiento de la información, reiterando sus argumentaciones anteriores, se da el tercer elemento de adulteración de datos contenidos en el sistema. Recuerda nuevamente que no debe perderse de vista el bien jurídico protegido por estos tipos penales, *la calidad, pureza, idoneidad de la información contenida en un sistema automatizado de tratamiento de la misma* ratificado por el Profesor Hernández y reflejado en la historia de establecimiento de la Ley.

4°.-) Concertación de los acusados para la comisión de los ilícitos, lo señalan los hermanos gemelos, HERNÁNDEZ SALAS, y AMIGO LEÓN, todos concuerdan en que formaron el grupo *"Byon Hacker Team"* donde cada uno aportaba los conocimientos para cometer este injusto presentando una conciencia de ilicitud al intercambiarse programas de hacker, lo que también quedó acreditado con los dichos de los peritos Collao y Maldonado lo que demuestra que los acusados según art 15 son coautores en el delito que convocó a esta audiencia de juicio oral.

5°.-) En lo relativo a la condena a aplicarse en este caso sostiene que de acuerdo al artículo 1° de la Ley 19.223, corresponde y pide la pena de cinco (05) años, más las accesorias del artículo 29 del Código Punitivo y costas. Si situamos en el campo del artículo 3°, pide la pena de tres (03) años, más las costas de la causa.

CUARTO: Que, de manera análoga el Ministerio del Interior adhirió también en su

calidad de querellante a la Acusación Fiscal afirmando a su vez, que el objeto principal del debate que nos convocó está centrado más allá de la acreditación tendiente a establecer si los acusados realizaron las conductas que se describen en la imputación que se les hace, más bien en la circunstancia de si dicho comportamiento satisface los requisitos típicos exigidos en el artículo 1° de la Ley 19.223. Así pues, indica que en su calidad de querellante su esfuerzo personal gravitará en torno a demostrar que las acciones desplegadas por AMIGO LEÓN y HERNÁNDEZ SALAS ciertamente constituyen las conductas delictivas que contiene la norma en referencia de *Sabotaje Informático,* ya que a través de su actuar éstos *modificaron* el funcionamiento de las páginas Web de propiedad del Gobierno de Chile *Comisión Tortura* y *Bicentenario.cl*, las cuales generan bastante interés público para toda la ciudadanía. Precisa que la intervención o sabotaje realizado por éstos tuvo como efecto visible en los usuarios ordinarios que ingresaban a las mismas y, debido a la alteración de las páginas de inicio de los sitios antes mencionados que se vieron modificados en su *"index"* debido a la aparición de figuras e imágenes alusivas al General Pinochet. Explica que lo anterior fue posible debido a que los imputados ya singularizados aprovecharon una vulnerabilidad del sistema, del servidor de su representado en donde se encontraban alojados los aludidos sitios Web ingresando a él, lo cual constituye a su juicio el delito de *Sabotaje Informático*, situación que quedará evidenciada con las pericias que se rendirán por peritos del Cyber-Crimen como por lo que manifestará el asesor de seguridad del Ministerio del Interior que hablará sobre aquello probándose que los imputados hacían un análisis constante de las debilidades existentes en las mismas para luego utilizar herramientas que los llevaron a tomar el control del webserver trayendo consigo una ineficacia del sistema en general respecto de dichos usuarios ocurriendo con aquello una real afectación de bienes jurídicos donde la *calidad* o *pureza o idoneidad del contenido* materializado en dichas páginas sino además el derecho de propiedad por cuanto como señaló tomaron el control al desplegar una conducta de modificación de las páginas respecto de la información original entregada por el Gobierno. Recalca que las Defensas encauzarán su estrategia en tratar de asentar que estas conductas no constituyen el tipo penal en estudio mediante los elementos probatorios que aportarán por su lado, no obstante lo cual cree firmemente que no se logrará asegurando que el Tribunal alcanzará la convicción necesaria para establecer el tipo penal que ha congregado este Juicio, estructurando sus argumentaciones finales en tres partes:

A) En que medida el sabotaje de la información alteró y dejó de prestar utilidad a las páginas web gubernamentales *"ComisiónTortura.cl"* y *"Bicentenario"* afectando su funcionalidad. A ese respecto de la prueba rendida se extrae con precisión que los servidores que alojaba el primer portal contenían información de alto interés público para quienes fueron víctimas en período de la dictadura, por ende la afectación, la finalidad de dicha página se vio alterada con la modificación de la página principal a la cual accedían los usuarios normales al ver reflejada en ella la fotografía del General Pinochet, con una leyenda en inglés que indicaba que se le buscaba vivo o muerto conforme se señaló anteriormente, porque se afectó un valor fundamental con tal vulneración cual es que el gobierno entregue seriedad a través de sus páginas web ya que la misma daba información a las víctimas de la dictadura y si alguien ingresaba con la exhibición de esta foto la misma podía demostrar una burla o falta de seriedad para tales usuarios, de modo que dejó de prestar funcionalidad tanto para quienes la crearon como para quienes accedían a ella. Situación similar ocurrió con la página del *"Bicentenario"*, la cual del mismo modo mantenía información de interés público para muchos ciudadanos de nuestro país pues en la misma se ha intentado exponer los doscientos

(200) años de existencia de nuestra República, viéndose afectada con la modificación de su genuina fisonomía.

B) Se estableció y reconocieron los propios encartados AMIGO LEÓN Y HERNÁNDEZ SALAS que su finalidad o propósito en modificarlas era por un afán egocéntricos para resaltar o competir con sus pares hackers: Con todo se visualiza un evidente afán lucro hacia el futuro puesto que expresaron su interés en ser contratados en instituciones o conformar una Empresa de seguridad, al realizar estos ataques y ascender a la escala que alcanzaron a nivel mundial lo que manifiesta la búsqueda de beneficios económicos donde este proceso les sirvió para publicitar sus servicios. Así pues el empresario en Seguridad Informática don Eduardo Rey Cabrera Carrasco señala que contrató a AMIGO LEÓN una vez que supo de esta noticia por los diarios, contactándolo para pedirle sus servicios. Subraya que no debe perderse de vista la señal que se entrega a la comunidad en general conforme a la cual de aceptarse la comisión de actos que contienen en su origen un germen de ilicitud, constituye un signo errado para los jóvenes que ingresan actualmente al mundo informática. Con todo, hace presente también que se comprobó ante estrados que efectivamente ocurrió una modificación en la utilidad planificada de las páginas web contenidas en los servidores, la alteración cosmetológica por los que aquello implicó una alteración a la funcionalidad de ambas páginas lo cual no constituye tan sólo una alteración por encima con esa modificación se vio ciertamente afectada la utilidad que se prestaba al usuario. Las consecuencias penales se sabían tanto es así que uno de los menores gemelos, declaró acerca de ese punto y lo que trajo para su vida donde incluso sus padres le señalaron que este proceso penal les sirvió para frenar conductas que en calidad de adultos les habría arrojado peores resultados, en unión que este comportamiento los elevó muy alto dentro del ranking mundial y,

C) El Administrador de Seguridad del Ministerio del Interior don señor Espinoza Medina descarta la re-dirección de la página, el archivo index se modificó el cual se encontraba introducido en el servidor, alterándose la estructura de programación modificándose su funcionalidad, el sitio ya no prestaba la finalidad pretendida.

Manifiesta finalmente que la prueba pericial rendida por la Defensa no desmereció la prueba rendida por el Ministerio Público y los querellantes, estimando que el análisis jurídico traído ante entrados por el Profesor Hernández en orden a tratar de demostrar una atipicidad de estas conductas no correspondía y aunque el Juicio Oral no es la instancia para excluir prueba no puede dejar de mencionar el valor probatorio que debe dársele, pues a su entender no era necesario puesto que la legislación que sanciona el delito informático es conocida y data del año 1993 y por ende dicha prueba de acuerdo al artículo 314 del Código Procesal Penal se ve disminuida si se atiende a que la regulación de la prueba pericial dice relación con materias o técnicas que sean desconocidas por el Tribunal lo que no es del caso puesto que tratándose de una Ley el Tribunal tiene la capacidad necesaria para subsumir los hechos en la hipótesis o tipo penal que establece la Ley 19.223, y un análisis jurídico como el que se rindió podría alterar su imparcialidad, menos aún si se trata de materias propias de su competencia.

Reitera que en este caso se está frente a un sistema de tratamiento de la información exponiendo con detalles las razones o fundamentos de dicha aseveración y el cumplimiento de al menos los dos primeros verbos rectores de la norma jurídica aunque reconoce no causarle perjuicio si en parte los sucesos que afectaron a su representado son recalificados en parte de lo preceptúa el artículo 3° de la Ley 19.223.

QUINTO: Que por su lado, la Defensa del acusado CARLOS PATRICIO AMIGO LEÓN en su Alegato de Apertura manifiesta

ante estrados que en septiembre del año 2002 se envió un mensaje al Presidente de la República a la Cámara de Diputados con el cual se inicia un Proyecto de Ley para modificar el Código Penal, lo anterior con la finalidad de recepcionar dentro de los tipos penales tradicionales las nuevas formas delictivas que surgieron a través del desarrollo de la informática. Considera específicamente que el creciente progreso que ha tenido la tecnología tanto en nuestro país como a nivel mundial no sólo revolucionó los hábitos que existen para el trabajo o para la comunicación sino que también trajo consigo importantes desafíos de adaptación jurídica y por tal razón es que en dicho Proyecto de Ley se describen las nuevas formas de conductas delictivas que han surgido como consecuencia del fenómeno tecnológico. Así pues, menciona el señor Defensor a vía ejemplar el Fraude Informático que podría ser la destinación o el desvío de dineros de una cuenta corriente a otra por tales medios informáticos; otro sería la obtención indebida de suministros de comunicaciones, como la clonación de celulares o cuando se cuelgan vulgarmente de la señal de Tevecable; *"el hacking"* que dice relación con la conducta que se encuentra investigando el Ministerio Público, es decir el acceso no autorizado a información contenida en sistemas computacionales proposición última que en ese Proyecto de Ley sí se encuentra tipificado *más no en el que actualmente nos rige* debido que a su juicio le parece que la Ley 19.223 *no establece la conducta típica investigada por la Fiscalía*. Enfatiza además que aquí tenemos como protagonista a una persona que no es un delincuente ni que anteriormente haya tenido problemas con la justicia sino que tal sólo de aquél que en uso de sus habilidades adquiridas en el estudio de los medios informáticos logró entrar a portales web fijando sus mensajes. Anticipa que durante el desarrollo del juicio se conocerán nuevos términos, nuevas conductas que se realizan en la Red, situación que reviste importancia pues la actividad que se afectó en esa oportunidad se denominan *"desface"* que consisten en un cambio cosmetológico que se le hace al portal de la página web, no se utilizan los archivos, no se dañan para obtener un lucro sino que solamente por comandos externos al visualizar fallas en el sistema significarían si se hace el parangón, por ejemplo con una persona es el pintarle su cara, hecho que como señaló no constituiría en la legislación actual un delito informático, situación que será ilustrada en la audiencia por un connotado académico que realizó un informe en Derecho en cuanto a ésto hablándonos de las conductas tipificadas en la Ley vigente en relación a la que realizaron los acusados.

Durante su intervención en el Alegato de Clausura y réplica pertinente ratifica sus alegaciones anteriores por cuanto a su entender sólo se trata de una actividad propia de hacking, *"un acceso no autorizado"* y no de un *"Sabotaje informático"* como se pretende por los acusadores y querellantes, si bien su conducta estuvo al límite al tener control del servidor pudieron introducir virus, elementos troyanos lo que no ocurrió limitándose únicamente a un cambio cosmetológico, donde como ya se indicó se dejaba el correo electrónico en las páginas web para que se contactarán con sus representado. Insiste nuevamente en las argumentaciones vertidas al inicio de la audiencia en lo relativo a la atipicidad de estas conductas, puesto que únicamente considera que se trató de una actividad intrusiva pero que no tenía el efecto de dañar la información. Le parece que el tipo objetivo del artículo 1° de la Ley tantas veces comentada dice relación con la afectación de soportes físicos y de encasillarse en el artículo 3° el tipo objetivo habla de *"alterar, dañar o destruir"*, afectándose en esta ultimo tipo penal la estructura de la información, en tal caso estaríamos frente a una alteración de datos pero fue un sólo archivo, *el index*, y no elementos destructores de dicha información.

SEXTO: Que, a su vez el Defensor del acusado don LEONARDO ANDRÉS HERNÁNDEZ SALAS adujo que nos convoca un juicio de carácter histórico y como

mencionaron sus contradictores aparentemente se daría una nueva forma de criminalidad. Es por esa misma razón y al no ser frecuente este tipo de delitos que el Tribunal debe tomar mayores resguardos o precauciones en orden a que realmente nos encontremos en la base de un tipo penal o conductas que requieran la represión por parte del Estado, la inversión de recursos donde en la especie hubo un gran despliegue siendo de tal envergadura como para ser atribuible una sanción penal al ser ésta la más grave de nuestras reacciones sociales. Continúa su exposición aduciendo que aquí existe un concepto de muchos derechos humanos que se desenvuelven en el ámbito de Internet, a saber el derecho a la privacidad, a emitir información, a expresar la opinión libremente, y los supuestos hechos ilícitos que se pretenden hacer valer se desarrollan en un ámbito que es Internet, haciendo hincapié que Internet es un espacio público, podría decirse que pertenece a un Estado, pero no es así ya que una definición aceptada es que Internet constituye la red de redes, que permite el desarrollo del conocimiento, la libre distribución del conocimiento en todo el planeta, por lo que cabe decir que pertenece a la humanidad y es ésta quien vendría a ser su dueño ya que en sus orígenes fue concebido por sus primeros programadores en los años setenta como una esfera de libertad, para las comunicaciones y para todo tipo de conocimiento donde no hay controles de autoridad como indicó anteriormente sino que es autorregulado, no existen controles verticales, diluyéndose éstos, entrando a primar otro tipo de aquellos como son los de colaboración, la fraternidad, no hay diferencias de condición social, sexo, raza, color político, diferencias de cuna, puesto que se trata de una super carretera donde ingresan millones de personas. Se dice que su representado ingresó a los servidores de quienes aparecen como víctimas de sabotaje pero subraya que no hay que olvidar que existe un paso previo cual es que las personas que se dicen afectadas por la acción de su representado son quienes colocan la información a disposición de todo el mundo y cuando un computador se conecta a Internet el mismo pasa a formar parte de la red y comparte también sus características. Puntualiza que la definición de lo que es Internet en nuestra sociedad no es algo peregrino, pues si bien la Red es UNA, distinto es el acceso que se tiene en diversos países Estados Unidos, República Popular China donde cuentan con mayores restricciones, una vigilancia por parte del poder político central mucho más férreo, acerca de que es lo que se ve o no se ve, directrices que deberán definirse en la sentencia que se dicte por esta sede jurisdiccional ya que se emitirán mensajes a la comunidad en cuanto a que es lo que debe entenderse por Internet en nuestro país. Por esto sostiene que al ser creado como un espacio libre produjo mucha preocupación en primer lugar al poder político de algunos países quienes postularon que debía ser regulado de alguna manera ya que al expresarse ideas, se generan corrientes de opinión, líderes a ese respecto y también algún disidente, otros lo han visto como una forma de hacer negocio, todo lo cual constituyen actividades legítimas, pero no debe olvidarse que en sí el espacio pertenece a la humanidad. Por estas razones corrobora su postura como Defensa en cuanto a que la conducta de su representado *es atípica*, porque no sólo la Ley en estudio data del año 1993, sino porque también en el campo informático constituyó un cambio de paradigma, legislación que fue copiada de la Ley francesa y a esa data de acuerdo al avance que presentaba Internet en Chile no existían las *Páginas Web* y sólo a fines de ese años se hizo en forma experimental y en el mundo la primera fue levantada en 1991, motivo por el cual resulta muy difícil que el legislador haya tenido en vista esta hipótesis cuando define el sistema de tratamiento de la información, dándosele interpretación de que la normativa jurídica habla de sistema automatizado de tratamiento de la información, y lo cierto es que no es así y esa diferencia importa un cambio radical puesto que al ser creada no

existían *Páginas Web*. Plantea que en verdad en la especie se está en presencia de *un acceso no autorizado* el cual está regulado con penas bastantes inferiores en la normativa francesa puesto que fue modificada porque ocasionó grandes problemáticas cambiándola el año 1994 y por esa misma razón actualmente en Chile hay un Proyecto de Ley que pretende hacer lo mismo que los franceses y tipificar entre las diversas conductas el referido *"acceso no autorizado"* que si bien en la mayoría de los países es punible está reglado con penas mucho menores que las indicadas en la Ley general. A su juicio de no ser así se afectaría el *Principio de Reserva o legalidad*, es decir una ley anterior que tipifique estos hechos excluyéndose la analogía en estos casos y además un Principio enunciado por el Profesor Zaffaroni que es el *Respeto histórico al ámbito legal de lo prohibido*. Con todo afirma que de darse por sentado la conducta, el tipo penal requiere un ánimo especial, un actuar doloso constituyendo un requisito del tipo y desde este aspecto hay una ausencia del elemento subjetivo y aunque el Ministerio Público postula que los fines serían egocéntricos para realizar el sabotaje no sólo es así puesto que existieron también mensajes de antiglobalización que constituye una opinión que se puede expresar libremente y por ello en la página web de la comisión tortura se puso la imagen del General Pinochet diciendo que era culpable de la violación de Derechos humanos, lo cierto es que muchos chilenos piensan de ese modo, pero junto con lo anterior los imputados pusieron sus correos electrónicos para que se comunicaran con ellos y para que se les contestase, por lo que no puede entenderse que vulneraban la seguridad ya que únicamente buscaban *"agujeros", es decir* una falla pre-existente en el sistema dejando su correo para ser contactados. Explica que si bien presentará como parte de su prueba la opinión de un destacado Profesor el no dirá lo que se debe decidir, lo cual constituye tan sólo una opinión se estima pertinente y con la cual se debe contar.

En sus alegaciones finales reitera las argumentaciones precedentemente expuestas aduciendo que no existe jurisprudencia a este respecto por lo que se mantiene incólume en su posición inicial relativa a que el comportamiento de su representado se encuadra dentro de la actividad propia de *hacking directo* existiendo únicamente un ingreso no autorizado, una manifestación de un mensaje y el establecimiento de una dirección de correo electrónico. Ahora bien máxime si se tienen presentes los daños que pudieron ejecutarse materialmente por su defendido donde perfectamente la conducta de aquél pudo ser mucho más grave lo que en la especie no aconteció aunque incluso tuvo la ocasión de poder formatear el disco duro, destruirlo físicamente y sin embargo no lo hizo en las más de ocho mil páginas web que se han mencionado señalando los testigos su aprehensión en torno aquello puesto que con ese acceso se tuvo un control total del servidor, más insiste no lo efectuó, tanto es así que incluso los sostenedores de seguridad de los servicios computacionales afectados realizaron auditorias tendientes a observar si se desparramaron virus, ya que hay snifer para detectar passwoord, virus troyanos, robar dichas passwoord, si la intención hubiese sido el causar un daño un *Sabotaje* estaríamos en presencia de una figura mucho más grave. Postula que habrían dos clases de afectados, el dueño página de Internet y los que prestan servicio de *hosting,* que vendría ser como el guardia del Supermercado quien tiene por obligación brindar seguridad, se pone en tela de juicio los mecanismos que antes tenían y los que a través de este actuar pudo aportarse para el futuro, se taparon de este modo parches, otros pusieron firewall, cesando por tanto las intromisiones. Por esto considera que les animaba otro tipo de interés ya que la ley dice sistema de tratamiento de información, no emplea vocablo automatizado, fue aportado por las partes. Concuerda con su colega que

en el año 1993 aún no existían páginas web, no era una realidad que el legislador pudiese haber tomado en consideración. Examina asimismo los aportes jurídicos brindados por el profesor de cátedra de Derecho traído ante estrados de manera lata como asimismo el resto de la prueba que se virtió en la audiencia, incluso se indaga acerca de la intención que podría animarlo y el propio Oficial de Investigaciones señor Raventós Müller manifiesta que es una pregunta que contiene muchas respuestas. Conjuntamente con lo anterior su defendido admite que la finalidad era vulnerar las páginas sólo para hacer crecer el ranking del grupo, la psicóloga señorita Carla Lizama refiere una necesidad de pertenencia y aumentar su autoestima puesto que aún conserva un espíritu propio de la adolescencia. Reitera el Defensor que en atención aquello faltaría entonces el ánimo malicioso exigido por el delito y que al dejarse un mail en internet supone que quien lo entregó desea ser contactado. Con todo plantea una serie de dudas en lo referente a lo que puede entenderse por dirección IP y que aquella podría corresponder a determinada persona pero hay un 20% que no es así además otros grupos pueden firmar con el nombre de *"Byon Hacker"* y no necesariamente pertenecer a él y por último en Internet es usual que los conocimientos computacionales sean compartidos por la comunidad que ingresa a dicha Red.

SÉPTIMO: Que, por ende lo que resulta controvertido esencialmente en esta causa es si la conducta desplegada por ambos acusados CARLOS PATRICIO AMIGO LEÓN y LEONARDO ANDRÉS HERNÁNDEZ SALAS configura o no el ilícito penal de *"Sabotaje Informático"* que constituyen la pretensión punitiva del órgano persecutor estatal y acusador particular *Red Televisiva Megavisión S.A.* y en la cual adhirieron en los términos incoados por el primero los querellantes particulares *"Ticket-Master"* y *"Ministerio del Interior"* en los supuestos establecidos por el legislador en el artículo 1° o eventualmente dentro del contenido de la norma contenida en el artículo 3° de la Ley 19.223, constituyendo lo anterior la esencia de controversia planteada ante estrados por sus Defensas, quienes consideran que tales conductas son atípicas en el marco de nuestra legislación toda vez que únicamente se enmarcarían dentro de la figura del *"acceso no autorizado"* situación que incluso sólo vendría a contemplarla un nuevo Proyecto de Ley que se encuentra actualmente en estudio en el Congreso Nacional, no resultando por ende cuestionada por éstos la participación de sus representados en estos hechos pero únicamente en los términos así indicados.

Por otra parte debe dejarse constancia que los intervinientes no arribaron a convenciones probatorias, conforme se lee en el auto de apertura.

OCTAVO: Que, avocado el Tribunal al examen de los presupuestos exigidos por el legislador relativo a los delitos en estudio, realizado el análisis pormenorizado de la prueba vertida en estrados por la sede persecutora acusador particular y querellantes ampliamente individualizados en los motivos anteriores tendientes a acreditar el sustrato material de ambas hipótesis descritas por el legislador penal, estos sentenciadores consideran que se logró acreditar en el caso subiudice la comisión del injusto penal que contempla el primero de los artículos del mencionado cuerpo normativo cuanto la participación de los acusados en el mismo, alcanzando esta conclusión de manera unívoca mediante el avance concatenado y sistematizado de los elementos probatorios que se valoran según se explica en los razonamientos sucesivos.

NOVENO: Prueba. Que el Ministerio Público, para acreditar el hecho punible y la participación de los acusados, presentó prueba de cargo, la que estructuró de la siguiente manera:

I TESTIMONIAL:

Declararon en audiencia los testigos:

1.- Rodolfo Lorenzo Cárdenas Vargas

2.- Óscar Andrés Solari Sayazo.
3.- Luis Espinoza Hidalgo
4.- Alexis Ramírez Orellana.
5.- Jorge Alfredo Barril Muñoz.
6.- Hernán Espinoza Medina.
7.- Rafael Tarud Castaño.
8.- Gabriel Muñoz Muñoz.
9.- Jonathan Calabrano Gutiérrez.
10.- Roberto Arriagada Barrueto.
11.- Gerardo Raventós Muller.
12.- Mauricio Morales Duarte.
13.- Fernando Olivares Espinoza.
14.- IELA.
15.- COLA.

II PERICIAL:

Declararon en audiencia los peritos.
1.- Franco Collao Ramírez.
2.- Esteban Maldonado Ayala.

III DOCUMENTAL:

Se incorporaron en audiencia:
1.- Reporte de actividad IP 201.246.241.135 y 201.246.168.47 de fecha 21 de noviembre de 2005 de la empresa Terra S.A.
2.- Bitácora en que se registra la actividad de la página web www.mega.cl, los días 21 y 22 de noviembre de 2005.
3.- Copia de la versión on line de las últimas noticias de fecha 14 de diciembre de 2005.
4.- Nota en el Mercurio Internet de fecha 2 de agosto de 2006.
5.- Oficio 579 de Cybercrimen y formulario con datos de registro de la dirección palestina1815@hotmail.com en Microsoft y de sus actividades con fecha 5/3/2006 y 8/9/2006.
6.- Informe de Terra respuesta sobre las conexiones de la cuenta nettoxic@gmail.com.
7.- Informe de VTR respuesta sobre las conexiones de la cuenta nettoxic@gmail.com.
8.- Respuesta de ENTEL sobre el N° telefónico 0-95947207.
9.- Oficio de Telefónica 712 de fecha 25 de mayo de 2006.
10.- Respuesta de la empresa Terra Networks al oficio 711.
11.- Copia del currículo de Carlos Amigo León.
12.- Oficio 1456 y 1457 de Cyber crimen.
13.- Registro de actividad del correo de Nettoxic@gmail.com de fecha 9/12/2006 expedido por Microsoft.
14.- Listado de la página web Zone-h con los grupos de hackers con mayores ataques registrados en ella.
15.- listado de la página web Zone-h con el número total de ataques atribuidos a Byond Hackers Team.
16.- Listado de 522 ataques a páginas web registrados en la página Zone-h

IV MATERIAL:

Se incorporaron en audiencia:
1.- Impresión de la modificación de la página web de Ticketmaster.
2.- Impresión de la página web comisiontortura.cl objeto del sabotaje.
3.- Impresión de la página www.mega.cl, objeto del sabotaje con mensaje "Saludos Mega-soy SSH-2…"
4.- Copia de la página web www.pase.mineduc.cl objeto de sabotaje.
5.- Impresión de la página web www.comisiontortura.cl, objeto de sabotaje.
6.- Impresión de la página web www.sence.cl, objeto de sabotaje registrado en la página Zone-h ,.
7.- Impresión de la página web de la Nasa objeto de sabotaje registrado en la página de zone-h.
8.- Impresión de la página web www.bicentenario.gov.cl, objeto de sabotaje registrado en la página de Zone-h y de su registro el día 22 de noviembre de 2005.
9.- Copia de la web www.megavisión.cl, objeto de sabotaje registrado en la página de Zone-h y de su registro el día 22 de noviembre de 2005.

10.- Copia de la página web www.fuerzaciudadana.cl, objeto de sabotaje.
11.- Copia de la página web www.donaunlibro.gob.mx, objeto de sabotaje.
12.- Copia de la página web mail.muniinclan.gob.pe, objeto de sasbotaje.
13.- Impresión de la página www.uplink.cl, objeto de sabotaje.
14.- 60 impresiones o fotografías contenidas en los informes técnicos 14, 15, 16, 31, 32 y 36 todos del año 2007 del Cyber Crimen.

Que la parte **QUERELLANTE MEGAVISIÓN** presentó prueba:

I TESTIMONIAL:

Declararon en audiencia los testigos:
1.- Rodolfo Lorenzo Cárdenas Vargas.
2.- Óscar Andrés Solari Sayago

II DOCUMENTAL:

Se incorporaron en audiencia:

1.- Copia del correo electrónico enviado por Mauricio López a Rodolfo Cárdenas, ambos empleados de la compañía Netline en los que se copian los "Logas dce sacript" que dan cuenta de la intromisión ilegal a la página web www.mega.cl, que inutilizó el sistema de tratamiento de información.

2.- Reporte de actividad IP 201.246.241.135 y 201.246.168.47 de fecha 21 de noviembre de 2005 de la empresa Terra SA.

3.- Copia de la inscripción del dominio del sitio web www.mega.cl

Que la parte **QUERELLANTE TICKETMASTER** presentó prueba:

I TESTIMONIAL:

Declararon en audiencia los testigos:
1.- Luis Espinoza Hidalgo

II DOCUMENTAL:

Se incorporaron en audiencia:
1.- Impresión de la modificación a la página web de Ticketmaster

Que el **MINISTERIO DEL INTERIOR** se valió de la misma prueba del Ministerio Público, al igual que la Defensa, presentando esta última, además, prueba:

I TESTIMONIAL:

Declararon en audiencia los testigos:
1.- Bárbara León Riquelme.
2.- Nassin Hammer Vega.
3.- Eduardo Rey Cabrera

II PERICIAL:

Declararon en audiencia los peritos:
1.- Héctor Hernández Basualto.
2.- Carla Lizama Valenzuela.
3.-Antonio Alberto del Río Guerrero

III DOCUMENTAL:

Se incorporaron en audiencia:

1.- Oficio N°261, de fecha 27 de noviembre de 2006, emanada del Ministerio de Educación, dirigido a Jonathan Calabrano Gutiérrez, que contiene una exposición de los hechos que lo afectan.

2.- Proyecto de Ley del delito informático, mensaje de fecha 25 de septiembre de 2002, de la Presidencia al Congreso.

3.- Tres artículos de la revista chilena de derecho informático N°4, al Centro de Estudios Informáticos, dependiente de la Universidad de Chile:

a) Delincuencia Informática en Chile, proyecto de ley de don Claudio Magliona Marcovich.
b) El Hacker no es ni puede ser delito de Eduardo Escalona Vásquez.
c) Los delitos informáticos en el proyecto de reforma de Fernando Londoño Martínez, los cuales están en la revista de derechos informáticos N°6, dependiente de la Universidad de Chile.

DÉCIMO: Valoración de la prueba en cuanto al delito de sabotaje informático. Que la Ley Nº 19.223 contempla figuras penales relativas a la informática, siendo denominados tales ilícitos por la doctrina como "delitos informáticos". Dicha ley fue publicada en el Diario Oficial el 7 de junio de 1993, la cuál consta de cuatro artículos en los cuales tipifica conductas que

utilizan las tecnologías de la información como medio de comisión de hechos punibles. Si bien podría considerarse que por la data que ésta tiene y el avance de la tecnología que la humanidad ha experimentado -sobre todo con la introducción de "Internet"- no sería aplicable en el caso sub lite, no es menos cierto señalar que deben analizarse las conductas descritas en ésta primeramente, antes de desechar su aplicación -so pretexto de ser muy antigua- debiendo estos sentenciadores consecuencialmente determinar si los hechos presentados y acreditados calzan o no en algunos de estos artículos.

Para comenzar con el análisis de esta materia, la historia fidedigna de la referida ley establece que el bien jurídico protegido es la calidad, pureza e idoneidad de la información en cuanto tal, contenida en un sistema automatizado de tratamiento de la misma y de los productos que de su operación se obtengan. Sin embargo, parte de la doctrina establece que tales delitos serían pluri ofensivos, afectándose también la intimidad, el patrimonio, la propiedad intelectual, la seguridad, etc. Lo anterior deberá analizarse según cada caso en concreto. Hay dos autores chilenos -Huerta y Líbano- quienes entregan una definición bien amplia de lo que se entiende por "delitos informáticos", señalando que son *"todas aquellas acciones u omisiones típicas, antijurídicas y dolosas, trátese de hechos aislados o de una serie de ellos, cometidos contra personas naturales o jurídicas, realizadas en uso de un sistema de tratamiento de la información y destinadas a producir un perjuicio en la víctima a través de atentados a la sana técnica informática, lo cual, generalmente, producirá de manera colateral lesiones a distintos valores jurídicos, reportándose, muchas veces, un beneficio ilícito en el agente, sea o no de carácter patrimonial, actúe con o sin ánimo de lucro"*

La doctrina en general clasifica a los delitos informáticos en: sabotaje informático; espionaje informático, fraude informático y piratería de programas. En relación al sabotaje informático- que al parecer sería la figura que calza con el caso sublite, como se seguirá analizando- para alguna parte de la doctrina, es el acto de borrar, suprimir o modificar sin autorización, funciones o datos de computadora con intención de obstaculizar el funcionamiento normal del sistema. Para el autor Marcelo Huerta, el delito de sabotaje informático *"Es toda conducta típica, antijurídica y culpable que atenta contra la integridad de un sistema automatizado de tratamiento de información o de sus partes componentes, su funcionamiento o de los datos contenidos en él"*. Tal ilícito se encuentra contemplado en los artículos 1º y 3º de la ley Nº 19.223. Así, el artículo 1º establece que: *"El que maliciosamente destruya o inutilice un sistema de tratamiento de información o sus partes o componentes, o impida, obstaculice o modifique su funcionamiento, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio a máximo. Si como consecuencia de estas conductas se afectaren los datos contenidos en el sistema, se aplicará la pena señalada en el inciso anterior, en su grado máximo"*. Por otra parte, el sabotaje informático regulado en el artículo 3º establece que: *"El que maliciosamente altere, dañe o destruya los datos contenidos en un sistema de tratamiento de información, será castigado con presidio menor en su grado medio"*. En virtud de los artículos anteriores, se desprenden tres clases de acciones, a saber: a) acciones contra el sistema de tratamiento de información, b) acciones contra el funcionamiento del sistema de tratamiento de información y c) acciones que afectan los datos contenidos en un sistema de tratamiento de información. Las dos primeras corresponderían al artículo 1º y la última al artículo 3° de la ley N° 19.223.

Que al respecto, debe tenerse claro qué es lo que se entiende por "sistema de tratamiento de información", y al respecto, es pertinente indicar que el artículo 19 del Código Civil, señala que las palabras se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, salvo cuando el legislador las ha definido expresamente. Por otro lado, las palabras técnicas de toda ciencia o arte, como ocurre en la especie, se tomarán en el

sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte. Estos sentenciadores, según lo investigado, consideran que un sistema de tratamiento de información *"es el medio por el cual los datos fluyen de una persona hacia otra, proporcionando información o datos procesados a todas o algunas de las partes de una organización, conformándose por sistemas informáticos o de computación (si el sistema es automatizado) o sistemas manuales"*.

En lo que dice relación al presente juicio, se hace necesario también previamente señalar algunos conceptos de carácter técnico relacionados con la informática. Para un acercamiento al tema, no está demás en señalar qué es lo que se entiende por Internet, siendo una definición bien simple la siguiente: *"Es una red de redes de computadoras conectadas a nivel mundial y se emplea para el intercambio de información y el acceso a las bases de datos"*. Esta es una amplia red global de estaciones de trabajo derivada de una red militar que se comenzó a desarrollar en 1969, en los Estados Unidos, y que hasta el día de hoy, millones de usuarios se conectan a ella, ya sea personas naturales, organismos y empresas. Lógicamente, para conectarse a ésta, se hace a través de un computador.

Considerando estos sentenciadores que ciertos testigos demostraron ante la audiencia su calidad de abonados, tanto por la profesión o actividad que ejercen, y su ilustración acerca del tema, es que a continuación se indicarán los significados de palabras que dicen relación con la informática, para luego entrar de lleno al análisis del concepto de sistema de tratamiento de información.

Así, el propio acusado Carlos Amigo –técnico programador de computación- señaló que él realizaba "defacements" –en español, "desfaces"- lo cuál constituiría un desfiguramiento de las páginas Web, un cambio al "índex", en dónde los archivos se reemplazaban y se sustituían las imágenes, siendo esto una rama de la actividad de los hackers. A su vez, también indicó que los "fallos", serían errores de programación en las páginas, algo así como una ventana abierta por dónde podían ingresar. El "índex" vendría a ser la cara representativa visual de lo que se ve al abrir una página de Internet, un archivo de la raíz del portal Web que se encuentra en el servidor. La "zona-h", es un portal que lleva el historial del perfil de los "desfaces" hechos por los "hackers" en todo el mundo.

Por otra parte, el acusado Leonardo Hernández –estudiante de ingeniería mecánica y autodidacta en el tema del "hacking"- indicó que el "índice"-o índex- es lo que primero se muestra en una página de Internet, es un archivo importante que pertenece a un sitio Web y que si falta ya no es una página completa, que por eso sería importante. Los "hackers", son gente que quieren demostrar los fallos, las vulnerabilidades, y los "crackers", personas que destruyen y roban información.

A su turno, el testigo Rafael Tarud, quien es dueño de una empresa de "Web hosting", indicó que esto último vendría a ser las empresas que dan hospedaje a los sitios Web, quienes sostienen las páginas. El "LOG" son los registros de movimientos en un servidor, los que se traducen en un archivo de texto.

El testigo menor de edad C L, quien pese a su corta edad, señala que fue uno de los fundadores del grupo de "hackers" y desde los 15 años se dedicaba junto con su hermano a intervenir páginas Web. Indica que la "zona h" es un lugar en la Web dónde se enviaban los ataques que se hacían, y había un ranking de los 50 primeros "hackers". El "índex" es un archivo principal de la página Web, indicando que ellos lo movían y se cambiaba o trataba la información,

El testigo menor de edad IE LA, hermano del anteriormente referido, señala que el archivo "índex" está en el servidor y que el archivo LOG es un archivo de texto, modificable.

El testigo Rodolfo Cárdenas, quien es administrador de sitios Web, señala que el "índex" o "home" es un archivo de datos.

El testigo Jorge Barril –ingeniero en informático y jefe de ventas de una empresa de "Web hosting"- indica que la "informática" es la ciencia que ve todo lo relacionado con la información, estando dentro de ésta las ciencias computacionales; señala que un sistema de información puede ser automatizado y que un sitio Web es un sistema lógico de información, que tiene por finalidad que personas ingresen a él.

El testigo Hernán Espinoza, Jefe del Area Informática y Seguridad del Ministerio del Interior, refiere que el "índex" es un archivo digital que forma parte del sistema, que sirve por su contenido y nombre, que tiene un nombre específico. Que un servidor consta de lenguaje, software, sistema operativo, lenguaje php y las páginas físicas, y que todo lo anterior permite configurar una página Web. Indica que un "Web server" es el gestor de los sitios Web y de los archivos recibidos. El "hacking", una acción maliciosa para modificar información de un sitio Web. "Zona h" sería un portal donde los "hackers" informan sus actividades. Que el "puerto 80" es por dónde se ingresa a una página Web y es de carácter público, que ofrece la comunicación con otros computadores con un número IP, explicando que cuando un usuario clickea la dirección www., visita una dirección en un puerto 80 y a través de éste se hace la distribución de datos. Señala que el "índex" reside en un directorio, y que al cambiarse éste, físicamente queda en el mismo servidor pero con un nombre distinto.

El testigo Luis Espinoza, mantenedor de la página Web de Ticketmaster, señala que el "índex" es un archivo que forma parte del servidor, que le pertenece al dueño de éste, y que tal archivo habría sido el modificado.

El testigo Jonathan Calabrano, policía de investigaciones de la unidad de ciber crimen, indica que el Messenger (o msn) es una forma de comunicación por chat en Internet.

El testigo Gerardo Raventós, técnico electrónico y policía de la unidad de Cyber crimen, indicó que el "número IP" es una dirección que está registrada en un registro internacional, que al ingresar dicho número en esa página se puede informar quién es el proveedor de dicha conexión a Internet, que pueden ser planas o fijas y que fijas todos los usuarios la tienen. Que ISP significa "Internet Service Provider", o sea, la empresa proveedora de Internet, tales como Terra, Telefónica. Que "zona h" tiene un ranking de "hackers". Señala que el "servidor host" es el computador que hospeda una página Web. Un "Web master", es quien confecciona, sube y administra una página Web, y el "administrador" de un servidor tiene como función principal que los sistemas informáticos den respuesta a lo que los usuarios piden desde afuera y que el servidor sea seguro para que no sea hackeado, haciendo una analogía que el administrador del sitio Web vendría a ser como el guardia de un local, entendiendo así el tribunal que entre ambos conceptos habría una relación de genero y especie, explicando que cuando los sujetos ingresaban al servidor de las páginas atacadas, pasaban a tener el control total del servidor, quedándoles solamente vedada la posibilidad de apagar la electricidad. Señala que un "desface" es la modificación del "índex" de una página Web. Manifiesta que el "puerto 80" sirve para la navegación a través de Internet, que está abierto al público pero sólo para consultas, que si se toma el control del servidor, se puede incluso quemar el disco duro.

Que ya teniendo presente algunos conceptos de informática, y lo más importante, que todos los testigos e imputados coinciden esencialmente en lo que se debe entender por lo que cada uno refirió, analizaremos uno de los elementos del tipo penal, que lo presenta tanto el artículo 1° como el 3° de la respectiva ley, y es en cuanto a lo que debe entenderse por "sistema de tratamiento de información". De esta forma, uno de los acusados –Leonardo Hernández- agregó que el archivo "índex"–que era lo que ellos modificaban- es un sistema de tratamiento de información. El menor C L, señala que el "índex" forma parte del servidor, del sistema de tratamiento de información,

indicando que este último concepto se usa para definir un sistema informático en donde se manipula información. Su hermano IELA concuerda en que el archivo "índex" vendría a ser un sistema de tratamiento de información. Refrendándose lo ya señalado, el testigo Jorge Barril indica que el "índex" es un archivo que se encuentra en el servidor de un sitio Web, formando parte del sistema lógico, y que al modificar tal archivo, cambia automáticamente la información que se mostraba inicialmente. Finalmente, se tomó en consideración la declaración de don Gerardo Raventós, quien indica que el sistema de tratamiento de información es aquel en donde se incorpora un dato, es procesado en forma automatizada y tiene una salida distinta, pudiendo ser desde una calculadora, un computador o un sitio Web. Expone que un sistema de tratamiento de información, sería el disco duro o una tarjeta de red a modo de ejemplo.

Que de este modo, en virtud de todos estos relatos provenientes de personas expertas en el tema, válidamente interrogados, tanto por el Ministerio Público y partes querellantes, como por la defensa, es posible concluir fehacientemente que el renombrado archivo índex- en donde todas las víctimas presentes concordaron que éste habría sido el que fue modificado- es un archivo importante de una página Web, el cuál forma parte de un servidor, entendiéndose esta última palabra en su sentido natural y obvio, como la máquina principal de la red que se encarga de administrar los recursos de ésta y el flujo de la información, constituyendo tanto el servidor como la página Web en sí, un sistema de tratamiento de información, y al ser el índex uno de sus archivos, lógicamente se deduce que es una parte o componente del sistema ya referido.

Teniendo así por acreditado uno de los elementos del tipo penal, queda por analizar el elemento "maliciosamente" –lo cuál se efectuará más adelante del presente fallo- y la destrucción o inutilización de un sistema de tratamiento de información o de sus partes o componentes, o el que se haya impedido, obstaculizado o modificado el funcionamiento de éste. Como se puede apreciar, lo anterior corresponde a la figura del artículo 1°, como ya se adelantó en el veredicto respectivo, y en el presente fallo se da a conocer el por qué estos sentenciadores estimaron que los hechos del caso se encuadran en este artículo y no en el 3°. A continuación, se analizarán los hechos acreditados víctima por víctima en forma individual, para efectos de un mejor orden:

I.- Con fecha 18 al 22 de noviembre del 2005, los acusados en forma reiterada modificaron el funcionamiento de la página web www.mega.cl, dejando mensajes y firmando el ataque como "Byond Hackers Team Owned by SSH-2 and Nettoxic", junto con un correo electrónico, palestina1815@hotmail.com.

Al respecto contamos con el testigo **Óscar Andrés Solari Sayazo**, quien expuso en lo sustancial ser Subgerente de Megavisión, y en su rol administraba el sitio web de Mega, que es un área que representa el 1,2% de los negocios de dicho canal. Indicó que el sitio web fue creado cuando Mega tenía la concesión del Festival de Viña del Mar, esto es, en los años 1995 y 1996. Precisó que en el mes de noviembre de 2005 el sitio fue Hackeado entre el 18 y 22 de noviembre del citado año. Fue un fin de semana, se comunicó con el proveedor y se le informó lo que le había sucedido al sitio, es decir, que había sido Hackeadoo constantemente y que la página no estaba disponible. Sostuvo que estuvieron intentando subir el sitio, ya que éste no funcionaba normalmente. Agregó que la página atacada es un sitio de negocios, no se podía ver nada, y por ende no se hacen las menciones comerciales. Tuvieron que compensar a sus clientes económicamente, otorgando mayor tiempo de disposición de lo acordado; se vio atacada la vulnerabilidad del sitio, expresando que para ellos fue un hecho grave y no es aceptable que cualquier persona se entrometa en un medio de comunicación. Aclaró que el ataque consistió en introducir las frases "viva Bachelet" y que "Mekano vale

callampa", que no sabe si las personas que realizaron el ataque se trataron de contactar con Megavisión. Luego puntualizó que hicieron una cuantificación muy aproximada, porque hay que entender que hay valores y tarifas, hay clientes que tienes ciertos descuentos preferenciales, pero a groso modo de puede decir que fueron unos diez millones de pesos los perjuicios.

Posteriormente declaró el testigo **Rodolfo Lorenzo Cárdenas Vargas**, quien señaló trabajar en la empresa Netline Comunicaciones, y está a cargo de los portales de los clientes de la empresa. A Megavisión le administran su servidor web. Indicó que la página web de Megavisión sufrió un ataque entre el 18 y 23 o 24 noviembre del 2005, esto es, el Index fue sobrescrito, fue reemplazado por otro archivo que mostraba otro contenido, desapareciendo el sitio Mega.cl y no se podía acceder desde la web a la página original accediendo los usuarios a otra página que contenía mensajes como "Saludos Bachelet" "Mekano vale callampa". Indicó que el Index es un archivo inicial que contiene datos; es de donde se comienza la navegación. Precisó que se reemplazó el archivo original que es borrado y se sube otro que es falso, se mantiene el nombre, lo que se cambia es el contenido. Se incorpora como evidencia la prueba documental N°2 del auto de apertura, se hace una lectura resumida."201.246.168.47, 21 noviembre 2005, 185237, wwwgratisweb.com, Byond porcentaje 20. Hackers porcentaje 20 team, porcentaje 20 Palestina1815@hotmail.com, porcentaje 20 Chile, porcentaje 20, porcentaje 20, porcentaje 20, Mekano, porcentaje 20 vale porcentaje 20 callampa, porcentaje en Index. 201.246.241.135 21 noviembre 2005 13440…" Se le exhibe el documento al testigo, lo reconoce como el LOG del servidor de Mega, comienza el 21 de noviembre a las 13:00 horas hasta el 22 de noviembre 8:50 horas. A las 13:21 horas, 58 segundos un computador con ese N° se conectó al servidor de Mega. Indica que se ejecutó un comando y fue la página que se escribió y se lee el mensaje "Saludos Bachelet Palestina1815@hotmail.com, Hackeado por SSH-2. Acotó que si se desplegaba la pantalla esa era la expresión que se podía ver. Se le exhibe evidencia N°31 del auto de apertura, que corresponde al registro donde aparece el dominio que fue atacado con fecha 22 de noviembre de 2005 que es Megavisión.cl y el mensaje es "Hackers by SSH-2 Byond Hackers Team. Chile Presidente Bachelet". Se exhibe evidencia material N°11 del auto de apertura, precisa que corresponde a la página que fue atacada, con el siguiente mensaje. "Saludos Mega soy SSH-2, Byond Hackers Team, consultas del fallo. Palestina 1815@hotmail,com, todavía tienen el fallo, veo que no tienen la puta idea de cómo lo hice."Indicó que el servidor tenía una vulnerabilidad, y se investigó la misma y se reparó.

II.- Con fecha 20 de marzo de 2006, los acusados atacaron el sitio web. www.pasesmineduc.cl, modificándolo y dejando un mensaje relativo a la educación y una leyenda: «Byond Hackers Team Chile Owned by SSH-2 and Nettoxic», junto a un correo electrónico, palestina1815@hotmail.com.

Para tener por sentado este hecho tenemos el testimonio de **Alexis Leonardo Ramírez Orellana**, quien sostuvo que trabaja en el Ministerio de Educación como Jefe de Atención ciudadana. Indicó que su sistema trabaja por tres canales, página web, un call center y oficinas presenciales. Indica que su sistema tiene una página propia 600mineduc.cl, que es complementaria y que es de servicio e información a los ciudadanos. El día 20 de marzo de 2006, recibieron un aviso a las 09:00 horas señalando que se había intervenido un servicio de la página Mineduc.cl, que tenía que ver con el pase escolar. La modificación o alteración consistió en que aparecía una frase «Educación gratis para Chile». Se exhibe la evidencia material N°15 del auto de apertura. Precisó que corresponde a la página orientada a otorgar el pase escolar y se lee «Byond Hackers Team Chile. Owned by SSH-2 and Nettoxic». «Educación gratis para el pueblo

de Chile. Hasta el fin de los tiempos…contac: palestina1815@hotmail.com.» Indicó que no tiene detalles ni manejo técnico de como se repuso el servicio y que la alteración era en una parte del sitio, el resto se mantenía igual.

III.- Con fecha 21 de marzo de 2006, los acusados impidieron, obstaculizaron y modificaron el funcionamiento de la página web www.ticketmaster.cl, cambiando una imagen y dejando la consigna «SSH-2, Byond Crew was here»

Para tener por acreditado el hecho supra, contamos con la declaración del testigo **Luis Alberto Espinoza Hidalgo**, quien señaló: que trabaja como administrador del sitio web de la Compañía Ticket Master, www.ticketmaster.cl, es un sitio transaccional, es decir, los usuarios pueden hacer transacciones comerciales. En la página web se ofrecen servicios de publicidad de los eventos o shows que se realizan, además, como se dijo, es una página transaccional, esto es, un usuario puede a través de la página web adquirir los tickets y concurrir al evento, pagándose a través de tarjetas de crédito. Indicó que la página es muy importante, ya que tienen visitas de 15 mil usuarios diarios. El día 21 de marzo de 2006 le informaron alrededor de las 23:30 horas, de que el sitio había sido Hackeado, principalmente porque la vitrina principal, en donde se consigna el evento más importante que promocionaban, en el caso en comento el show de Luciano Pavarotti, había sido reemplazada por una imagen negra con letras blancas que correspondía a un Hackeo. Se le exhibe evidencia material N°1 del auto de apertura. El testigo reconoce la imagen que reemplazó en su momento a la de Luciano Pavarotti y la lee «HACKED BY SSH-2.CHILE BYOND CREW WAS HERE». Ante este sabotaje ingresa al sitio y a otras unidades. Añadió que en el servidor encontró archivos de imagen desconocidos. Luego reparó la página y operaba en forma normal, sin embargo, a los minutos esta página nuevamente fue cambiada, por lo que se percató que todavía estaba siendo víctima de este sabotaje. Precisó que para evitar daños mayores decidió bajar la página, hasta efectuar un nuevo análisis de seguridad, el cual duró alrededor de 24 horas. Acotó que no quedó registro de como ingresaron los Hackers al sistema, pero sí hubo un ingreso no permitido por su empresa. Lo que se hizo fue cargar archivos que no correspondían y cambiar imagen de Pavarotti por la nueva que habían subido. Aclaró que nadie se comunicó con ellos para decir como se produjo la falla y como podía arreglarse.

IV.- Con fecha 11 de julio de 2006, los acusados modificaron el portal web www.bicentenario.cl insertando imágenes y leyendas, tal como «SSH-2 y Nettoxic»

V.- Con fecha 11 de julio de 2006, los acusados modificaron el portal web www.comisiontortura.cl, insertando imágenes y leyendas, tales como «SSH-2 y Nettoxic»

Para tener por acreditados los hechos acaecidos el día 11 de julio de 2006, contamos con el testimonio de **Hernán Paul Espinoza Medina** quien expuso: trabajar en el Ministerio del Interior en el Área de División Informática y participa en el Área de Seguridad. Implementa estrategias para evitar que ocurran interferencias, además configura passwoord y sistemas de instrucción. Señala que protege la información que cuenta la institución en sus archivos digitales, también protege páginas web. Indicó que el día 11 de julio de 2006 fue notificado por parte de la comisión bicentenario que su página aparecía adulterada y procedieron a realizar los procedimientos de rutina de recuperación del sitio. Precisó que el ataque que sufrió la página bicentenario, consistió en que se usó una vulnerabilidad de una librería de unos archivos que estaban mal diseñados y a través de ese hoyo utilizaron comandos, navegaron y vieron directores claves del servidor y pudieron insertar archivos en el servidor, pudieron copiar y modificar archivos. Insertaron archivos de imágenes con la cual construyeron la portada que aparecía como desfazada, además modificaron un archivo muy importante que es el archivo Index, con

lo cual a los usuarios se le mostraba la página Index adulterada. Los usuarios -acotó- al ingresar a la página veían un texto alusivo a las personas que habían materializado esta acción, más una imagen de un ex General de Ejército. Sostuvo que la página de la comisión tortura también fue objeto del mismo ataque, esto es, ocuparon la misma estrategia de la página bicentenario y a través del puerto 80 o canal tradicional insertaron archivos en el servidor, logrando cambiar la página Index y obtener que la imagen principal se mantuviera, pero algunas imágenes aparecían modificadas y además se incluía de nuevo una imagen del ex General Augusto Pinochet. Indicó que el Index es la pieza fundamental que abre el acceso a todas las demás páginas que están presentes o incorporadas en el sitio web, el Index es importante tanto por su contenido, como por su nombre, es decir, si fue trastocado su nombre, ya se vio alterado el funcionamiento del sitio, porque el software que gestiona las páginas automáticamente y de memoria, siempre va a presentar un archivo que se llama Index.php. Si alguien trastoca el Index y le pone Index 2php, el sistema ya no funciona como se tenía planificado. Aclaró que le cambiaron el nombre al Index y le pusieron otro nombre, acto seguido insertaron otro Index y le colocan el nombre original que tenían ellos. Puntualizó que ambas modificaciones se efectuaron el día 11 de julio de 2006. Señaló que los indicios de las personas que hicieron estos sabotajes, sólo se podría inferir de lo que dejaron en las páginas, como «SSH-2, Nettoxic, Byond Hackers Team.» Precisó que no tuvieron ningún tipo de ayuda de las personas que hicieron estos ataques para reparar el sitio. Se exhibe al testigo evidencias materiales N°s 27 y 30 del auto de apertura. La 27 corresponde a la página comisión y tortura donde modificaron la parte superior incorporando el mensaje «Byond Hackers Team owns this site» y en la parte inferior izquierda esta insertada la imagen del ex General Augusto Pinochet. La evidencia N°30, corresponde a una réplica que está respaldada, en el sitio Zone-H, de la violación del sitio web www.bicentenario.cl y que se ve medio difuso. Aquí, pusieron como imagen principal la foto del ex general y en la parte inferior está visible la autoasignación del hecho, con fecha 11 de julio de 2006. Agregó que el respaldo en Zone H corresponde a la imagen incorporada en la página bicentenario.cl.

VI.- Antes del mes de abril del año 2006, los acusados ingresaron al sitio web www.fuerzaciudadana.cl, modificándolo, insertando una leyenda y firmándose dicho ataque por «SSH-2, Nettoxic c0diux y phnx».

VII.- Antes del mes de abril del año 2006, los acusados ingresaron a la página web www.sence.cl modificándola, agregándole una leyenda y firmando como «Byond Hackers Team, SSH-2, Nettoxic, c0diux y phnx.

VIII.- Antes del mes de abril del año 2006, los acusados ingresaron a la página web www.donaunlibro.com.mx, modificándola, agregándole una imagen y una leyenda, firmando como «Byond-Crew Chile we: c0diux,phnx, SSH-2, Nettoxic».

IX.- Antes del mes de abril del año 2006, los acusados ingresaron a la página web www.muniinclan.gob.pe, agregándole una imagen y leyenda, firmando como «phnx- c0diux-SSH-2-Nettoxic».

X.- Durante el año 2006, en un mes indeterminado, el grupo conformado por los acusados, procedieron a modificar la página web de la Nasa del gobierno norteamericano, insertando en ésta una imagen y leyendas, tales como, «No war, this is a cyber protest» «defaced by byond crew Chile»

Para acreditar estos hechos contamos con la declaración del testigo **Jonhatan Calabrano Gutiérrez**, quien expuso: trabajar en la Brigada del Cyber Crimen. Indicó que le llegó la orden de investigar por la página pasesmieduc.cl, para pesquisar sobre un grupo denominado «Byond Hackers Team» y sobre una cuenta llamada Palestina1815@hotmail.com. Empezó a buscar en la página Zone-H, donde aparecía el grupo nombrado con las

diferentes páginas que habían Hackeado, por ejemplo, fuerza ciudadana.cl, sence.cl, donde ellos se adjudicaban los ataques y cada uno de sus integrantes, que eran cuatro: «Nettoxic, SSH-2, phnx y c0diux». Precisó que ellos dejaban cuentas de contacto y se recibió respuesta de la cuenta Palestina 1815, que pertenecía a Amigo León, aparecía domicilio, teléfono, nombres completos, cédula y los estudios que poseía. Acotó que a través de las cuentas que dejaban se llegó también a un domicilio en la ciudad de Rancagua. Se le exhibe evidencia documental N°32 del auto de apertura. Corresponde a un listado de páginas Hackeadas que están en la Zone-H. Aparecen Hackeadas por el grupo «Byond Hackrer Team», son 552 páginas. Se destacan las páginas fuerza ciudadana.cl y sence. cl. Se exhibe evidencia material al testigo consistentes en los números 28, 32, 34 y 35 del auto de apertura. La N°32 corresponde a fuerza ciudadana, adjudicada al «Byond Hackers Team», consignándose el nombre de los integrantes Nettoxic, SSH-2, phnx y c0diux. Evidencia 28: que corresponde al Sence.cl, es nombrado el Byond y aparece Hackeada por SSH-2, se deja la cuenta de contacto. Palestina 1815 y también están nombrados los otros integrantes del grupo c0diux, phnx y Nettoxic. Evidencia N°34 página donaunlibro.com.mx, esta página es mexicana. Aparece nombrado el Byond, siendo Hackeada por phnx y c0diux. Aparecen nombrados los otros integrantes SSH-2 y Nettoxic. Evidencia N°35. Corresponde a la página muniinclan.gob.pe, de origen Peruano. Aquí aparece nombrado el Byond, junto a todos sus integrantes: SSH-2 c0diux, phnx y Nettoxic. Además aparece una leyenda «frente a las fuerzas represivas ni un paso atrás». Acotó que se encontraron notas periodísticas del Byond en el diario Las Últimas Noticias, en la Tercera y en Publimetro. Se le exhibe evidencia documental N°4. Hace lectura resumida: «Hackers peruanos atacan sitito del Ministerio de Hacienda. Miércoles 14 de diciembre del 2005. Iracundos cyber soldados acertaron duro golpe en respuesta a sus pares chilenos, en lo que ya es una guerra declarada entre bandos irreconciliables. En venganza por sabotaje al sitio del Poder Judicial del Rimax. Nettoxic un estudiante de ingeniería de 23 años explicó que nadie de ríe de mi país, menos un peruano. Por esta razón él junto a sus amigos phnx, c0diux y SSH-2, decidieron apuntar alto». El testigo reconoce el documento. Se le exhibe evidencia documental N°6. Se hace lectura resumida. »El Mercurio 2 de agosto de 2006. Chilenos Hackean a la Nasa en protesta por el Líbano. Prometen seguir atacando servidores casa vez más sensibles. Se extiende por el planeta esta nueva forma de repudiar. Esta no es una guerra, guerra es cuando existe un enemigo de tú mismo nivel. Esto es una masacre dice SSH-2, el programador chileno que junto a tres amigos ha atacado a miles de servidores. SSH-2 es programador y forma parte de un grupo de hackers chilenos Byond, junto a sus compañeros de andanzas Nettoxic phnx y c0diux, han causado revuelo por haber penetrado en dos servidores de la Nasa». El testigo reconoce la nota en internet, que resultó importante para su investigación. Se incorpora documento N°15 del auto de apertura, que corresponde al Curriculum de Carlos Patricio Amigo León. Se hace lectura resumida. Se le exhibe al testigo y lo reconoce. Continuó su relato señalando que pesquisaron la cuenta de Nettoxic, que dejaba el contacto Nettoxic@gmail.com, y sobre esta persona tenían los antecedentes del periodico y las cuentas que él señalaba y las páginas que se adjudicaba, y consultando a Terra y VTR, llegan a un domicilio en Rancagua, ubicado en Pasaje Calixto 1526, desde donde Nettoxic, esto es, Leonardo Andrés Hernández Salas, hacía la mayor parte de sus actividades computacionales. Precisó que esta información se la entregaron a la Fiscalía y obtuvieron en su caso órdenes de entrada y registro y órdenes de detención. Expuso que el concurrió al domicilio ubicado en Pasaje Calixto en Rancagua, en compañía del inspector Gerardo Raventós y el detective Alfonso González.

Lograron entrar al domicilio se encontraron con la persona, le informaron la detención y le leyeron sus derechos e incautaron una cpu Dell de color negro, alrededor de 120 CD's y unos 15 disket, dos pendrive y revistas. Se le exhibe evidencia material N°37, consistente en 9 fotografías. El testigo reconoce las fotografías que muestran las especies incautadas en Pasaje Calixto N°1526. Finalmente señaló que ese mismo día se detuvo a Carlos Patricio Amigo León, a quien reconoce en audiencia, así como también a Leonardo Andrés Hernández Salas.

Comparece a estrados, **Gerardo Israel Raventós Müller** quien en lo medular expuso: trabajar en la Policía de Investigaciones de Chile, en la Brigada del Cyber Crimer. Indicó que la primera orden de investigar la recibió respecto a los pases escolares en el contexto del revuelo que se llevó a cabo el año 2006, en relación a los desódenes de los estudiantes secundarios. Recibieron, además, órdenes de investigar por hackeos, a Megavisión, Ticket Master, Bicentenario, Comisión Tortura, Sence y Fuerza Ciudadana. La investigación fue bastante compleja, con muchos datos. Señaló que empezaron a rastrear cuentas de correo que los hackers dejaban en sus ataques. Los hackers mediante la utilización de herramientas de informática vulneraban servidores y cambiaban el Index, lo modificaban, cambiaban su portada; la página quedaba inoperable, sólo quedaba el mensaje que ellos dejaban. Sostuvo que en un principio empezaron a rastrear las cuentas de correo que ellos dejaban, la más recurrente era la cuenta Palestina1815@hotmail.com. Aclaró que cada vez que uno genera una actividad en internet va dejando registros «log» en algunos servidores y para rastrear una cuanta de correo lo que se hace es ver esos registros «log», interpretarlos, modificar sus horarios y hacer las consultas a ISP, para determinar el lugar físico de donde se ejecutó esa actividad. Ellos le consultaban a los ISP nacionales Entel, Telefónica, VTR y Terra, además dirigían consultas a Microsoft que es propietaria del servicio de mensajería electrónica Hotmail, a su vez ellos les enviaban la data record de las conexiones de la cuenta de correo, si es que existía como cuenta de correo, los datos de registro de la cuenta de correo al momento de la creación, esos datos tenían fechas, horas, direcciones IP y usos horarios en que habían sido creados. Indicó que con el caso de Palestina 1815 encontraron que esa cuenta de correo, pertenecía a la dirección de calle Guardavía 282 en la ciudad de Buin. Se le exhiben documentos 7, 12 y 14. El testigo reconoce el documento N°7, que es un reporte de Microsoft enviando información sobre palestina 1815 y que corresponde a un registro que fue creado por Patricio Patricio, fijado en Antofagasta. Documental 12 y 14 señala que se enviaron oficios a Terra y Telefónica, obtuvieron como respuesta que Terra para el día 28 de marzo a las 20:25 horas, la fecha de creación de la cuenta de correo fue asignada a un domicilio de calle Guardavía, Buin que era un domicilio particular, a nombre de Carlos Amigo B. Documental N°14 corresponde a otra conexión que era en definitiva un Cyber café ubicado en Avda. Grecia 3270. Precisó que existe un sitio Zone-H, en internet en donde se registran los ataques informáticos de los Hackers y en el lugar N°3 estaba el grupo «Byond Hackers Team», que estaba compuesto por cuatro sujetos: SSH-2, Nettoxic, phnx y c0diux. Acotó que las páginas que recuerda haber sido atacadas por este grupo eran fuerza ciudadana, sence, comisión tortura. Se le exhibe evidencia material números 15, 27, 28, 32, 34, 35. El testigo reconoce la evidencia 32, como la página web fuerza ciudadana en donde se modificó el Index con el mensaje «hasta el fin de los tiempos», dejando el nombre de los cuatro integrantes. La N°34, la reconoce como la página donaunlibro.mx. donde modifican su Index y se identifican los cuatro integrantes. La 35 muniinclan.pe, es una página peruana. También reconoce como ataques que hizo el grupo a la página de la Nasa, universidades, gobiernos extranjeros. Evidencia N°29 se le exhibe y la reconoce como la página de la Nasa que fue hackeada, es una página

gubernamental. Pusieron «No war» que es una protesta cibernética, atribuida al grupo Byond crew (Chile). Continuó su relato expresando que le tocó allanar el domicilio de Hernández Salas, en donde encontró periodicos en los cuales daba entrevistas de prensa. Se le exhiben documentos 30 y 31. El testigo reconoce el N°30 como una impresión del sitio web Zone –H y corresponde al listado de los mejores 50 ataques, efectuado por el grupo «Byond Hackers Team». En el N°20 aparece el grupo con 552 ataques. Indicó haberlos visto en el tercer puesto. El documento 31 son archivos digitales, se pueden ver las páginas web que ellos atacan, con 8.042 ataques de «Byond Hackers Team». Finalmente reconoce en audiencia a los acusados Leonardo Andrés Hernández Salas, como Nettoxic y Carlos Patricio Amigo León, como SSH-2.

Comparece a declarar al juicio el testigo **Gabriel Alonso Muñoz Muñoz**, quien expuso: ser abogado Jefe del Subdepartamento Judicial del Instituto de Normalización Previsional. Indicó que el día 10 de julio de 2006, alrededor de las 20:00 horas se produjo un ataque a la página web externa del INP. Ésto fue detectado el día 11 de julio por el administrador del webmaster quien le avisó a la División de Tecnologías e Informática del INP, quien a su vez notificó de inmediato a los abogados del Departamento Judicial de la institución de la situación irregular. Precisó que la página atacada contiene información general para los usuarios y que el ataque consistió en que colocaron una imagen dentro de la página institucional del General Pinochet en donde se mostraba una foto y la expresión «Wanted». Se le exhibe la evidencia N°30, reconociendo la página adulterada con lo que señaló precedentemente. Acotó que en términos de imagen la página del INP es corporativa y es evidente que interfiere a cualquier cotizante pues hay un link para pagar, por lo que para ellos existe un daño corporativo.

UNDÉCIMO: Que, teniendo por acreditado según lo ya razonado en cuanto a los verbos rectores de la conducta típica, y que tal impedimento y obstaculización en un caso, y modificación del funcionamiento en otros, de lo que forma parte de un sistema de tratamiento de información, como es el archivo índex, cabe analizar finalmente si en tales hechos concurre el dolo o animus interno que exige la ley.

El elemento subjetivo:

A.- Consideraciones sobre el tipo de dolo que integra el aspecto subjetivo del delito de sabotaje informático:

Este elemento del delito informático aparece constituido, en el caso del sabotaje informático, por el dolo directo.

El estudio del proyecto legislativo nos lleva a determinar qué tipo de dolo consultó el legislador al utilizar el vocablo "maliciosamente" en la descripción del tipo delictivo en comento.

Esta cuestión nos conduce a delimitar el concepto de dolo que, aunque se trate de una noción jurídica de tanta importancia, no tiene una definición en nuestra legislación positiva y no cuenta con univocidad en la doctrina, donde los pareceres se inclinan por darle preferencia al elemento voluntad –teoría de la voluntad, preconizada por Carrara, almeña, Manzini, Binding, Belin, entre otros- o en el elemento intelectual, -teoría de la representación, seguida por Franz Von Liszt y Edmundo Mezger-.

Para delimitar el concepto de dolo debemos tener presente que en nuestro Código Punitivo, el artículo 2° ha hecho sinónimas las expresiones "dolo" y "malicia". Igualmente en su artículo 490 se utiliza el vocablo "malicia" para aludir al "dolo". Asimismo observamos que para definir el delito el artículo 1° usa el término "voluntarias" como correspondiente a "dolosas", todo lo cual nos lleva a determinar que en nuestro ordenamiento penal la base del elemento subjetivo lo construye la razón y la voluntad.

Ahora bien, la expresión "maliciosamente" que se utiliza en los artículos 109, 161, 196,

198, 204, 221, 224, 256, 338, 342 y 395 se emplea con el significado "intencionalmente", o sea, conociendo en forma total la conducta que se lleva a cabo, o más precisamente, procurando que esta se verifique con todos sus efectos propios, lo cual corresponde a una forma de dolo que deber ser calificado como directo.

B.- Clasificaciones del dolo:

La doctrina hace un distingo entre dolo directo, dolo de las consecuencias seguras y dolo eventual. El dolo directo es la forma más característica de dolo, y se presenta cuando el sujeto activo no sólo realiza la conducta típica de modo voluntario y consciente, sino que está animado del propósito preciso de obtener la producción del hecho jurídicamente reprobable inserto en dicha conducta.

Por su parte, el dolo de las consecuencia seguras o dolo de las consecuencias necesarias, se presenta como una especie de dolo directo, en el caso que entre lo previsto y lo deseado por el agente no hay una plena concordancia, pero si bien parte de que las consecuencias no fuero queridas por el actor, ella fue aceptada como imprescindible para la producción del resultado efectivamente buscado.

Por último, el dolo eventual es aquella forma de dolo que surge cuando el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no desea, pero cuya producción ratifica en último término.

C.- Conclusión:

El uso del término "maliciosamente" utilizado respecto del tipo delictivo en comento, debemos llegar a la conclusión de que el dolo exigido en esta conducta antijurídica corresponde al dolo directo propiamente tal y el de las consecuencias seguras o necesarias.

En efecto, en la especie se da este dolo directo, el cual se desprende de las propias declaraciones de los acusados, quienes revelan su actividad intrusiva en los portales web, de las diferentes empresas públicas, privadas, de gobierno y extranjeras, señalando que lo hacían con un interés egocéntrico de superación, para destacarse dentro de los hackers a nivel mundial, de rankear con otros grupos que se dedican a igual actividad y dejando traslucir un afán de lucro, en el sentido de que incluso Carlos Amigo León, que quería establecer una empresa de seguridad y de soporte computacional, lo cual en cierto modo también denota en sus dichos Hernández Salas. Los acusados deben responder por la conciencia que tenían de su comportamiento, sabiendo que la actividad que realizaban era ilícita. El precepto en estudio se sanciona el resultado típico buscado por el agente –dolo directo- como aquel o aquellos resultados típicos no buscados, pero que son imprescindibles para la consecuencia del hecho verdaderamente buscado por los agentes, lo que aconteció en el caso sublite.

DUODÉCIMO: Declaración de los acusados:

Declaración de CARLOS PATRICIO AMIGO LEÓN: Entró al desface de los portales Web en el 2005 está metido en el conocimiento informático, tuvo buenos recursos y computadores, estuvo en Brasil y en Chile. Pudo capacitarse sólo en temas de informática más avanzados. En el ámbito de la informática entró en Internet y encontró la zona H referente a desfiguramiento de portales web a nivel mundial. Hay una parte del portal en donde existen publicaciones de cualquier persona en cualquier país y en cualquier parte del mundo, es un lugar público cualquiera puede entrar. Reconoce que lo hizo con un afán egocéntrico, quiso entrar al ranking; entró a ciertos portales y allí se indicaba como chileno, colocaba su correo para que lo ubicaran tenían un mini contacto. Le llegó un correo para contactarse con dos personas, no sabe edad ni sexo.

Conoció un correo de desface, esto es, desfiguramiento de index de portal.

Con otras tres personas empezaron a hacer los desfiguramientos empezaron a escalar en el ranking dejaban los correos para que los ubicarán, les llamaba más la atención

los de Chile, tenían invitaciones de hackers extranjeros. Así se contactó con nettoxic (Leonardo Hernández) y vieron el nivel de conocimiento que tenían las cuatro personas y se formó el grupo Byond Hackers Team.

Se formó la agrupación, fue un ego-intelectual. Puntualizó que también había otro objetivo, esto es, que alguna empresa se les acercara para que los contratara y en eso se basaba su comunidad, la cual no es una organización. No había un afán estratégico cada uno hacía su ataque y allí se mandaban al portal zona H, cualquier persona podía utilizar su logo y se registraba.

Se contactaron con los mejores Hackers del mundo su afán era estar contacto con personas de mejor nivel que ellos por la libertad de conocimiento y con el fin de intercambiarlos. Había un ego y un afán nacionalista también para una inversión de afuera para que se fijara en ellos. Buscaban las fallas de programación, miraban donde los otros no miraban les alertaban las fallas y le colocaban el correo para que se comunicaran con ellos y pudieran arreglarlo, para que ellos solucionaran el problema de desface. Hay una cantidad inmensa de empresas que quedaron más seguros, gracias a ellos, sus servidores quedaron protegidos y en ese tiempo incluso le consultaban, le mandaban los fallos que no eran públicos, como intercambiaban información con otros hackers tenían la primicia.

En cuanto a la destrucción no es así, ya que el desface es hacer un cambio cosmetólogo. Indicó que si quiero hacer sabotaje entro y no coloco correo. Era un afán ego-intelectual nacionalista y de trabajo, si hubiesen querido podrían haberlo hecho colocaban sus correos para que se comunicaran con ellos. Entre los servidores no hacían el desface se colocaba una alerta y un aviso "tengan cuidado aquí hay una agujero" y dejaban su dirección, eran avisos de alerta estaban conectados a un mensaje ideológico. Como forma de expresarse. Es una rama nueva difícil de entender eran catalogados como Hackerismo. Realizaban esa acción de alerta para avisarles de las ventanas que tenían abiertas y que aún existen en muchos portales, ellos tienen abierta la ventana y les daban la dirección para decirles por donde habían entrado pero la ventana ya estaba abierta.

Defensa Carlos Amigo:

Precisó que el desface o desfiguramiento únicamente se dirigía al cambio del portal index. Por ejemplo hay una cara de la persona y se la pinta se le hace una cosmetología a la cara. Cuando fijaba mensajes indicaba siempre su correo electrónico. Es un formato ético porque la idea es para que les pregunten como encontraron la falla de programación.

Se hacía una copia, sólo fue una imagen que se cambió por otra.

El portal Zona H lleva 5 años fue creado por Hackers de varios países que formaron un ranking de desface dejando correos y dejando mensajes. Es público cualquier agrupación Hackers puede mandar algún tipo de desface y dejarlo registrado a nombre de ellos aunque materialmente no hubiesen participado.

Sólo un porcentaje estaba molesto porque ¿cómo lo hacían? pero otros llegaban con un sentido de admiración y se le daba el fallo diciendo por donde entraban.

Señaló que pueden entrar o atacar en conjunto o en forma individual.

Antes de ser detenido trabajaba en soportes técnicos de red y actualmente trabaja en una empresa de seguridad informática y también trabaja en Terra en soporte técnico.

Defensa de Hernández Salas

Acotó que la comunidad "Byond Hackers Team" estaba conformada por él (SSh-2) Leonardo Hernández (Nettoxic) y los gemelos. Cuando se formó el grupo estaban los gemelos iniciados con una cierta cantidad de desface y luego lo contactaron a él y después de una cantidad de tiempo se contactó a Nettoxic, siendo en total cuatro.

Indicó que junto con admiradores en este tipo de ramas tienen enemigos virtuales,

hackers peruanos, que hicieron ataques a la Onemi y al Ministerio de Hacienda fueron ataques de nivel agresivo. Puntualizó que la dirección IP es una dirección identificatoria de cada equipo conectado a internet, que puede variar, siendo dinámica o fija, la IP dinámica, cambia constantemente. La IP dinámica son derivadas de usuarios particulares.

Precisó que Leonardo Hernández fue el último en entrar al grupo.

Acotó que sólo hizo desfaces, si hubiera podido deja un virus masificado por la red y eso es destrucción.

Él vive con sus padres en Ñuñoa, tenía su taller de red.

Estuvo en prisión preventiva 10 días detenido lo cual afectó a su familia.

Señaló que hizo 4.000 desfaces que efectuó solo. Respecto de los querellantes, aclaró que intervino en Ticket Master y MegaVisión y Ministerio de Educación.

Ahora trabaja en una Empresa de seguridad buscando fallos en internet y programación y en Terra trabaja en soporte técnico on line. En lo primero aún no le cancelan.

Ministerio Público

Sostuvo que tiene 38 años y que antes del año 2006 trabajaba en forma independiente prestaba servicios particulares a empresas chicas, no tenía empleo estable. Podía estar cuatro horas un día sábado haciendo desface y después paraba una semana. Antes trabajó como programador 4 años en una empresa y en otra 3 años. SSh-2 es un protocolo de comunicación, es una entrada de acceso.

Comenzó esta actividad de desface el año 2005, luego se contacta con los dos gemelos, como tres o cuatro meses a fines del 2005, él era el único que se individualizaba como chileno y por eso tuvo contacto con los gemelos. El nombre "Byond Hackers Team", estaba registrado por los gemelos inicialmente.

Aclaró que trabajando sólo él tenía 300 ataques y los gemelos 900 ataques. Después el grupo se disolvió, por su parte él siguió solo logrando alrededor de 4700 ataques.

Sostuvo que Nettoxic se integra a finales del 2005 inicios del 2006. El contacto que tenía el grupo era todo por Messenger primero fue intercambio de conocimiento y sólo se avocaban al desface así se autodenominaron como agrupación chilena "Byond Hackers Team".

Con Leonardo Hernández se conocieron casi a mediados del 2006 se pusieron de acuerdo para conocerse, ya que estaban entre los 50 mejores del mundo tenían un ego intelectual individualista. Se juntaron en su casa para conocerse personalmente ya que su contacto era solo virtual. Fueron dos veces, el primer encuentro le sorprendió en cuanto a los gemelos no sabía que eran menores de edad, ya que tenían un conocimiento informático muy alto, elevado, se sorprendió por ello.

Indicó que el index es la cara representativa que ve el usuario, cuando entra a internet, es un archivo de la raíz del portal web. Modificaban el index y hacían un respaldo y colocaban el desface. El index es como la cara de una persona, eso era lo que modificaban.

Se le exhibe evidencia material 1, 7, 11, 15, 27, 30, 31 y 32

Evidencia 11 es un desface, reconoce que lo hizo en el mes en noviembre del 2005, había hecho uno anterior, no lo puede ver ningún usuario de internet antes este portal fue atacado por otros hackers

Evidencia 31 reconoce portal Megavisión para un usuario normal no es el desface es una falla de programación abierta que no arreglaron.

Este desface antes no fue reparado, ellos no lo reparaban, él sólo les daba aviso a Mega, dejo un archivo donde dice mensaje: saludos a Mega no les dijo como entró al fallo pues podía entrar otro hacker y hacer lo mismo.

Él no le indicó la manera de arreglar el fallo pues podía ser objeto de otra agresión de tipo extranjera, por eso le puso consulta a su correo

electrónico, no le dio la respuesta porque podía entrar otro grupo.

Él quería darles el fallo on line a través de messenger. Pero no lo hizo.

En cuanto al programa mekano decía que mekano "valía callampa" no era un aporte para la juventud fue personal de él.

Evidencia 15 Lo reconoce como el portal pase del Ministerio de Educación allí su portal estaba on line, el desface lo hizo junto a Leonardo Hernández. Dice: "educación gratis para el pueblo de chile". Hizo un cambio cosmetológico debajo de la página.

Evidencia 1: Ticket Master, corresponde al index modificado fue el que tenía referencia a una imagen, que estaba en el medio, el cambio de imagen se hizo en el centro para que fuera más visto por ellos, era una propaganda de un recital, no recuerda bien, pero pusieron una imagen de que su grupo estuvo "Byond Hackers Team" estuvo allí.

Evidencia 30: Indicó que corresponde a la página web de bicentenario, el desface está guardado en la página web de zona h y en ella aparece la imagen de Pinochet y la expresión wanted dead on alive.

Evidencia 27: Reconoce la impresión página web comisión tortura, también fue un desface allí se inyectó imagen "Byond Hackers Team" y una fotografía del General Pinochet.

Evidencia 32: página web fuerza ciudadana. cl donde aparecen leyendas que hicieron ellos, sus desface lo hacían como agrupación no necesariamente tenía que ser en forma individual, pero sí estaban de acuerdo en hacer el cambio cosmetógico del portal.

Indicó que cuando se hizo desface a la Nasa significó la meta máxima no había más necesidad de seguir como grupo, tenían la inquietud de armar una empresa de seguridad quisieron disolverse como grupo no como personas humanas.

Precisó que no hubo peleas pero más bien distintas opiniones respecto a las entrevistas a la prensa. Además apuntó que no tuvo ningún fin de lucro con esta actividad de desface en relación a las empresas que le efectuaba el ataque.

Señaló que referente a la rama de desface tiene conocimientos altos, se siente conforme, como un médico que hace un trasplante de corazón o cerebro.

Querellante Megavisión:

Señaló que ingresó al portal Mega.cl, por un fallo de "mambo" en la programación web del portal y el de Megavisión fue un comando arbitrario que descubrió que se podían realizar directamente de la página web, modificando el archivo Index. Señaló que cuando se ingresaba a la página de Mega, se veía la referencia a la Presidenta Bachelet y Mekano "Vale Callampa". Lo que hace es modificar la cosmetología de un Index. Ratifica que lo que hacía era modificar el Index.

Querellante Ticket Master:

Expuso que el desfiguramiento de dicho portal (Ticket Master) lo hizo en el index que es un archivo de la raíz de las carpetas web y del conjunto que involucra un portal web. Puntualizó que su apodo en el mundo cibernético era SSh-2

Querellante Ministerio del Interior:

Expresó que ingresaba por unas ventanas que especificó son errores de programación Web. Son fallas.

Señaló que no ingresó a las páginas bicentenario y comisión tortura.cl, pero como grupo de hackers se atribuyen la entrada

Aclaró que la mayoría de los portales están mal configurados, sería un conocimiento a nivel masivo. Indicó que depende de la configuración de cada servidor, él es programador, personalmente el control no lo tomó de las páginas web que menciona el querellante.

Expuso que la plataforma PHP: es donde se respalda la información de la web.

Señaló que la inyección son comandos básicos de modificación de letras.

Ante las preguntas del Tribunal, el acusado expresó:

Lo que él hacía era una modificación del index y en un afán de resaltar, si hubiese querido destrucción simplemente mete un virus y se ramifica por la red, el desface no cambia el sistema, no lo destruye. Modifica la primera página

Si lo contactaban virtualmente le mandaban los fallos, los boocks "esa puerta tiene una abertura estuve aquí entre".

Señaló que por su ética, dejaba la cuenta del correo para que los portales quedarán seguros, es decir, quedaban alerta. Trataba de ayudar, son sólo cambios cosmetológicos.

Reconoce que existía un ego intelectual como persona como nacionalista figurando a Chile a nivel internacional. Precisó que estos grupos al cual perteneció son contactados para trabajar en una empresa de afuera, ya que los desface son contratados y los contactan a veces a nivel internacional, lógicamente aspiraba como un logro profesional y como agrupación a ese objetivo.

Declaración de LEONARDO ANDRÉS HERNÁNDEZ SALAS: Vive con toda su familia y polola. Egresado de ingeniería mecánica; el año 1996 le gustó el tema de la informática, computadores e internet, autodidacta leyó computación, así conoció a Patricio por los desface que hacía, conoció a gente de otros países. Pato le invitó a ser parte de un Team, habían dos personas más que eran chilenas, se incorporó al Team, ingresó a páginas web blanqueaba dejaban siempre los mail para advertir los fallos informáticos. El desface era cambiar la página principal, por ejemplol www,mega.cl lo desfaceaban y cambiaban el index, siempre se contactaron por MSL, se juntaron dos veces en casa Patricio conversaron que hacían cada uno, era una junta social, no era para planear algún sabotaje. Estuvieron detenidos 10 días en la Penitenciaría, firman cada 15 días. La Fiscalía los trató como personas peligrosas para la sociedad. Está afectado por sus padres han sufrido harto, personalmente también.

Defensa Leonardo Hernández:

Señaló que prestó declaración a Investigaciones el día 6 de Nov de 2006 cuando fue detenido. Llegaron a su pieza los acompañó fueron al living leyeron derechos le requisaron el computador unos periódicos, lo detuvieron en Rancagua, le tomaron declaración, le dijeron que le iba a ayudar. Se portaron bien. Dentro del procedimiento, la Brigada del Cyber-Crimen se quiso sacar una foto con ellos, posaron todos los del piso de la Brigada.

Añadió que no puede decir cuantas páginas desfaceó. Patricio podía hacer una, pero todo quedaba a nombre del grupo. Respecto de los querellantes no recuerda haber desfaceado ninguna página.

En internet hay amigos y enemigos. Los máximos enemigos virtuales fueron los peruanos.

Los Hackers son personas que tienen una preocupación de demostrar a la informática las vulnerabilidades, los fallos, y los Cracker es una persona que destruye que roba información. Él se identifica con los Hackers. Se contactó con una mujer. Respecto a este punto expresó que un día le llegó un correo que le preguntaba cosas de informática, él le dijo que estaba ocupado, ante eso la persona se sintió y dijo que era una mujer, además de indicarle si acaso no te interesaría ganar plata con lo que haces, él le respondió que no, que no lo hacía por dinero, sino como hobby para la seguridad.

De repente chateaban para conocerse y se juntaron en El Metro República en Alameda con Echaurren y fueron a conversar a un Pub había un cuarto abierto con mesas alrededor y una mesa al centro conversaron tomaron cerveza y ella actuaba extraño.

Él se dio a conocer, por su parte ella le manifestó que trabajaba en área comercial tenía un auto conversaron respecto de ello no quedaron en nada le contó de lo que hacía. En un minuto le dijo no serás de Investigaciones,

después se enteró que efectivamente era de la dotación del Cyber-Crimen de la Policía de Investigaciones, conversaban vía Messenger ella lo agregó como contacto.

Defensa Carlos Amigo León

Indicó que cada vez que se interviene el archivo Index no se interviene el sistema, es independiente no se necesita dañar otro archivo

Ministerio Público

Sostuvo que tiene 25 años, él se contactaba desde el computador de su padre Villa Teniente Pasaje Calixto 1526 en Rancagua, del Dpto de un amigo en la calle Echaurren 250 y de la casa de su hermana que estudiaba en Viña del Mar.

El fuerte era de su domicilio, de Pasaje Calixto.

Admite que el grupo tiene 8 mil y tantos ataques y están en Zona H y le pertenecen el nombre pero no puede asegurar que sólo sean de ellos podrían haber intervenido otros, a lo mejor lo hicieron o no.

El grueso de esos 8 mil 42 supone fue hecho por los cuatro integrantes del Team, además indicó que tiene enemigos en internet si eran portales chilenos porque eran punto Cl. Atacaban portales chilenos.

Su preocupación era alertar de las fallas, le interesaba el tema.

A Ticket Master le dejaron un mail, existe tal preocupación si ellos tienen algo importante en su página, lo más práctico era tomar el mail y hacer el contacto no indicaban la falla pues si deja el mensaje la falla o el boock entraría al sistema.

Creaban una página nueva y dejaban el mensaje a Mega para comunicarse sólo con el Servidor de Mega. En algunos servidores es posible pero no sabe a Ticket fue sólo un correo electrónico.

Al Ministerio del Interior se dejó el mail para que ellos lo contactaran a ellos.

A la página del Ministerio de Educación siempre.

No le puede contestar a que páginas web le dejaron o mencionaron cual era el fallo.

A la Empresa uplink él personalmente cambió el index de la página, no recuerda haberse constatado con el web master o propietario.

No recuerda haberle pedido planes gratis de esa empresa para explicarle el fallo que tenía la página web. Nunca fue el motivo por el cual desfaceaban. No recuerda la conversación.

El grupo se disuelve por el desface de la Nasa salió mucho tema en la prensa. No recuerda si hizo declaraciones a la prensa.

Al diario Ultimas Noticias se identificó como Nettoxic señaló que era Ingeniero Mecánico y que tenía 24 años. Recuerda que se dio una entrevista al Mercurio.

Lo detuvieron con orden judicial, tenían orden para registrar e incautar especies computador bastantes CDs, periódicos dos pendrive, el computador que era de uso familiar, se guardaban datos, tenía manuales programas de Hackers tenían fotos de los mensajes que dejaban en los sitios Web.

Exhibe evidencia N° 37
Fotos 1 y 2

INFORME TÉCNICO N°15:

Foto 1: Esta imagen estaban en su computador no es un desface es un archivo que tiene en su computador. Es un modelo para desfacear.

La imagen la tenía guardada para desfacear podría decirse que era un modelo.

Foto 2: Son index que tiene en su computador para modificar solamente.

El acusado Hernández considera que la página principal o index que pertenece al sitio web y para él no es un archivo tan importante, lo importante es lo global de una página.

Reconoce en audiencia a Carlos Amigo León como SSh-2

Querellante Megavisión.

El acusado considera que lo que hacen es un beneficio porque si fueran craker destruirían el sistema, formatearían sus

servidores, destruirían todo y quedarían sin nada, los daños serían enormes

Ésto es una modificación del index y que haciendo un paralelo sería pintarle la cara a la persona.

Estima que es un beneficio para la Empresa, ya que, verifican si existe un problema, una vulnerabilidad. Luego ellos no ingresan a la página la ven desde afuera del puerto 80. Él lo mira desde fuera no entra. Tenían pleno conocimiento de lo que realizaban, esto es, hacías desface para mostrar vulnerabilidad del sistema, sólo deshacer, demostrar el fallo para que las personas lo contactaran. Cada uno buscaba cualquier página y se desfaceaba solamente y se dejaba el mail para contactar.

Su nivel en esta materia es medio alto al igual que de Carlos Amigo León.

Indicó que cada uno crea su index. Señaló que el index de Megavisión pertenece a Megavisión. Precisó que ellos no sacaban ni destruían el index sólo dejaban al lado el index de la página, subían el suyo y le avisaban al dueño de la página, del sitio web o del servidor que tiene un fallo para que se contacte con ellos.

Aclaró, que si se conecta con la página www.mega.cl aparece la página reemplazada o sea el index de la página se reemplaza.

Querellante Ticket Master:

Sostuvo que él tenía conocimiento que modificaba el index de la página cuando ejecutaba estas conductas

Acotó que el archivo index no forma parte del servidor. Precisó que forma parte de una carpeta dentro del sitio web que está sustentado por un servidor, que es un sistema de tratamiento de información.

Querellante Ministerio del Interior:

Indicó que las páginas de Bicentenario y Comisión Tortura donde sale la foto de Pinochet, existen dos posibilidades para su exposición en la web, una que la foto sea subida a un servidor que es público, en donde todos suben fotos y también puede linkear la foto y ponerla en el index sin ingresar la foto al servidor del gobierno, pero se puede ingresar al servidor también.

Él como grupo de "Byond Hacker Team" no hizo el desfase ni consultó.

Él personalmente linkeaba las páginas cuando hacía los desfaces.

DÉCIMO TERCERO: Participación de los acusados. Ésta se acredita con los testimonios de las siguientes personas:

Tenemos el Testimonio de **Rafael Andrés Tarud Castaño**, quien expresó: es empresario de Uplink Netwoks Ltda. La empresa es proveedora de servicios de internet, servicios de hosting u hospedaje de sitios web de personas que necesiten tener en la red. Lleva once años, el listado de empresas o instituciones es largo, como El Hogar de Cristo por ejemplo. El día 30 de septiembre de 2006, su empresa posee varios servidores, en los cuales detectaron que uno fue atacado y que consistía que se le hace un daño al servidor y se reemplaza la página Index por una que pone la persona que lo ataca, en este caso coincidía con la descripción de un servicio llamado Nettoxic@gmail.com. Precisó que desaparecieron todos los sitios de su empresa incluso la página corporativa y que en el servidor atacado resultaron afectados 212 clientes. Se le exhibe evidencia material N°36. Es un pantallazo tomado el día 1 de octubre. Es la página corporativa de la empresa y aparece un mensaje en contra de la guerra y un correo electrónico nettoxic@gmail.com. Indica que posee un sistema de respaldo de información para evitar este tipo de ataques, logrando superar el problema, pero fueron atacados nuevamente y mandaron un contacto en buenos términos al correo citado, que por favor no sigan, ante lo cual recibió respuesta de ese correo y él les señaló que era posible reparar el servidor si le daban ciertas cuentas gratuitas. Puntualizó que no sabe si la persona quiso hacer un daño o no, pero no pudo reparar el problema.

Contamos con el testimonio del menor **C.O.L.A.**, quien expuso: estudia 4° medio,

vive con sus padres, hermano y sobrino, con IELA son gemelos. Indicó que el Team "Byond Hackers Team" era un grupo de usuarios que se dedicaba a intervenir página web, integrado por los acusados él y su hermano. Alteraban las páginas web lo hicieron desde el 2005. Los fundadores del grupo son él y su hermano y luego se contactaron con SSH-2. Sostuvo que él enviaba ataques y dejaba su correo electrónico y a través de él se contactaron para conocerlo porque era uno más de nosotros "hacía lo mismo que nosotros" en ese tiempo firmaban como Byond y Carlos Amigo como SSh-2, tomaron contacto hace dos años a fines del 2005. Al tomar contacto entablaron conversación con él intercambiaron información, conocimiento, herramientas y lo invitaron a formar parte del grupo. Expresó que intercambiaron herramientas, archivos y aprovechaban fallos de las páginas para intervenirlas y se enviaban archivos por correos electrónicos. Él seguía interfiriendo sitios web pero bajo el nombre de su grupo para obtener renombre a través de ésto. Los objetivos que buscaban eran sitios importantes, el más escuchado el de la Nasa y dejaron una leyenda.

En el Sitio Zone H pusieron los mensajes era un tipo de protesta en línea, había un ranking según los ataques y estaban entre los 50 primeros y llegaron al N° 15. Acotó que después se integra Netoccix, SSh-2 se los presentó, se integró al principio del 2006. Funcionaron hasta mediados del 2006, su hermano y él dejaron el grupo, porque se hizo conocido el caso de la Nasa y vieron que se estaba pasando el límite. Se molestaron un poco con los otros componentes del grupo por entrevistas que dieron en el diario El Mercurio que efectuó SSH-2 y hablaba sobre la intervención de la Nasa y el grupo Byond.

Gastaba como dos o tres horas al día en esto. Tuvo contacto físico con los otros miembros del grupo fue para verse las caras y hablar del tema, se juntaron 2 o 3 veces en Buin en la cercanía de la casa de Carlos Amigo.

En su casa tenía varios tipos de archivos, de programación y manuales para hackear.

Sus hobbis personales aparte de la computación es salir con sus amigos y en ese período le gustaba jugar en el computador. Para él esta actividad era como un hobbie y le divertía no de la misma manera que un juego. Los otros dos miembros del grupo eran mayores que él no sabía exactamente la edad, supo de su edad cuando sucedieron los hechos. Él se apodaba "c0diux" en el mundo de la internet. Reconoce a los dos imputados Netoxxic y SSh-2, como Leonardo Hernández y Carlos Amigo respectivamente.

Además comparece a estrados el menor de edad **I.E.L.A.**, quien señaló: expuso que estudia cuarto medio y que vive con su familia. Precisó que el grupo "Byond Hachkers Team", es un grupo de usuarios de informática y querían más que nada, sobresaltar entre los demás usuarios. El grupo lo componían Leonardo, Carlos, su hermano C y él. Acotó que el grupo se dedicaba a alterar páginas web, por cuanto los servidores tenían fallos en su programación en las páginas web y eso permitía que un usuario pudiera ingresar y hacer cosas que un usuario normal no debería hacer, eso permitía manejarse con los archivos del servidor. Aclaró que realizaban esta actividad, alrededor de 2 años atrás y el grupo lo fundó, su hermano y él, integrándose posteriormente Carlos y después Leonardo en el año 2005 aproximadamente. Señalo que su clave era phnx. Precisó que en una oportunidad le pasó la base de datos del Ministerio de Obras Públicas a Carlos Amigo y él le dijo que podía sacar plata, pero nunca le dijo que obtuvo la plata. La base de datos en cuestión era una información de empresas, siendo pública la información. Sostuvo que según el registro Zone H, las páginas atacadas por el grupo fue un poco más de 8.000, ellos después que atacaban una página si querían le informaban a Zone H, pero lo hacían, porque la intención de ellos como grupo era tener un número alto de ataques para figurar, por lo tanto cada vez que hacían un ataque lo registraban, sin embargo –acotó- cualquier

persona se podía hacer pasar por el grupo. Finalmente indicó que prestó declaración en Investigaciones estando presente su madre y un abogado.

Contamos con la declaración del testigo **Mauricio Andrés Morales Duarte,** quien sostuvo: ser oficial policial de la Policía de Investigaciones de Chile. Trabaja en el Cyber Crimen 3 años y 4 meses. Indicó que tuvo dos misiones principales, la primera verificar un domicilio en Guardavía y en segunda instancia concurrir al domicilio de la comuna de Buin, en donde habitan los hermanos IELA y C. Indicó que en Guardavía ingresó al domicilio, conversó con los dueños de casa y consultó respecto a que relación podía existir con la cuenta que se estaba investigando en ese momento, lo cual no arrojó resultados positivos, pero sí hicieron entrega de los computadores. Después concurrió a aun domicilio en Buin a la calle Manuel Rodríguez, donde se contacta con el dueño de casa, a quien se le conversó respecto de la situación, accediendo a que ingresaran al domicilio. En el interior del domicilio tomó contacto con los gemelos IELA y CL, ya que una de las cuentas que se estaba investigando operaba de ese domicilio, específicamente la cuenta c0diux. Precisó que conversó con los menores y éstos reconocieron que usaban las cuentas c0diux y phnx y se procedió a la incautación de los equipos, los cuales, eran un cpu marca compaq, 144 CD's y dos dispositivos de almacenamiento o pendrive, uno en forma de lápiz y el otro dispositivo en forma normal. Luego los menores fueron invitados a prestar una declaración voluntaria a la Brigada, concurriendo en compañía de sus padres y un abogado defensor. Se le exhibe evidencia material N°37 del auto de apertura, de las 60 fotografías, tres de ellas, los números 15, 16 y 17, que están contenidas en el informe técnico 36. El testigo reconoce la N°15 como el computador que se encontraba en el domicilio. La 16 un lápiz que prestaba la utilidad de pendrive y un pendrive normal. La evidencia 17, 144 discos compactos de diversas marcas y colores.

Contamos con la declaración del testigo **Roberto Andrés Arriagada Barrueto**, quien sostuvo: El día 6 de noviembre de 2006, participó en una diligencia en donde concurrió al domicilio de Carlos Amigo León y lo detuvieron. Reconoce en audiencia a Carlos Amigo León. Indicó que en el interior del domicilio se incautó especies computacionales, gran cantidad de revistas y un notebook, esta evidencia fue destinada al departamento de análisis de la unidad.

Se cuenta con el perito **Franco Andrés Collao Ramírez**, quien expuso: El año 2006, la Brigada Cyber Crimen le solicitó la realización de pericias de especies computacionales. Indicó que le tocó analizar los computadores de Nettoxic, una CPU y un Notebook. En la CPU se encontró diferentes tipos de material, por ejemplo, archivos JPG, en los cuales aparecía el seudónimo y todos esos archivos tenían nombres de empresas en las cuales dejaba su marca. Indicó que el Notebook que perició pertenecía a la hermana del acusado Hernández. Se le exhibe el informe técnico N°15, reconociendo el perito su firma en el informe. Se analizó el Notebook, principalmente el disco duro y un pendrive. En el análisis del Notebook se encontró la cuenta de correo Nettoxic@gmail.com, esto significa que en el computador se tuvo acceso a la cuenta de correo. Encontró acceso a páginas de la Nasa y de otras empresas. Se exhibe evidencia material N° 37 consistente en las 60 impresiones, se le exhiben las números 3, 4 y 5 y luego 15 a 20. La fotografía 3 corresponde a un Notebook marca packard Bell. La 4 un disco duro y la 5 un pendrive. La 15 es una imagen que pertenece a una captura de pantalla, significa que de ese computador se tuvo acceso 928 veces a la cuenta Nettoxic. La 16 se plasma la fecha de instalación del sistema operativo, que corresponde al 28 de junio de 2006, a las 12:58 minutos con 24 segundos. La 17 indica que se tuvo acceso a una página argentina chaco.gov.ar. La 18 aparece que se accedió a la página www.nps.gov. La 19 se plasma el acceso a la página www.nasa.gov.

La imagen 20 contiene el acceso a la página, prefecturalpz.gov.bo, corresponde al país de Bolivia. También en un segundo informe perició una CPU, 129 CD's y un Pendrive. Se exhibe evidencia N° 37 del auto de apertura, las fotografías de los números 6 a la 14. La 6 corresponde a un disco duro. La 7 a un computador. La 8 corresponde a 15 disket de diferentes marcas. La 9,10 y 11 corresponde a los 129 discos compactos de diferentes marcas. La 12 y 13 también corresponde a los 129 CD's, se encontró material con el caso que se está investigando. La 14 corresponde a dos pendrive. En el disco duro se encontró archivos digitales con la leyenda de Nettoxic. Se encontró también diferentes páginas en donde dejaba su huella. Se detectó el correo Nettoxic con más de 2000 coincidencias. Se exhibe evidencia material N°37, imágenes 21 y 22, corresponden a un archivo JPG, eran relevantes por los nombres del archivo. La 23, se encontró más de 2000 veces el correo de Nettoxic. La 24 se localizó loveo@ hotmail.com, con más de 80 veces. También analizó los 129 CD's, en donde se encontró el nombre de carpeta Index Nettoxic. Se exhibe evidencia N°37, imágenes 1 y 2, Reconoce que fue encontrada la carpeta Index Nettoxic. Se exhibe evidencia 37, imágenes 26 y 27. La 26 contiene extensiones de imágenes digitales. Son web desfaceadas. La 27, son programas IP, sirven para verificar vulnerabilidades de una red y luego desfacearlas. Perició también otros CD's. Se exhiben imágenes 28 a 33 de la evidencia material N°37. La 28 la capturó del CD N°2, contiene manuales para hackear. La 29 contiene sirve para buscar vulnerabilidades. La 30, archivos del CD N°3, carpeta Scanner y Passwoord, sirven para obtener claves de acceso de los diferentes programas. La 31, contenido de la carpeta passwoord, programas para obtener claves. La 32 y 33 corresponden a los CD's N°s4 y 5, se puede visualizar dos programas que enseña a obtener técnicas Hacking. Como conclusión final señaló que con lo periciado da claras señales que estas personas se dedicaban a Hackear páginas web.

Tenemos al perito **Esteban Antonio Maldonado Ayala,** quien sostuvo: en el mes de noviembre de 2006, conforme a una petición de la institución se procedió al análisis técnico forense de un computador marca compac, un par de pendrive y de 144 discos compactos. Del computador se le extrajo el disco duro para la integridad de la evidencia y efectuar la pericia. Indicó que había abundante material para cómo realizar actividades de Hackeo, incluso se describían los pasos a seguir, una "suerte de receta", como la que podría tener un cocinero. También se encontró material sobre redes y conectividad. Se le exhibe evidencia material N°37, imágenes 15, 16 y 17. La 15 corresponde a una CPU, marca Compaq. La 16 un Pendrive. La 17 los CD's. Se le exhibe nuevamente la evidencia 37, fotografías de 35 a 50. La 35 corresponde a la ejecución de un navegador de internet. Indicó que todas las imágenes hasta la 44, cumplen con la misma condición, ya que todas se relacionan con el grupo "Byond Hacker…" La 36 aparece Nettoxic. La 37 aparece Byond Chile, Byond crew, SSh-2, Nettoxic. La 38 hace alusión a la guerra que hubo entre el Líbano e IELA. La 39 dice "No war", relacionada a la guerra citada precedentemente. SSh-2, c0diux, phnx, Nettoxic. La 40, aparece Byond crew Chile, 2006. We are SSh-2, c0diux, phnx, Nettoxic y hasta la 44 tienen el mismo estilo. La 45, es una aplicación o programa para desfacear. Las imágenes siguientes son semejantes, esto es, son programas para desfacear. Precisa que su objetivo es echar abajo la instalación informática. La 50 se trata de un archivo de texto que contiene instrucciones SQL. En la imagen se ve un listado de instrucciones SQL y proviene de la Nasa. Como conclusión el usuario del computador periciado tiene inclinación por el Crackeo de sitios web, además tiene el material de acceso para ello, los conocimientos y textos para hacerlo paso a paso. En suma, la inclinación del usuario es hacer desface sobre instalaciones en internet.

Contamos con el testimonio de **Jorge Alfredo Barril Muñoz**, quien expuso: Ser Jefe de Ventas de la Empresa Web Hosting alojamiento de páginas web. Mantiene alrededor de 10.000 clientes. Entre ellos Cachureos.Com, programas de TV, etc. Le arriendan un espacio de Disco para que muestren sus servicios. Las páginas son construidas por ellos mismos

Hay clientes que mantienen sus contenidos otros agregan productos nuevos precios la actualización se hace a través de un Servicio especial. Se muestra en el dominio. Dan conectividad en Internet , banda ancha y servicio de Data.

Fueron alertados por sus clientes de que sus Servidores Web no se veían y donde aparecían mensajes y no se veía el servicio o producto que el cliente ofrecía. Tienen 40 servidores y uno de ellos fue afectado tenía 600 páginas hospedadas y a todas ellas se le modificó su página index

A través de un hoyo se modificó el sitio y se reemplazó por un archivo que venía con un mensaje.

El index es el archivo de inicio de todo sitio web

Aquí se renombró y se eliminó.

Explica que se reemplazó el portal de la página era un nuevo mensaje que era igual para todos los clientes.

Fue la noche de un domingo se dieron cuenta el lunes.

Les generó grandes problemas se saturaron de llamadas telefónicas correos; otros fueron personalmente descalificando el servicio por inseguros, perdieron gran cantidad de clientes se cambiaron o no renovaron sus contratos.

El respaldo en todo caso es un servicio aparte si no lo tenía respaldado perdía su página web el cliente, algunos no pudieron rescatar la página y tuvieron que rehacerla nuevamente.

Fue una semana completa de complicación y a las dos o tres semanas pudieron arreglar la situación

Los atacantes no se contactaron nunca con ellos para solucionar el problema.

Tenemos el testimonio de **Fernando Gabriel Olivares Espinoza** quien señaló: trabajar en la Brigada de Delitos Económicos de la Policía de Investigaciones de Chile. Indicó que el día 6 de noviembre de 2006, concurrió con dos colegas a un domicilio ubicado en la calle Dos Oriente N°41, departamento 61, de Viña del Mar, en la cual conversaron con la habitante del inmueble de nombre Carla Hernández Salas, explicándole que venían por encargo de la Brigada del Cyber Crimen de Santiago a realizar una diligencia, la cual le permitió el ingreso voluntario, consultándole si en el interior existía algún tipo de computador, manifestando que habían dos especies, las cuales fueron entregadas en forma voluntaria. Indicó que las especies incautadas fueron un Disk MP3, un Notebook, marca Packard Bell y una CPU gris, siendo remitidas las especies a peritaje a la Brigada del Cyber Crimen.

DÉCIMO CUARTO: Con la declaración de los testigos mencionados precedentemente, se acreditó a juicio del Tribunal, la participación de los acusados Amigo León y Hernández Salas, en el ilícito objeto de la acusación fiscal, encuadrándose dicha participación en el artículo 15 N°1 del Código Penal, al haber intervenido de una manera inmediata y directa. En efecto, a las declaraciones de los testigos, unido a los propios relatos de los imputados, conforme a las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia y de los conocimientos científicamente afianzados, no cabe más que concluir la participación de los acusados en el ilícito estatuido en el artículo 1° inciso 1° de la Ley N°19.223.

DÉCIMO QUINTO: **Prueba de la Defensa de Leonardo Hernández Salas y Carlos Amigo León.**

I.- PRUEBA TESTIMONIAL:

A).- Comparece a estrados doña **Bárbara Carola León Riquelme** quien sostuvo: que se desempeña en Investigaciones hace siete años. Indicó que su labor en la investigación consistió principalmente en tomar declaración a uno de los menores, específicamente a CLA, cuyo nik era c0diux y además en la entrada y registro en la comuna de la Reina y en el domicilio de calle Exequiel Fernández, donde se detuvo a Carlos Amigo. Señaló que con anterioridad había visto al acusado Hernández Salas, en el contexto de una diligencia policial de inteligencia, concertaron una cita. Ésto ocurrió en los meses anteriores a noviembre de 2006 y se hizo en el Pub "Entre latas Light", que está ubicado en la intersección de calles República con La Alameda. Precisó que la finalidad que tenía la diligencia era corroborar los datos técnicos que tenía Leonardo Hernández, tales como sus características físicas y sus datos de individualización.

B).- Comparece a estrados **Eduardo Rey Cabrera Carrasco** quien expuso: tener una empresa de seguridad electrónica. Indicó que también ve la seguridad de las páginas web. Precisó que conoció a Carlos Amigo León, hace cinco meses, cuando salió el caso en prensa y ahí trató de contactarse con él personalmente. Acotó que la motivación que tuvo para entrevistarse con él, fue principalmente el tema que ellos habían logrado hacer, de poder entrar a páginas, a servidores y sobre todo el tema de la Nasa, ya que como se dedica a seguridad electrónica ve una alternativa de negocio por el lado de la seguridad informática, por cuanto hoy en día no se dedican mucho a ésto las empresas y a él le interesa fundamentalmente por sus clientes. Acotó que lo contactó para trabajar con Carlos Amigo, para que él pudiera evaluar los sistemas de seguridad que tienen sus clientes. Agregó que el nivel de informática que maneja Carlos Amigo es superior a los ingenieros que ha contratado a lo largo de los años. Finalmente expresó que el desempeño que ha hecho hasta el momento ha sido bueno y que tiene alrededor de 500 clientes.

C) Comparece a estrados **Nassin Hammer Vega**, quien expresó: ser administrador de sistema y web master, hace aproximadamente 7 años. Indicó que tiene estudios de informática. Precisó que fue citado por lo que está pasando a Leonardo con Patricio, y que entiende que están en juicio por el tema de los desfaces. Aclaró que los conoció a través de internet y con ellos empezó a conversar y empezar a formar una amistad más cercana. Explicó que un desface es cuando uno cambia la cara de una página web por otra y hay distintos métodos para hacer un desface, uno de ellos es a través de la inclusión de un archivo remoto, otra forma es tratando de conocer los passwoord de las personas. Acotó que Zone –H, es un portal en donde se publican los desfaces, todos los tipos de Hackeos y fallos que hay, pudiendo ser publicados por cualquier persona; de hecho lo puede publicar una persona que ni siquiera haya efectuado un desface, por cuanto es un portal abierto y público para todo el mundo. Indicó que este sitio web lo visitan las personas que se dedican a desfacear o hackear páginas web.

II.- PRUEBA PERICIAL:

A).- Comparece la perito **Carla Patricia Lizama Valenzuela,** quien expuso: ser psicóloga y en ese rol realizó una pericia a Leonardo Hernández Salas que consistió en dos entrevistas clínicas acompañadas con su padre.

Se le aplicó el Test de Rochard. Indicó que cursó estudios universitarios y está en proceso de seminario. Vive con sus padres y polola. Busca trabajo tiene tiempo libre va al Instituto el día sábado. Buena relación con padres y hermanos, todos cursaron estudios universitarios. No presenta patologías psiquiátricas y tiene una depresión reactiva por estar sometido a situaciones de stress.

Sus relaciones a veces no parecen ser lo que él quiere. Tiene autoestima muy deteriorada.

Ahora está más centrado, se está mirando más hacia sí mismo.

Funcionaba intelectualmente más como un adolescente que como un adulto pero tiene control de impulsos. En la adolescencia como se está en proceso de formación de la personalidad dicho control de impulsos es más deficiente.

Conclusión: Forma parte de una Familia normal

Capaz de establecer relaciones estables. Baja autoestima no así con dificultades en el control de sus impulsos. En las entrevistas que le hace, aparece su relación con Internet destaca harto, fue en el año 1998, cuando tuvo internet por primera vez, para él fue una revolución, le llamaba mucho la atención se puso a estudiar más.

Señala que cuando él cambiaba las páginas, ingresando a la página de inicio no destaca que él quiera hacer daño a las páginas, lo destaca eso sí como una necesidad de ser reconocido por sus pares, apareciendo una necesidad de pertenencia, de ser reconocido para la alimentación de su auto estima. Es bien deferente en explicar la computación y dice que le gusta explicarlo a otras personas. Precisó que en las páginas dejaba su mail por una motivación laboral

Indicó que tiene una depresión reactiva por dos eventos, una es el suicidio del papá de su polola con la cual tiene una relación de 8 años y él como pololo significó un apoyo o red para ella. Además dos días después de esto él fue detenido y sometido a prisión preventiva por 10 días.

En términos académicos decide terminar sus estudios tiene claro que su carrera de Ingeniería Mecánica, es algo que a él le gusta y está buscando trabajo ahora, necesita fuente de distracción e independizarse de su familia.

B).- Comparece a estrados el perito **Antonio Alberto del Río Guerrero,** quien expuso: ser psicólogo y en ese rol le realizó una entrevista a Carlos Amigo León. Indicó que la entrevista duró una hora y quince minutos y a continuación un examen psicológico del Test de Rochard. Precisó que sus conclusiones en general, fueron que Carlos Amigo se muestra como una persona normal, con un nivel adecuado de relaciones interpersonales, reconocimiento y respeto por la autoridad. Precisó que sí el análisis evidencia que en el momento de la evaluación, claramente se podía determinar que está pasando por un periodo de stress. Acotó que posee aspectos fuera de lo normal, su inteligencia está por sobre el promedio y resaltan algunos rasgos adolescentes o más bien infantiles en términos de pensamiento; también rasgos egocéntricos o narcisistas.

C).- Comparece a estrados el perito **Héctor Andrés Hernández Basualto,** quien en su calidad de académico expuso: En rigor lo que él hizo fue un informe en derecho. Indicó que ha emitido un juicio jurídico en base a sus conocimientos, tanto de derecho nacional como comparado y de doctrina y jurisprudencia sobre la calificación jurídica que merece determinado supuesto de hecho que fue convencionalmente definido por su mandante. Precisó que el supuesto de hecho es básicamente el siguiente: un usuario de internet, valiéndose de sus conocimientos en materia de informática ha accedido a un sitio web y en ese contexto ha procedido a darle un nuevo nombre a un archivo determinado, archivo que está asociado a la dirección de internet de ese sitio y lo que ha hecho, luego de cambiarle el nombre a ese archivo y consecuentemente la dirección ha usado el nombre que en principio tenía ese archivo para una distinta página o sitio que es uno propio. De esta manera lo que ha logrado es el redireccionamiento de la página web o de la dirección, esto es, cuando los usuarios de internet pretenden llegar a una página para la cual consideran como válida una determinada dirección, en vez de acceder a esa página, acceden a una página distinta que ha sido elaborada en todos sus aspectos por el imputado. Consecuentemente los usuarios lo que hacen al intentar acceder a la página X, en

vez de encontrarse con la página oficial, se encuentran con otra que tiene características similares, una estética equivalente a la de la página oficial, consecuentemente creen que están entrando a la página oficial, pero ven un contenido distinto que no es el contenido oficial, que el imputado habría señalado. Entiendo las características concretas del caso, es una cuestión de hecho que se tendrá que resolver por otras vías, que los mensajes de la página a la cual accedían efectivamente los usuarios, gracias a esta manipulación contenían mensajes de protesta contra la guerra etc., y entre otras cosas señalaban una dirección de contacto del imputado. Básicamente la pagina oficial, salvo esta alteración del nombre del archivo asociado a la dirección, la página en cuestión habría seguido funcionando en forma normal, solo que los usuarios interesados por esta manipulación, en rigor no podían acceder a ella y no tenían forma de acceder a ella, porque en definitiva, iban a la dirección de la página web creada por el imputado. Su valoración jurídica de este supuesto de hecho, es que se trata de una conducta atípica en el derecho penal chileno. Específicamente que esa conducta no es subsumible en ninguna de las hipótesis típicas de la ley N°19.223, sobre delitos informáticos. Lo que uno podría apreciar, es que habría una situación de acceso indebido a una página de internet y básicamente a los archivos asociados a la misma, que uno podría entender en principio que forma parte de un sistema de tratamiento automatizado de datos y surge la pregunta naturalmente respecto a si ese acceso ha sido indebido o no, básicamente en los términos del artículo 2° de la Ley 19.223. No obstante eso, él elude esa discusión y dice que aunque hubiese sido en efecto un acceso indebido, efectivamente uno podría decir que aquí habría algo indebido en ese acceso. Lo que dice es que no obstante esto, el acceso indebido en cuanto tal no es una figura típica en el derecho penal vigente y eso es una cuestión que a su juicio, está fuera de discusión en el derecho chileno. El artículo 2° de la Ley de delitos informáticos a diferencia de lo que ocurre en ordenamientos extranjeros, inequívocamente exige que además del acceso indebido, en cuanto tal éste se haya realizado con propósitos muy claros; la ley dice con el ánimo de conocer la información que se encuentra en el sistema. Ésta es una cuestión sumamente importante, porque en el derecho comparado hay ordenamientos en donde la sola intromisión basta para que ésta sea delictiva. El caso francés que es muy importante para nosotros, porque básicamente nuestra legislación tomó como modelo el sistema francés, basta con la intromisión y eso es delito. En el derecho chileno, como ocurre por ejemplo en el derecho alemán, en general el acceso indebido se considera un acto preparatorio para una efectiva afectación de los intereses que se han querido proteger con este tipo de legislación. Y en el caso chileno cualquiera que sean esos intereses se expresa en forma muy nítida, a través de una exigencia subjetiva. Se requiere un propósito no sólo de entrar, sino que se requiere un propósito de aprovechamiento de alguna medida de la información que se encuentra al interior del sistema informático en cuestión, cosa que en su opinión en estos casos no ocurre, porque en rigor la información que se encuentra en la página web a la cual se accedió, es del todo irrelevante y no tiene ningún interés para los imputados, por lo menos en la forma en que se le ha planteado el supuesto de hecho. Podría entonces plantearse, luego de ver que el acceso indebido en cuanto tal asociado a este propósito es una conducta atípica, uno en todo caso podría hacerse cargo de otra de las hipótesis, como podría ser la idea de la interceptación, esto es, impedir que el sistema siga funcionando. Por ejemplo, podríamos estar en la hipótesis del artículo 1° de la Ley, en donde entre otras hipótesis se plantea precisamente la hipótesis de impedir el funcionamiento del sistema. A su juicio ésto no ocurre en la especie, porque el sistema sigue funcionando y aquí hay una cuestión bien interesante y a su juicio demuestra una falencia general de la Ley 19.223, porque esta ley está

construida sobre el sistema mismo, no está construida sobre la funcionalidad que éste le preste a los interesados y a los usuarios, es decir, desde un punto de vista valorativo, tal vez para los usuarios es del todo irrelevante si la página oficial siguió funcionando o no siguió funcionando, porque en concreto para ellos dejó de funcionar. El problema es que ese no es el criterio sobre el cual se construye la Ley 19.223, la cual en forma clara pone el énfasis en sí el sistema dejó de funcionar y al menos en el supuesto que a él se le ofreció para sus consideraciones es claro que la página web oficial en todo momento siguió funcionando, lo que ocurrió fue que los usuarios no pudieron acceder a ella durante un tiempo indeterminado. Esto inmediatamente nos lleva a una situación que le parece sumamente interesante desde un punto de vista del derecho comparado, porque hay ordenamientos jurídicos en donde situaciones como éstas están previstas por la ley, es el caso del derecho alemán, que existe una hipótesis conjuntamente con los daños, esto es, la destrucción, alteración de los datos que se encuentran dentro de un sistema, hay una hipótesis especial que es la del ocultamiento de los mismos y ¿cuándo se da eso?, y se responde en que los datos no son afectados, no son modificados, cuando el sistema sigue funcionando, no se trata de un sabotaje, sino que en términos prácticos los usuarios tienen la imposibilidad de acceder a los datos, porqué les han sido ocultados de alguna manera, le han sido escamoteados ¿De qué forma? Precisamente una de las formas es el cambio de nombre del archivo. El archivo está, no ha sido modificado, sólo el usuario no puede acceder a él, porque no sabe donde se encuentra. En su opinión el tema es muy sencillo, no obstante que desde un punto de vista valorativo, las situaciones son equivalentes, si yo no puedo usar los datos, no puedo acceder a la información contenida en la página web, porque ésta desapareció, dejó de funcionar o porque yo no soy capaz de encontrarla, eso sin duda, puede ser equivalente desde un punto de vista valorativo, solo que no lo es en la lógica y en la estructura de la Ley N°19.223, donde insiste, se fija de modo monotemático exclusivamente en sí el sistema ha seguido funcionando o no. En su opinión en estos casos ello ha ocurrido. Y llegamos a su juicio al último punto, es si ha habido acá una modificación, una alteración, una destrucción de datos en los términos del artículo 3° de la Ley, que tiene que ver con el daño informático, basta con la alteración, la Ley habla de destrucción, pero para el estudio basta con la hipótesis más tenue, más suave, esto es, el dato no se destruye pero en alterado, es modificado. Pues bien aquí evidentemente ha habido una alteración y una modificación de algo, lo que se ha hecho es que se ha cambiado el nombre de un archivo, sin embargo, la cuestión es si el nombre del archivo se puede considerar dato, en los términos de la Ley en comento o en todo caso más allá de la cuestión terminológica, si se puede considerar que es un dato que puede ser alterado en los términos del artículo 3° que en definitiva es la única cuestión relevante. Si uno mira todo lo que se ha escrito sobre la ley N°19.223, si analiza la historia fidedigna de la ley que básicamente tiende a desarrollar un muy discutible bien jurídico, consistente en la integridad e idoneidad de la información. Si uno analiza toda la doctrina extranjera respecto a que se entiende por daño de datos informáticos, todo gira en torno al contenido informativo de los mismos. En su opinión, eso no ocurre cuando lo que se ha hecho es simplemente modificar el nombre, rebautizar un archivo determinado. Hasta donde alcanza a ver la doctrina chilena no se ha hecho cargo especialmente del tema es muy manifiesta la identificación entre dato e información o contenido informativo, pero si uno analiza la jurisprudencia extranjera, la española, la alemana, se atrevería a decir que éste es un tema unánime, sin modificación de contenidos, no hay daño informático, es precisamente por eso que en otros ordenamientos se han visto en la necesidad de hacerse cargo del ocultamiento de los datos. Esas son las conclusiones que básicamente ha

adoptado. Una reflexión general que está contenida en el texto del informe. Es sumamente discutible si estas conclusiones y la regulación que tiene la Ley 19.223, en la actualidad es razonable o no es razonable y es muy probable que haya excelentes razones por las cuales esa Ley debiera modificarse y debería ampliarse en los términos que los modelos comparados señalan. El punto, sin embargo, a su juicio es que mientras ello no ocurra, el único norte que tiene el intérprete en esta materia es precisamente las posibilidades del texto vigente. En su opinión equiparar valorativamente, lo que el legislador no ha equiparado en la formulación de los tipos penales, evidentemente es analogía que como tal prohibida, en materia penal incluso con rango constitucional. Su opinión, es que precisamente casos como éstos, permiten justificar buenos motivos para una revisión legal.

III.- PRUEBA DOCUMENTAL:

Se incorporaron al juicio mediante su lectura resumida:

1.- Proyecto de Ley de delitos informáticos, mensaje de fecha 25 de septiembre de 2002, mensaje 13-348, de la Presidencia al Congreso. Mensaje con el que se inicia proyecto de Ley que modifica el Código Penal, con el objeto de recepcionar, en los tipos penales tradicionales, nuevas formas delictivas surgidas por el desarrollo de la informática. Acápite 16 D dice, en cuanto a la técnica utilizada por la Ley N°19.223 ella siguió el modelo legislativo francés, que obedece a un tratamiento fenomenológico, es decir, según se explicará en el apartado siguiente la tipificación de las hipótesis delictivas se construyó no tanto sobre la base de bienes jurídicos, como a partir de nuevas formas comisivas ofrecidas por el fenómeno informático. En consecuencia, la ley asumió como un bien jurídico fundante la penalización de este tipo de conductas no la intimidad o el patrimonio sino, que la calidad, pureza, idoneidad de la información, como un bien jurídico nuevo reconocido por el legislador. Según se comentará a continuación esta técnica ha generado dificultades no menores, principalmente relativas a su legitimación y coherencia normativa. El 26, dice la diferencia entre ambos modelos no es sólo estética, se refiere a esta tipificación fenomenológica y tipificación en base a bienes jurídicos. En ella están en juego importantes cuestiones valorativas. La aproximación fenomenológica desvincula fuertemente la nueva regulación del sistema de valoración subyacente en el ordenamiento penal, dando problemas de legitimación y coherencia normativa. En efecto, amén de ser una aproximación conceptualmente menos desarrollada la regulación fenomenológica no da señales sobre su fundamento, sólo vincula sanciones a determinadas conductas que aparecen como típicas sin que se reflexione sobre las razones que legitiman tal incriminación. La puerta a la reflexión la abre la consideración de los bienes jurídicos protegidos, sólo de esa perspectiva pueden detectarse los excesos, como son las hipótesis en que no se vislumbra el bien jurídico a proteger, así como tanto más importante, sólo desde esta perspectiva se puede comprobar la coherencia interna del sistema. Porqué el acceso indebido a los datos contenidos en un computador, debe sancionarse más severamente y porqué la alteración de datos que dan cuanta de una situación patrimonial merece mayor nivel de protección, que los datos por ejemplo que da cuenta una receta de cocina. Se trata de interrogantes que sólo pueden plantearse racionalmente desde el bien jurídico protegido. En definitiva sólo esta perspectiva, la del bien jurídico, favorece el proceso de legitimación de los tipos penales en relación a los actores llamados a invocarlos y a darle aplicación.

2.- Tres artículos de la revista de derecho informático.

a). El primer artículo de don Eduardo Escalona Vásquez. El hacking no es ni puede ser delito. Que el hacking no se encuentra penalmente tipificado en la legislación nacional vigente. La conducta conocida como hacking blanco, desde un punto de

vista político criminal, no puede ni debe ser tipificado, dado que se desarrolla en el ámbito de un bien de libre acceso al público (internet), en donde no existen derechos a la intimidad, sólo es información que se contiene en sitios de dominio electrónico, puesto que esos se exponen al riesgo en forma conciente, con pleno conocimiento de la potencial vulnerabilidad de las restricciones al acceso. El tratamiento adecuado del hacking, pasa necesariamente por reconocer la distinción entre el hacking blanco y el cracker otorgando un puente de oro o exención de responsabilidad criminal, para el que accediendo a la información contenidas en redes, pongan en conocimiento del titular la vulnerabilidad del sistema a efectos de evitar que el peligro que se ha pretendido como fundamento de la sanción de dicha conducta se consume, ya no por un hacker, sino próximamente por un auténtico cracker. De esta forma la correcta solución político criminal para proteger el sistema de información, pasa por fomentar la inhibición de contactar los sistemas de vulneración para los hacker.

b). Los delitos informáticos en el proyecto de reforma de don Fernando Londoño Martínez, los cuales están en la revista de derechos informáticos N°6, dependiente de la Universidad de Chile. El derecho penal informático es algo especial, dentro del derecho penal general. Lo que caracteriza a este derecho penal especial es la moderna forma de comisión delictiva, se afectan bienes jurídicos, como la intimidad, la propiedad, a través de la informática. Se comprende que este enfoque realza los medios de comisión por sobre el fin de protección de la norma.

c). Delincuencia informática en Chile, proyecto de Ley, de don Claudio Magliona Marcovich. El presente estudio contiene el análisis de la insuficiencia normativa nacional, para enfrentar la constante evolución de la delincuencia informática. Se acompañan medidas de actualización a las exigencias de la informática en Chile hoy. Los estudios prácticos demuestran que los hechos constitutivos de la delincuencia informática, pueden generalmente prevenirse por el sujeto pasivo. Muchos de estos delitos se producen por la falta de medidas de seguridad dispuestas por la víctima. Se cree que el computador se protege a sí mismo. La nueva legislación debe abarcar toda su posibilidad para abarcar las nuevas figuras delictivas a fin de reprimirlas con pleno respeto al principio de reserva o legalidad y así evitar resoluciones judiciales fundamentadas en la actividad analógica. Finalmente lee varios conceptos relacionados con la informática.

DÉCIMO SEXTO: Que no obstante, que lo expuesto por el profesor señor Hernández, reviste el carácter de un análisis jurídico exhaustivo, estos sentenciadores estiman que todo el desarrollo expuesto por él mismo ante la audiencia en nada altera ni desvirtúa las conclusiones a las cuales arribó esta sede jurisdicccional, toda vez, que dicho análisis, partió sobre la base de una premisa fáctica diversa, a los hechos que se dieron a conocer ante estrados. En efecto, la premisa fue: "*puesto en la especie un usuario de internet, valiéndose de sus conocimientos en materia de informática ha accedido a un sitio web y en ese contexto ha procedido a darle un nuevo nombre a un archivo determinado, archivo que está asociado a la dirección de internet de ese sitio y lo que ha hecho, luego de cambiarle el nombre a ese archivo y consecuentemente la dirección ha usado el nombre que en principio tenía ese archivo para una distinta página o sitio que es uno propio. De esta manera lo que ha logrado es el redireccionamiento de la página web o de la dirección, esto es, cuando los usuarios de internet pretenden llegar a una página para la cual consideran como válida una determinada dirección, en vez de acceder a esa página, acceden a una página distinta que ha sido elaborada en todos sus aspectos por el imputado. Consecuentemente los usuarios lo que hacen al intentar acceder a la página X, en vez de encontrarse con la página oficial, se encuentran con otra que tiene características similares, una estética equivalente a la de la página oficial, consecuentemente creen que están entrando a la*

página oficial, pero ven un contenido distinto que no es el contenido oficial, que el imputado habría señalado. Entiendo las características concretas del caso, es una cuestión de hecho que se tendrá que resolver por otras vías, que los mensajes de la página a la cual accedían efectivamente los usuarios, gracias a esta manipulación contenían mensajes de protesta contra la guerra etc., y entre otras cosas señalaban una dirección de contacto del imputado". Por el contrario, lo que el Tribunal conoció correspondió no de modo alguno a dichos supuestos, toda vez, que a través del actuar de los imputados se vulneró el sistema de tratamiento de información en sus partes o componentes, impidiendo en algunos, obstaculizando en otros e incluso modificando el funcionamiento de la misma, al no poder los usuarios acceder a las páginas web originales que sus titulares oficiales legítimamente habían puesto en conocimiento del público, siendo esa la información legítima y no otra. Resulta inidóneo la supuesta motivación que esgrimen los encausados en cuanto únicamente perseguían el mejoramiento de las web que modificaban e incluso en otras ocasiones obstaculizaban dejando para ello su marca o correo electrónico, toda vez que su sentir era sólo ser un crítico de la información que en ella se proporcionaba, la vía adecuada a ejercer era otra, por ejemplo, dentro del los mismos link de dichas páginas se permiten obtener la opinión del público en general, respecto a tal o cual programa, contactarse por teléfono, escribir una carta al director de producción o a los encargados de la página web en cuestión.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que en la audiencia del artículo 343 del Código Procesal Penal, el señor Fiscal incorporó los extractos de filiación y antecedentes de los imputados, los cuales no registran condenas anteriores. En atención a la reiteración de los delitos -indicó-, la pena debe subirse en uno o dos grados, solicitando en definitiva la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo. Por su parte el abogado querellante de Megavisión, señaló que concurre la atenuante de irreprochable conducta anterior, y la atenuante de la cooperación sustancial del artículo 11N°9 del Código Penal, solicitando la pena de presidio menor en su grado medio. El abogado de TicketMaster se adhirió a las argumentaciones del Ministerio Público y en relación al abogado del Ministerio del Interior esgrimió el mismo postulado anterior. El abogado de los imputados alegó las atenuantes del artículo 11N°6 y N°9 del Código Penal y solicita la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo y que se le remita condicionalmente la pena privativa de libertad.

DÉCIMO OCTAVO: Que concurre a favor de ambos acusados la atenuante de responsabilidad criminal prevista en el artículo 11N°6 del Código del ramo, esto es, su irreprochable conducta anterior, ya que sus extractos de filiación y antecedentes no registran condena alguna por crimen, simple delito o falta. También, a juicio de los sentenciadores concurre la atenuante consignada en el artículo 11 N°9 del Código Penal, esto es, la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, por cuanto desde los inicios de la investigación los imputados colaboraron esencialmente con ésta, los que se confirma con las declaraciones que prestaron en estrados en donde relataron con lujo de detalles en que consistía su actividad ilícita.

DÉCIMO NOVENO: Que los acusados resultan responsables de un delito castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo, sin embargo, por la reiteración la pena se aumenta en un grado quedando en presidio mayor en su grado mínimo. No obstante, en la especie concurren dos circunstancias morigerantes y ninguna agravante, por lo que de conformidad al artículo 68 inciso 3° del Código Penal, la pena puede rebajarse en uno, dos o tres grados, siendo el criterio de estos sentenciadores de rebajarla en dos grados, quedando en definitiva en presidio menor en su grado medio.

VIGÉSIMO: Que el abogado de Red Televisa Megavisión, dedujo demanda civil

de indemnización de perjuicios en contra del sentenciado Carlos Patricio Amigo León; acción reparatoria que como según se dijo en el veredicto buscaba reparar el daño moral sufrido por la empresa televisiva, el que lógicamente se produjo al haberse afectado con el ataque del hackers, la imagen corporativa de la citada Red Televisiva, precisamente en su página web, en donde se daba información al público en general y se promocionaba la publicidad de algunos productos. El tribunal fija prudencialmente estos daños en la suma de $2.000.000 de pesos, más los intereses corrientes, que se devengarán desde la fecha de comisión del delito hasta la fecha de su pago efectivo.

Por estas consideraciones, y, vistos, además, lo dispuesto en los artículos 1, 3, 11N°s 6 y 9, 14N°1, 15 N°1, 18, 25, 30, 50 y 68 del Código Penal; artículo 1° inciso primero de la Ley N°19.223; artículos 26, 59, 60, 261, 340, 341, 342 y 348 del Código Procesal Penal y artículos 4° y 5° de la ley N°18.216 SE DECLARA:

I.- En cuanto a la acción penal:

A) Que se **CONDENA** a **CARLOS PATRICIO AMIGO LEÓN** y **LEONARDO ANDRÉS HERNÁNDEZ SALAS**, ya antes individualizados, a sufrir la pena de **TRES AÑOS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MEDIO**, a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa, como **AUTORES** del delito reiterado de **SABOTAJE INFORMÁTICO**; ilícito tipificado y sancionado en el artículo 1° inciso primero de la Ley N°19.223, cometidos con fechas 18 al 22 de noviembre del 2005, y durante el año 2006.

B) Que se dispone el **COMISO**, de las especies incautadas.

Reuniendo los sentenciados los requisitos estatuidos en el artículo 4° de la ley N°18.216, se declara que se les **REMITE CONDICIONALMENTE**, el cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas, debiendo quedar sujetos a la vigilancia de la autoridad administrativa dependiente de Gendarmería de Chile, por el término de TRES AÑOS, y cumplir con las demás exigencias del artículo 5° del citado estatuto legal.

En el evento de que el citado beneficio les fuere revocado a los sentenciados las penas las empezaran a cumplir desde que se presenten o bien cuando sean habidos, sirviéndole al efecto como abono, el tiempo que estuvieron privados de libertad en razón de esta causa, entre el día 6 de noviembre de 2006 hasta el día 15 de noviembre del citado año, según da cuenta el auto de apertura.

II.- En cuanto a la acción civil.

Que se acoge la demanda civil de indemnización de perjuicios interpuesta por la Red Televisa Megavisión S.A. por concepto de daño moral y se **CONDENA** a Carlos Patricio Amigo León, a pagar la suma de $2.000.000 de pesos, más los intereses corrientes señalados en el considerando 20°.

Se ordena la devolución al Ministerio Público e intervinientes de los documentos incorporados al juicio.

Ejecutoriada la presente sentencia dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal y artículo 113 del Código Orgánico de Tribunales, debiendo oficiarse a las instituciones pertinentes.

Redactada por el magistrado Alejandro Aguilar Brevis.

RUC: 0610005734-2

RIT: 69-07.

PRONUNCIADA POR EL TERCER TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO, INTEGRADA POR LOS JUECES ANACLAUDIA GATICA COLLINET, PRESIDENTE DE LA SALA, ISABEL MALLADA COSTA Y ALEJANDRO AGUILAR BREVIS, LA PRIMERA EN CARÁCTER DE SUPLENTE.

- **Condena por el delito del artículo 196 A bis de la ley 18.290 por estimar que no es posible alegar ignorancia respecto de la falsedad de un permiso provisorio para conducir que no ha sido solicitado ante un Tribunal de Justicia dentro del marco de un proceso judicial.**

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

Resumen:

El Ministerio Público acusó al imputado como autor del delito del artículo 196 A bis de la ley 18.290. La Defensa solicitó la absolución, sin negar la falsedad del documento, pero señalando que no se había logrado acreditar el elemento subjetivo del tipo. El Tribunal estimó que se había logrado probar la falsedad del permiso provisorio para conducir con la declaración de la perito que examinó el documento y que explicó que un documento original se había reproducido, cambiando el nombre de la persona autorizada para conducir, mediante un sistema de inyección de tintas. En cuanto a la exigencia de usar el documento falso "a sabiendas", vale decir con dolo directo de engaño, los jueces expusieron que de acuerdo a las máximas de la experiencia, los conductores de vehículos motorizados saben que los permisos provisorios para conducir sólo pueden ser obtenidos en un Tribunal de Justicia dentro del marco de un proceso judicial, por lo que sólo cabía concluir que el acusado conocía el origen ilícito del documento que portaba.

El voto de prevención fue del parecer de no condenar en costas al acusado, porque de una interpretación armónica de los artículos 45, 47 y siguientes del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 600 del Código Orgánico de Tribunales y 36 de la Ley 19.718, resulta que quien es defendido por una entidad pública que presta asesoría jurídica gratuita, goza del privilegio de pobreza y, por ende, no puede ser condenado en costas.

Texto completo:

La Serena, veintitrés de mayo de dos mil siete.

Vistos:

Ante la Tercera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, constituida por los jueces señores Nicanor Salas Salas, quien la presidió, Caroline Turner González y Juan Carlos Espinosa Rojas, el día 18 de mayo del año en curso, se llevó a efecto el juicio oral relativo al RUC 0400458161-5, destinado a conocer la acusación que el Ministerio Público, representado en el juicio por el fiscal adjunto de Coquimbo don Claudio Ayala Oyanedel, domiciliado en Melgarejo 847, de dicha ciudad, dedujo en contra del imputado **Johany Andrés Lopetegui Godoy**, natural de Coquimbo, soltero, carpintero, cédula nacional de identidad N° 13.177.361-7, domiciliado en calle Antofagasta 2309, Calama y actualmente recluido en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de La Serena, como autor del delito de conducción de vehículo motorizado a sabiendas con permiso provisorio judicial falso, previsto y sancionado en el artículo 196 A bis letra b) de la Ley 18.290, en grado de consumado.

El acusado estuvo representado por el defensor penal público señor Rodrigo Gómez del Pino, domiciliado en Melgarejo 1092, 2° piso, Coquimbo.

Según se expresa en el auto de apertura, el Ministerio Público funda su acusación en los siguientes hechos: "El 13 de octubre de 2004, alrededor de las 15:50 horas, en la intersección de calle Iquique con calle Las Heras, Coquimbo, en momentos que el acusado conducía la camioneta patente ND 9081, fue controlado por funcionarios de Carabineros, quienes al requerirle sus documentos constataron que lo hacía con un permiso provisorio para conducir otorgado por el Juzgado de Policía Local de Coquimbo, el que posteriormente fue periciado, resultando ser falso y cuyo origen ilícito conocía o no podía menos que conocer."

Estimó el Ministerio Público que no concurren circunstancias modificatorias de

responsabilidad penal y, previas citas legales, solicitó se condene al acusado a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales genéricas respectiva, y a la accesoria de suspensión de la licencia de conducir por el término de tres años, más las costas de la causa.

En su alegato de apertura el Ministerio Público confirmó su acusación, ofreciendo acreditar todos los presupuestos fácticos de la misma, lo que al final, en la clausura, estimó suficientemente cumplido.

La defensa del acusado, por su parte, en la apertura, solicitó su absolución, en razón de que con la prueba de cargo no se podría acreditar el tipo penal, el cual requiere del elemento subjetivo derivado de la alocución "a sabiendas" que emplea el legislador respecto de la conducta exigida al agente.

Luego, en la clausura, después de analizar la prueba rendida, insistiría en ello, estimando probada sólo la falsificación del documento, lo que no sería bastante para dar por acreditado el delito, y haciendo presente la débil investigación, en la que no se cumplió con el principio de objetividad, al no haberse procurado obtener la declaración del acusado.

Considerando:

PRIMERO: Que el Ministerio Público ha imputado al ya individualizado Johany Andrés Lopetegui Godoy la perpetración del delito de conducción de vehículo motorizado utilizando un permiso provisorio falsificado, a sabiendas, previsto y sancionado en el artículo 196 A bis letra b) de la Ley 18.290, vigente a la época de los hechos.

SEGUNDO: Que en relación con los hechos materia del juicio, el representante del Ministerio Público rindió las probanzas que se pasan a referir y a analizar:

a) Testimonio de **Víctor Álvarez Godoy**, quien depuso que en mayo de 2004 en la localidad de Montepatria, le cursaron una infracción de tránsito, con ocasión de la cual se le retuvo su licencia de conducir; que ya en Coquimbo, solicitó al Primer Juzgado de Policía Local le extendieran un permiso provisorio para conducir, mientras se tramitaba su causa y se enviaba su licencia desde Montepatria, y que, vencido éste, le volvieron a otorgar otro. En la documental que se le exhibió, reconoció en el signado con el número 1 del acápite referido a la prueba documental del auto de apertura, el permiso provisorio N° 378, que se le expidió el día 22 de junio de 2004, por el período que va del 22 de junio al 22 de julio de 2004, con timbre del Primer Juzgado de Policía Local de Coquimbo, con firmas ilegibles bajo los nombre del juez y secretaria de dicho tribunal; y en el signado con el número 4 de la misma resolución, el permiso N° 459, expedido el 22 de julio de 2004, por el período que va del 22 de julio al 22 de agosto de 2004, con las mismas firmas y timbre. Agregó que un tiempo después lo citaron del mismo juzgado para indicarle que el primer permiso que le habían otorgado, había sido clonado, falsificado, e hizo presente que siempre anduvo portando sus permisos.

b) Dichos de **Jorge Lara García,** Cabo 1° de Carabineros, quien refirió que el 13 de octubre de 2004, en el cruce de Iquique con Las Heras, de Coquimbo, se controló al conductor de una camioneta que no respetó una luz roja de semáforo, notificándole la infracción cometida, el que les exhibió un permiso provisorio, que coincidía con el nombre y número de su cédula de identidad, documento que le fue retirado al cursarle la infracción. Reconoce en el documento signado con el número 3 del auto de apertura, que se le exhibe, el permiso provisorio que retiró, el que se aparece extendido por el primer Juzgado de Policía Local de Coquimbo, con el número 378, a nombre de Yohany Andrés Lopetegui Godoy, por el período 21 de septiembre al 22 de octubre de 2004.

c) Dichos de **Paula Vásquez Vásquez**, perito documental de la Policía de Investigaciones, quien deponiendo al tenor de su informe N° 205 de 11 de septiembre de 2006, incorporado al juicio luego de reconocerlo, señaló que procedió a examinar los documentos remitidos

por la fiscalía consistentes en los permisos provisorios números 378 y 479, clase A-2, extendidos por el Primer Juzgado de Policía Local de Coquimbo a Víctor Álvarez Godoy, por los períodos del 22 de junio al 22 de julio de 2004 y del 22 de julio al 22 de agosto de 2004, respectivamente, los que reconoció en la audiencia como aquéllos signados con los números 2 y 4 del acápite relativo a la prueba documental del auto de apertura, que se le exhibieron, y encontró concordancia de la morfología global, cualidad del trazado, velocidad escrituración, orientación, matices de presión, puntos de inicio y término de los trazos y en el diseño particular de sus elementos integrantes; que enseguida procedió a cotejarlos con un material genuino consistente en un formato de permiso, timbre y muestras de las firmas del juez y secretaria del citado juzgado de policía local, pudiendo comprobar que existían concordancias en el sistema de impresión y soporte del papel empleado, en sus estructura global, distribución de los textos y diseño de las letras, por todo lo que pudo establecer que ambos documentos controvertidos eran genuinos; que al proceder a examinar luego el documento que daba cuenta del permiso provisorio Nº 378, clase A-1 y A-2, extendido a nombre del acusado y que reconoció en la audiencia en el documento signado como número 3 del acápite prueba documental, pudo verificar que las firmas y timbrajes se encontraban reproducidos en su totalidad bajo el sistema de inyección de tinta, difiriendo de los auténticos; y que, finalmente, cotejó este *permiso provisorio* con el *permiso genuino* obtenido como material de comparación, advirtiendo que existían diferencias de sus dimensiones, troquelado, con cortes perimetrales de tipo manual en este tercer documento dubitado, por todo lo que se debía concluir que era falso. Hizo notar, por último, que los permisos provisorios otorgados en los juzgados de policía local no tenían elementos de seguridad y que bastaba un scanner, el original y una impresora para falsificarlos.

d) Documental de que se ha dejado testimonio en los testimonios que anteceden.

TERCERO: Que los elementos de comprobación de cargo, consignados en la motivación que antecede, apreciados relacionadamente entre sí por estos sentenciadores en la forma dispuesta en el artículo 297 del Código Procesal Penal, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, conforman una cantidad de elementos con capacidad suficiente para formar convicción en estos jueces acerca de la ocurrencia de los siguientes hechos: Que en la ciudad de Coquimbo, el día 13 de octubre de 2004, alrededor de las 15:50 horas, en la intersección de las calles Iquique y Las Heras, el acusado fue sorprendido por personal policial conduciendo una camioneta con permiso provisorio judicial, el cual sabía era falso.

CUARTO: Que tales hechos configuran el delito de conducir un vehículo motorizado con un permiso provisorio judicial, a sabiendas falso, previsto y sancionado en el artículo 196 A bis letra b) de la Ley 18.290, vigente a la época de su ocurrencia.

QUINTO: Que, en efecto, no obstante lo esmirriada que resultó la actividad probatoria del órgano persecutor, lo cierto es que la prueba aportada alcanzó para establecer los presupuestos fácticos de la acusación, desde que al no encontrarse controvertida por la defensa del acusado la circunstancia de encontrarse éste conduciendo un vehículo motorizado portando un permiso provisorio falsificado, contentándose sólo con contradecir el conocimiento de dicha falsedad por parte del agente, como lo requiere el tipo penal, los dichos del funcionario Lara García, que relató acerca de las circunstancias en que fue detenido el acusado mientras conducía un vehículo motorizado por la vía pública, con un permiso provisorio judicial que luego pudo determinarse era falsificado, fueron suficiente

para dar por establecido el porte de dicho documento por el acusado.

Que en cuanto a la falsedad, la prueba de cargo presentada consistente en la declaración del testigo Álvarez Godoy, quien depuso acerca de que se le había extendido en el Primer Juzgado de Policía Local de Coquimbo un permiso provisorio para conducir, con el número 378, por el período comprendido entre el 22 de junio y el 22 de julio de 2004, en un proceso judicial que se le siguió a raíz de una infracción a la ley de tránsito que cometió en la localidad de Montepatria en el mes de mayo de ese año, y los dichos de la perito Paula Vásquez, que impresionó favorablemente en cuanto al conocimiento y experticia que demostró de su disciplina, que asentó en forma inconcusa que el *permiso provisorio* del Primer Juzgado de Policía Local de Coquimbo que portaba el acusado, con el mismo número que el asignado al permiso otorgado a Álvarez Godoy, no era auténtico, por cuanto se había confeccionado sobre un soporte distinto al usado en esa sede jurisdiccional para elaborar ese tipo de documentos públicos, obteniéndose la reproducción de las firmas y timbraje, en su totalidad mediante un sistema de inyección de tintas, que no corresponde a los documentos originales, se debe tener por suficientemente acreditado la falsedad que demanda la figura propuesta, y que en la especie, se tradujo en haberse acreditado la reproducción o copia de un documento auténtico, a través de mecanismos que lograron darle al documento así creado la apariencia de verdadero, esto es, una falsedad por *imitatio veri*, tipo de falsedad ésta que, a diferencia de las tipificadas en el Código Penal, debe entenderse incorporada en el tipo que describe el artículo 196 Bis A letra b) de la Ley 18.290, atento que en este no rigen las limitaciones que derivan de las descripciones del artículo 193 del Código Penal.

SEXTO: Que del mismo modo, los antecedentes probatorios precedentemente explicitados también resultaron suficientes para establecer el elemento subjetivo del tipo, esto es, el **conocimiento por parte del agente de la calidad de falso que tiene el permiso provisorio con el cual conducía el vehículo motorizado,** que no es sino dicho saber el que exige la alocución *a sabiendas* que emplea el legislador, claramente indicativo de un dolo directo de engaño. Si bien es cierto, se echó de menos que el Ministerio Público produjera una prueba más contundente en esta materia, tendiente a establecer el procedimiento de expedición del tipo de documentos objeto de la falsificación en el tribunal de donde se hizo provenir el permiso falsificado objeto del juicio, de modo de poder tener mayores indicios en relación a la persona que aparezca portando luego tal documento espurio cuando no se pueda acreditar a su respecto la falsificación misma de éste, lo cierto es que con la prueba de la perito documental señorita Paula Vásquez se logró asentar de modo preciso que el documento que portaba el acusado el día de su detención, con apariencia de provenir del Primer Juzgado de Policía Local de Coquimbo, no podía provenir realmente de allí, atendido a que se encontraba elaborado en un soporte distinto del usado en dicha sede jurisdiccional, lo que unido a la máxima de la experiencia que indica que los conductores de vehículos motorizados saben que este tipo de documentos sólo pueden ser obtenidos en un tribunal de la República con ocasión de un proceso judicial, se debe necesariamente colegir, entonces, que el acusado conocía el origen ilícito del permiso de conducir que portaba, por lo que tal elemento subjetivo quedó, entonces, acreditado en forma bastante.

SÉPTIMO: Que de acuerdo a lo que se viene estableciendo, es claro también concluir que la **participación** del acusado en el delito que se le imputó, resultó suficientemente asentada con los elementos de cargo citados, además de los propios dichos de su defensa que, como ya dijimos, sólo discutió el conocimiento por parte de éste de la falsedad del permiso con el que conducía un vehículo motorizado, por lo que se ha alcanzado con creces el estándar

de convicción que el artículo 340 del Código Procesal Penal les demanda a estos jueces para concluir más allá de toda duda razonable, que el acusado tomó parte en la ejecución de los hechos de una manera inmediata y directa, lo que le confiere la calidad de autor del mismo.

OCTAVO: Que entonces la acción delictiva resultó verificada en los términos propuestos en la acusación del Ministerio Público, desde que un sujeto fue sorprendido en la vía pública conduciendo un vehículo motorizado, valiéndose para ello, a sabiendas, de un documento público falsificado, que tenía apariencia de permiso provisorio para conducir.

NOVENO: Que de igual modo, según ya se concluyó precedentemente, este tribunal estima suficientemente acreditado que el acusado, siendo imputable, actuando voluntariamente de manera contraria a derecho y en forma culpable, esto es, con conciencia de la ilicitud de su conducta, completó las exigencias normativas respecto del tipo de conducta y actividad necesarias del tipo delictivo que se le imputó, tomando parte en su ejecución de una manera inmediata y directa, lo que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 Nº 1 del Código Penal, le confiere la calidad de autor del mismo;

DÉCIMO: Que según obra de extracto de filiación y antecedente del encartado, éste fue condenado mediante resolución de fecha 23 de octubre de 2003 del Juzgado de Garantía de Coquimbo, en la causa R.U.C. 200.081.429-9, por el delito de conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad, a una multa de UTM 4; por resolución de 29 de septiembre de 2003 del Primer Juzgado del Crimen de Arica, en la causa Rol 63.912/2003, por el delito de conducir un vehículo motorizado sin tener la licencia profesional que lo habilitara, a una pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo y accesorias legales; por resolución de 29 de abril de 2005, del Juzgado de Garantía de Tocopilla, en la causa R.U.C. 300.168.642-8, por el delito de violación de domicilio, a tres penas de UTM 7; por resolución de 18 de julio de 2005, del Juzgado de Garantía de Vicuña, en la causa R.U.C. 410.000.449-1, por el delito de manejo en estado de ebriedad, a la pena de 10 días de prisión en su grado mínimo, y accesoria legal; por resolución de 24 de junio de 2005, del Juzgado de Garantía de Coquimbo, en la causa R.U.C. 400.129.2004, por el delito de conducir vehículo motorizado en estado de ebriedad, a la pena de 12 días de prisión en su grado mínimo, con reclusión nocturna y a las accesorias legales; y por resolución 24 de junio de 2005, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, en la causa R.U.C. 500.002.265-0, por el delito de homicidio simple y homicidio simple frustrado, a 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo y 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo, y accesorias legales; por lo que carece de irreprochable conducta anterior;

UNDÉCIMO: Que la declaración del testigo de cargo, el funcionario Ricardo Morales Castro, que atestiguó no haber podido cumplir con la orden de investigar que le pedía obtener una declaración del acusado, como tampoco averiguó de qué manera obtuvo éste el permiso provisorio de conducir falsificado, en nada alteró las conclusiones precedentes.

DUODÉCIMO: Que constando la pena aplicable al delito de diversos grados de penas divisibles y no concurriendo en el hecho circunstancias atenuantes ni agravantes, el tribunal se encuentra autorizado para recorrer toda su extensión al aplicarla, lo que en la especie hará en su grado mínimo;

Por estas consideraciones y de acuerdo además con los artículos 1°, 14 N° 1, 15 N° 1, 26, 30 y 68 del Código Penal; 196 A bis letra b) de la Ley 18.290, vigente a la época del ilícito; 1°, 47, 275, 295, 297, 342 y 348 del Código Procesal Penal; se resuelve:

I.- Que se condena al antes individualizado **Johany Andrés Lopetegui Godoy**, como autor del delito de conducir vehículo motorizado, a sabiendas, con permiso

provisorio judicial falso, previsto y sancionado en el artículo 196 A bis letra b) de la ley 18.290, vigente a la época del ilícito, cometido en Coquimbo el 13 de octubre de 2004, a padecer la pena de **quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio,** a la suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y a la suspensión de su licencia de conducir por el mismo término y al pago de las costas.

No se le concede ninguno de los beneficios de la Ley 18.216, por improcedente, en razón del mérito de su extracto de filiación. En consecuencia, deberá cumplir efectivamente la pena privativa de libertad precedentemente impuesta, a continuación de la que se encuentra cumpliendo actualmente, con ocasión de la causa R.U.C 500.002.265-0 del tribunal Oral en lo Penal de La Serena, sin abonos que considerar.

Devuélvanse al Ministerio Público los documentos acompañados al juicio.

Una vez ejecutoriada esta sentencia, remítase una copia autorizada al Juzgado de Garantía de Coquimbo, a fin de que le dé oportuno cumplimiento.

Se previene que el juez Juan Carlos Espinosa Rojas fue del parecer de no condenar en costas a los acusados en atención a una interpretación armónica que debe hacerse de los artículos 45 y 47 y siguientes del Código Procesal Penal, en relación al artículo 600 del Código Orgánico de Tribunales y 36 de la Ley 19.718 que creó la Defensoría Penal Pública. En efecto, mientras las mencionadas disposiciones del Código Procesal Penal sólo han establecido la obligación de que toda resolución que pusiere término a la causa o decidiere un incidente deberá pronunciarse sobre el pago de las costas del procedimiento, las que corresponderán al condenado en caso de condena y sin perjuicio de que el tribunal pueda fundadamente absolver de ellas, es el artículo 600 del Código Orgánico de Tribunales, en cambio, el que regula la forma en que debe emitirse tal pronunciamiento cuando el condenado ha sido patrocinado por "alguna entidad pública o privada destinada a prestar asistencia jurídica y judicial gratuita", pues en dicho evento éste gozará de los beneficios del privilegio de pobreza (inciso 1°), entre los cuales está el que no pueda ser condenado en costas (inciso 3°), y como la norma citada de la Ley 19.718 declara la gratuidad de la defensa penal pública, que es la que han recibido los condenados de autos, no cabe sino concluir que éstos están eximidos, entonces, del pago de costas.

Regístrese, dense las copias autorizadas que correspondan y archívese en su oportunidad.

Redactada esta sentencia y la prevención por el juez Espinosa.

Rol único de causa: 0400458161-5.

Rol interno del Tribunal: 31-2007.

Pronunciada por los jueces de la Tercera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, Nicanor Salas Salas, Caroline Turner González y Juan Carlos Espinosa Rojas.

- **Declara que la ley 20.191 no puede ser considerada una ley penal más favorable, porque su objetivo fue introducir precisiones a la ley sobre responsabilidad juvenil y no despenalizar o aminorar sanciones penales a menores.**

Tribunal: Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago.

Resumen:

El Ministerio Público acusó a los imputados, dos de ellos menores de 18 y mayores de 16 años, como autores de delitos reiterados de robo con intimidación, alegando la concurrencia de la agravante del artículo 456 bis Nº 3 del Código Penal. Las Defensas estimaron concurrentes graves falencias en las diferentes diligencias de reconocimiento fotográfico, estimando que fueron inductivas respecto de los diferentes testigos y víctimas. La Defensa de los menores, por su parte, hizo especial hincapié en su condición de menores de edad, la ley de responsabilidad juvenil y los tratados y convenios referidos a niños y jóvenes. Todas solicitaron, además, el reconocimiento de la atenuante del artículo 11 Nº 9 del Código Penal por haber reconocido los acusados en audiencia la comisión de los ilícitos y su responsabilidad en ellos. El Tribunal estimó que la prueba presentada lograba formar una convicción condenatoria más allá de toda duda razonable en la mayoría de los hechos imputados, absolviéndolos en aquellos en que ella no se alcanzó, señalando que si bien algunos reconocimientos fotográficos efectivamente resultaban cuestionables, el reconocimiento válido para los jueces es el efectuado en el tribunal, reconocimientos que además resultaron coherentes con las declaraciones efectuadas en estrados por las diferentes víctimas y testigos. Respecto de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, acogió la agravante solicitada por la Fiscalía, declarando que al obrar en los términos del artículo 15 del Código Penal dos o más personas, es decir, de manera inmediata y directa, se genera correlativamente una natural y objetiva mayor indefensión en las víctimas que sufren el ataque, siendo indiferentes sus antecedentes pretéritos, edad u otra circunstancia secundaria. Del mismo modo estimó concurrente la atenuante invocada por las Defensas, por estimar que todo aquel imputado que renuncia a su derecho a guardar silencio reconociendo su responsabilidad sin duda aporta y alivia la carga de la prueba del acusador ayudando en la determinación de los ilícitos y los infractores que los cometieron, ayudando a despejar posibles dudas del Tribunal. Finalmente, en cuanto a la regulación de la pena en el caso de los menores, el Tribunal manifestó que, en aplicación del artículo 18 inciso primero del Código Penal, procedía sujetarse a la ley 20.084 y al artículo 351 del Código Procesal Penal, desestimándose la pretensión de la Defensa de sancionar conforme a la ley 20.191, por considerar que esta última constituía más bien una suerte de ley tertia, a cuya aplicación-creación no se estimaba autorizado como órgano jurisdiccional. Además, porque en cuanto a ser la ley 20.191 más favorable, como sostuvo la Defensa, el Tribunal estimaba que no podía ser considerada tal por carecer de una medida legal de merecimiento y necesidad de pena, porque en los hechos su objetivo no fue sino introducir precisiones a la ley sobre responsabilidad juvenil y no despenalizar o aminorar sanciones de menores infractores. Por otra parte, y dada la publicación de su complemento, la ley 20.191 pasó a constituir, en el caso juzgado, una ley penal posterior más desfavorable desde que el Nº 1 del artículo 23 de la ley 20.084, como quedó en su texto actual, obliga al juez a imponer internación en régimen cerrado, habiendo quedado excluida la posibilidad de una internación en régimen semi cerrado. Por todo ello, el Tribunal consideró que correspondía determinar la sanción a aplicar a los menores infractores de acuerdo a la ley 20.084 en su texto original, tal como fuera publicada el 7 de diciembre de 2005.

Texto completo:

Santiago, veintisiete de junio de dos mil siete.

Vistos, Oídos y Considerando:

PRIMERO: Que, con fecha 21 y 22 de junio en curso, tuvo lugar audiencia de juicio oral ante este Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, constituido al efecto por los **jueces** Gloria Chacón Diez, Bernardita González Figari y José María Toledo Canales, contándose con la presencia de los siguientes intervinientes: **fiscal adjunto** del ministerio público, Sr. Luis Vacca Soria; **acusados** (quienes no fueron prontuariados durante la investigación) **RUBÉN HUMBERTO ORELLANA MONTES,** cédula de identidad 16.646.509-5, nacido el 10 de septiembre de 1986, 20 años de edad a la fecha, soltero, sin oficio, con domicilio en Pasaje 151, casa

6874, Población La Faena, Peñalolén, preso en esta causa; **MANUEL ALEJANDRO MALDONADO GUERRERO,** cédula identidad 17.417.993-k, apodado "el guagua", nacido el 26 de agosto de 1989, 17 años de edad a la fecha, soltero, estudiante, con domicilio en Pasaje Libertad 303, Peñalolén, preso en esta causa, **y JOSÉ LUIS BANDA CAVIERES**, cédula de identidad 17.105.781-7, nacido el 7 de julio de 1989, 17 años a la fecha, estudiante, soltero, apodado "el Banda", con domicilio en Los Baqueanos N° 9755, Población San Judas Tadeo, Peñalolén, preso en esta causa**; y de los abogados**, Srs. Mario Sentis Moreno, Christian Basualto Olivares y Claudio Fierro Morales, quienes tuvieron a su cargo la defensa letrada de los acusados, los dos primeros respecto de Orellana y el tercero respecto de Maldonado y Banda.

La acusación que fue objeto del juicio fue aquella que en su oportunidad dedujo el ministerio público en contra de los imputados antes individualizados, y que fue del tenor siguiente:

"Hecho N° 1:

El día 1° de Septiembre del 2005, aproximadamente a las 15:00 hrs. En circunstancias de que la víctima DOMINGO FLAVIO PINO MÁRQUEZ, había estacionado su camión repartidor de productos Ariztía en calle Lago O'higgins frente al N° 8058, en la comuna de Peñalolén, al proceder a sacar productos desde el interior del vehículo, fue abordado por los acusados RUBÉN HUMBERTO ORELLANA MONTES, MANUEL ALEJANDRO MALDONADO GUERRERO y JOSÉ LUIS BANDA CAVIERES, ya individualizados, los que premunidos de armas de fuego, procedieron a intimidarlo, sustrayéndole diversas especies: un banano, un teléfono celular, una chequera del Banco Santander, una billetera de color negro, su licencia de conducir, su cédula de identidad, diferentes tarjetas de casas comerciales y la suma de $40.000 en dinero efectivo. Acto seguido los imputados se dan a la fuga del lugar de los hechos con las especies sustraídas.

Hecho N° 2:

El día 2 de Septiembre del 2005, aproximadamente a las 15:05 hrs. En circunstancias de que la víctima JUAN SEBASTIÁN MATUS ALARCÓN, se encontraba trabajando y se aprestaba a efectuar una entrega de productos de la empresa Ideal en calle Diego Rojas frente al N° 913, en Peñalolén, fue interceptado por los acusados RUBÉN HUMBERTO ORELLANA MONTES, MANUEL ALEJANDRO MALDONADO GUERRERO y JOSÉ LUIS BANDA CAVIERES, los cuales se encontraban premunidos de armas de fuego, procedieron a intimidarlo, sustrayéndole diversas especies que la víctima portaba en sus vestimentas y en su chaqueta, la cual estaba al interior del vehículo: $300.000 en dinero efectivo, una billetera de color negra con toda la documentación del móvil, su cédula de identidad, su licencia de conducir, diversas tarjetas de banco y casas comerciales, un teléfono celular, las llaves del vehículo, para posteriormente darse a la fuga del lugar de los hechos con las especies sustraídas.

Hecho N° 3:

El día 8 de Septiembre del 2005, aproximadamente a las 17:45 hrs. en circunstancias de que la víctima JUAN SEBASTIÁN MATUS ALARCÓN, finalizaba la entrega de productos alimenticios de la empresa Ideal, en su camión de reparto de mercaderías en calle Ictinos esquina Laura Rodríguez en la comuna de Peñalolén, fue abordado por los imputados RUBÉN HUMBERTO ORELLANA MONTES, MANUEL ALEJANDRO MALDONADO GUERRERO y JOSÉ LUIS BANDA CAVIERES, debe señalarse que mientras uno de los imputados lo intimida con un arma de fuego, solicitándole la entrega del dinero, otro imputado se introduce al interior del móvil para sustraer una chaqueta y una impresora que contiene el programa de ventas, debe señalarse que otro imputado presenciaba este hecho y vigilaba para dar la alerta de huida en caso de que llegara la policía. Una vez sustraídas las especies se dan a la fuga del lugar de los hechos.

Hecho Nº 4:

El día 9 de Septiembre del 2005, aproximadamente a las 14 hrs. en circunstancias de que la víctima ELBIO DANIEL GONZÁLEZ SOZA, mantenía estacionado su camión de la empresa Evercrip's, frente al Nº 1339, de la calle Coralillo en la comuna de Peñalolén, lo anterior por cuanto recientemente había efectuado una entrega de mercadería, al momento de abordar el camión es interceptado por los acusados RUBÉN HUMBERTO ORELLANA MONTES, MANUEL ALEJANDRO MALDONADO GUERRERO y JOSÉ LUIS BANDA CAVIERES, los cuales lo toman de sus brazos, de modo tal de impedir toda resistencia y lo intimidan con un arma cortante, proceden a registrarlo, le sustraen desde sus vestimentas la suma de $100.000 en dinero efectivo y desde su cinturón un computador marca Hand-held, el cual colgaba del mismo, y las llaves del vehículo, para acto seguido darse a la fuga del lugar de los hechos.

Hecho Nº 5:

El día 5 de Octubre del 2005, siendo aproximadamente las 13:15 hrs. en circunstancias de que la víctima GONZALO ALEJANDRO ROJAS CERÓN había dejado estacionado su camión en calle Laura Rodríguez con Ictinos frente al Nº 6842, en la comuna de Peñalolén y se encontraba descargando mercadería, con la finalidad de efectuar una entrega de productos Nestlé en el local comercial ubicado en dicha dirección, momentos en los cuales lo abordan dos sujetos, uno de los cuales, el acusado RUBÉN HUMBERTO ORELLANA MONTES, premunido de un arma de fuego, la pone a la altura de la cabeza de la víctima, le solicita la entrega del dinero que éste portaba, sustrayéndole $50.000 en dinero efectivo, el teléfono celular, el segundo sujeto, del cual se desconocen mayores antecedentes, efectuaba labores vigilancia a objeto de alertar la llegada de la policía y además sustrajo desde el interior del camión dos cajas de chocolate marca Sahne-nuss, 6 display de chocolate súper ocho y dos cajas de galletas, para acto seguido darse a la fuga del lugar de los hechos.

Hecho Nº 6:

El día 27 de Octubre del 2005, aproximadamente a las 16:45 hrs. en circunstancias de que la víctima CARLOS ENRIQUE JARA FERNÁNDEZ, se encontraba trabajando en su camión repartidor de bebidas de la empresa Coca-Cola, específicamente se encontraba efectuando una entrega de bebidas en el local comercial ubicado en calle Diego Rojas Nº 961, en la comuna de Peñalolén, mientras la víctima se encontraba al interior de la cabina del camión, es abordado por los tres acusados RUBÉN HUMBERTO ORELLANA MONTES, MANUEL ALEJANDRO MALDONADO GUERRERO y JOSÉ LUIS BANDA CAVIERES, para tales efectos uno de ellos premunido con arma de fuego lo intimida, otro sustrajo las bolsas contenedoras de dinero, las que se encontraban a un costado de la caja de fondo y al frente del camión se ubicó otro, con la finalidad de efectuar labores de vigilancia y alertar la llegada de la policía, posteriormente y una vez sustraídas las especies, los tres se juntan y se dan a la fuga del lugar de los hechos con las bolsas de dinero, las cuales contienen un total de $100.000 en monedas".

Los hechos precedentes fueron ***calificados jurídicamente por el acusador*** *como "constitutivos de un concurso real de delitos de robo con intimidación, ilícito descrito y sancionado en el artículo 436 inciso 1º, en relación con lo dispuesto en los artículos 432, 433 inciso 1º y 439 del Código Penal, en grado de ejecución consumado, perpetrado, respectivamente"*

En cuanto al **grado de desarrollo** de los ilícitos se señaló en la acusación:

"Hecho 1

A juicio del Ministerio Público, el hecho se encuentra en un grado de desarrollo de frustrado, sancionado como consumado en conformidad a lo dispuesto por el artículo 450 del Código Penal.

Hecho 2

A juicio del Ministerio Público, el hecho se encuentra en un grado de desarrollo de consumado.

Hecho 3

A juicio del Ministerio Público, el hecho se encuentra en un grado de desarrollo de consumado."

Tratándose de la **participación** de los acusados señaló que "*les ha correspondido participación en el concurso real de delitos que se les imputa en calidad de autores en los términos señalados por el artículo 15 Nº 1 del Código Penal, toda vez que han tomado parte en la ejecución del hecho de una manera inmediata y directa. Específicamente, en los hechos N° 1, 2, 3, 4 Y 6 participan en calidad de autores los tres imputados ya individualizados y en el hecho N° 5 sólo participa en calidad de autor el imputado ORELLANA MONTES*".

Respecto de circunstancias modificatorias de responsabilidad expuso que concurrirían las siguientes:

"***Respecto del acusado ORELLANA MONTES.***

A.1.- Concurre la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es la irreprochable conducta anterior del delincuente.

B.- Concurre la agravante del artículo 456 BIS N° 3 del Código Penal, esto es "ser dos o más los malhechores ".

Respecto del acusado BANDA CAVIERES.

A.1.- Concurre la atenuante del artículo 72 inciso 1° del Código Penal, esto es por tratarse de un menor declarado con discernimiento.

A.2.- Concurre la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es la irreprochable conducta anterior del delincuente.

B.- Concurre la agravante del artículo 456 BIS N° 3 del Código Penal, esto es "ser dos o más los malhechores".

Respecto del acusado MALDONADO GUERRERO.

A.1.-Concurre la atenuante del artículo 72 inciso 1° del Código Penal, esto es por tratarse de un menor declarado con discernimiento.

A.2.- Concurre la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es la irreprochable conducta anterior del delincuente.

B.- Concurre la agravante del artículo 456 BIS N° 3 del Código Penal, esto es "ser dos o más los malhechores".

Concluye la acusación requiriendo **se condene** a **RUBÉN HUMERTO ORELLANA MONTES** a **15 años y un día de presidio mayor en su grado máximo** y accesorias previstas en el artículo 28 del Código Penal, esto es la inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y a **JOSÉ LUIS BANDA CAVIERES** y **MANUEL ALEJANDRO MALDONADO GUERRERO**, a **sendas penas de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio** y accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, más el pago de las costas en cada caso.

SEGUNDO: Que, luego de haberse hecho lectura de la acusación, y al tenor del artículo 325 del Código Procesal Penal, se ofreció la palabra a los intervinientes quienes sucesivamente expusieron:

a) **el fiscal del ministerio público**: que presentaría en el juicio pruebas testimonial y documental para acreditar los delitos de robo con intimidación en concurso real, haciendo presente que la detención de los acusados no fue por delito flagrante sino que producto de orden de detención judicial y ello a raíz de que se advertía un mismo modus operandi, despachándose por ello una orden de investigar

que arrojó sospechas sobre los acusados. Señaló que las víctimas habrían reconocido a los acusados. Indicó que las especies ni armas empleadas fueron recuperadas, sin perjuicio de los dichos de las víctimas;

b) **la defensa letrada de Orellana**, que el ministerio público contaba principalmente con los reconocimientos fotográficos practicados a partir de 100 fotos, aproximadamente, empero practicado después de 40 días de ocurridos los hechos, circunstancia a partir de la cual expresó correspondería exigir un estándar más alto, ello especialmente a partir del resultado que arrojara un estudio sobre la materia efectuado en Estados Unidos de Norteamérica, universidad de Indiana, en que se concluyó que en 200 casos investigados más del 60% de los reconocimientos habían sido mal hechos. Por ello, en el presente juicio los reconocimientos no deberán dejar dudas. Adelantó que desvirtuaría la concurrencia de la agravante del artículo 456 bis N° 3 y que intentaría configurar atenuante(s) en favor de su cliente; y

c) **la defensa letrada de los menores Banda y Maldonado**, quien señaló que salvo ocurriera algo imprevisto sus representados probablemente resultarían condenados en el juicio, aunque esperando no lo fuera por todos los delitos. Atendida la condición de menores de edad de sus representados solicitó se diera aplicación a la Ley 20.084, especialmente a los artículos 21, 22 y 23 de la misma, al artículo 18 del Código Penal, y especialmente 3° y 37 letra e) de la Convención sobre Derechos del Niño, en cuanto estatuyen que la medida privativa de libertad ha de ser utilizada como último recurso y que tratándose de menores siempre se habrá de tender o buscar su reinserción social. Por ello, y desde el punto de vista de la idoneidad de la pena, solicitó se tuvieran en vista, comparativamente, la reacción penal anterior y la actual.

TERCERO: Que, previa advertencia de su derecho a guardar silencio y en la precisa oportunidad que prevé el artículo 326 del citado Código Procesal, se ofreció la palabra a los acusados quienes libre, voluntaria e informadamente decidieron renunciar el señalado derecho y prestar declaración, señalando lo siguiente:

a) RUBÉN HUMBERTO ORELLANA MONTES, quien exhortado a decir verdad manifestó que en el **cuarto robo** participó él, intimidando con la pistola al chofer; lo vio cuando se iba a subir al auto y lo intimidó con la pistola y le llevó la plata y las cosas que tenía. En el **quinto robo** también participó, pero no fue él quien lo intimidó sino que Banda Caviares; él lo esperaba en la esquina esperando que no viniera la policía. En **delito sexto** participó sólo, lo intimidó con un arma de fuego, sin agredirlo.

Interrogado por la fiscalía señaló haber sido detenido el 18 de noviembre de 2005 producto de una orden de arresto por robo con intimidación. Respecto del **cuarto robo** refirió que intimidó con un arma de fuego al chofer, que andaba acompañado con alguien más quien "no está aquí"; sustrajeron dinero pero no sabe cuánto; también sustrajeron especies las que tampoco recuerda. El hecho fue en la comuna de Peñalolén, no recuerda la fecha pero sí que fue en el mes de septiembre de 2005. El dinero lo ocupó para comprar cosas, para comer. Respecto del **quinto robo** señaló que fue a un camión de la empresa Nestlé, que él intimidó al chofer con arma de fuego, sustrajo plata, sin recordar cuánta, ni tampoco que otras especies. El dinero lo ocupó para comprar y para droga. Ocurrió en la comuna de Peñalolén sin recordar la calle; luego de ello corrieron hacia la Toma de Peñalolén. Respecto del **sexto robo** indicó fue a un camión de la empresa Coca Cola; él esperó en la esquina que no viniera la policía; que fue Banda Caviares quien intimidó al chofer; no recuerda que especies sustrajeron pero si "puras monedas", como $100.000; no recuerda haya participado alguien más en el hecho; utilizó el dinero para comprar cosas para comer y droga; también se dio a la fuga hacia la Toma de Peñalolén, no participó del botín, huyó con

Banda Caviares; conoce a Banda hace unos tres años y a Maldonado hace un año, este último vivía en la referida Toma.

Contrainterrogado por la defensa de Orellana agregó que nunca hirió a ninguna de las víctimas.

Contrainterrogado por su defensa manifestó que Banda Cavieres sólo participó en el delito al camión de Coca Cola, en tanto que Maldonado no participó con él en los otros delitos;

b) Declaración de JOSÉ LUIS BANDA CAVIARES, quien exhortado a decir verdad indicó que **participó con Orellana en el robo al camión de la Coca Cola**; intimidó al conductor con un arma a fogueo y le sustrajeron dinero en monedas, llevándose como $100.000 en monedas; luego se dieron a la fuga hacia la Toma de Peñalolén para comprar cosas para comer y droga. Señaló que también **participó en el robo a un camión de "gansitos" de Ideal, con el Manuel Maldonado** y con otro que se llama Jonathan; él se quedó mirando en la esquina mientras el Jonathan asaltaba al chofer, llevándose una suma de $300.000

Interrogado por el ministerio público señaló que fue detenido el 18 de marzo del 2006 por un porte ilegal de arma. Indicó que al **asaltar el camión de Coca Cola** le colocó el arma en el pecho al conductor, quien estaba en "el lado donde manejan"; las monedas estaban debajo del asiento y que fue él quien las sacó. Luego huyeron hacia la Toma; **Orellana vigilaba;** los peonetas del camión los siguieron -a él y a Rubén- sin darles alcance. Respecto del **asalto al camión Ideal** refirió que fue en el mes de septiembre de 2005, **participó Manuel Maldonado**, no sabe lo que hizo éste porque él vigilaba que no vinieran los carabineros; Jonathan fue quien intimidó al chofer con una pistola a fogueo que tenía; le robaron $300.000 y nada más; por su apellido lo apodan "Banda". Niega participación en los otros hechos.

Contrainterrogado por su defensa manifestó que lleva 15 meses presos, estuvo en tiempo Joven y ahora en la cárcel de Puente Alto. **En el asalto al camión de Ideal** participó Jonathan, siendo su apellido Godoy, a quien le dicen "ácido" y vive en la Toma de Peñalolén, en la calle 8 de la Toma; su participación entre los tres fue que se quedó mirando en la esquina por si venían los carabineros; se quedó como a 10 ó 5 metros del camión; la calle era Diego Rojas; el "ácido" intimidaba al chofer con una pistola; no vio lo que hizo el Manuel en ese momento; se llevaron $300.000.- y una billetera con la licencia del caballero y unos cheques; dinero lo usaron en comprar cosas para comer y droga; dinero lo repartieron en partes iguales; hay otros menores en la Toma de Peñalolén que han participado en asalto a repartidores, "El Chino", quien tiene alrededor de 16 años, "El Mafla" y "El Chinche".

Contrainterrogado por la defensa de Orellana indicó respecto del **delito al camión Coca Cola** fue antes de fiestas patrias, en la calle Diego Rojas **y participó con Rubén Orellana**; intimidó al chofer con una pistola a fogueo que compró en la feria, se la puso en el pecho y le dijo que le pasara la plata. Se llevaron $100.000 en monedas, eran dos bolsas, el dinero lo ocuparon en comprar cosas para comer y droga; y

c) Declaración de MANUEL ALEJANDRO MALDONADO GUERRERO, manifestó que **actuó en un solo delito,** el segundo hecho (le parece), **en el del camión Ideal con el Banda Caviares y el Jonathan.**

Interrogado por la fiscalía indicó que 18 de noviembre fue detenido por robo con intimidación. En el hecho dos vio que Jonathan tenía asaltado al conductor se tiró a registrar el camión, ingresó por el lado del piloto y registró la guantera, sacó dinero de una chaqueta, eran mucho pero no sabe cuánto y les dijo a los otros que se fueran porque tenía el dinero. **Banda estaba en la esquina, como cinco metros más allá vigilando que no viniera la policía**. Emplearon un arma a fogueo que tenía el Jonathan. El asalto fue

en la calle Diego Rojas y arrancaron hacia la Toma de Peñalolén. El dinero lo gastaron en droga y cosas. Conoce a Orellana y Banda hace como un año. **Le dicen "Guagua".**

Contrainterrogado por su defensa agregó que lleva preso 18 meses y estuvo preso en Tiempo Joven y ahora está en Puente Alto. Iba al Colegio cursando 8°.

CUARTO: Que, a continuación **se rindió la prueba** ofrecida consignada en el auto de apertura, la que consistió en:

a) dichos de ELBIO DANIEL GONZÁLEZ SOZA (quien por haber hecho reserva de su domicilio decretó el tribunal la prohibición del artículo 307 inciso final, del Código Procesal Penal), previo juramento indicó que en el mes de septiembre del 2005 trabajaba en la empresa Everscrip, en autoventas, le tocaba repartir mercaderías a los negocios; el día 9 de septiembre de 2005, estaba en la comuna de Peñalolén, en la calle Coralillo, atendiendo a un cliente al cual ya había hecho entrega de la mercadería, y que al subir al vehículo fue sorprendido por 3 individuos quienes a viva fuerza y bajo amenaza lo asaltan. Precisó que el hecho fue al medio día, a eso de las 13 ó 14 horas, sin recordarlo exactamente pero insistiendo que fue a eso del "medio día". Señaló que en los momentos en que se disponía a hacer ingresó al vehículo por la puerta del chofer, desde un parque que esta al costado, salen los sujetos y lo interceptan, hubo forcejeo, dos de ellos lo toman e inmovilizan y un tercero le pone un cuchillo en el cuello; lo registraron y le sustrajeron el dinero que tenía en el bolsillo izquierdo del pantalón, un equipo de trabajo que estaba a su lado derecho, el que utiliza para registrar sus ventas, y las llaves del camión. En todo minuto tuvo una cuchilla puesta en el cuello, donde le quedó una pequeña. Lo amenazaban con matarlo y también con cortarlo. El dueño del negocio, cuyo nombre no recuerda, se percató del asalto, salió con un arma e hizo dos disparos al aire y los sujetos se dieron a la fuga hacia calle Laura Rodríguez. No recuperó las especies aunque señaló haber caminado unos metros en la dirección en que huyeron los sujetos encontrando unas copias de facturas botadas las que recogió por serle de utilidad.

Carabineros lo contacto posteriormente y le mostraron un set de fotografías de diferentes individuos y reconoce a las personas. **Reconoció en la audiencia a los tres a acusados como partícipes, están igual que en esta oportunidad. No obstante pasado el tiempo señala que puede reconocerlos plenamente**.

Contra interrogado por la defensa de Banda y Maldonado indicó que no recordó el día exacto de los hechos, los primeros días de septiembre. Indicó que los acusados Orellana y Maldonado lo tomaron y lo registraron y Banda fue el que le puso la cuchilla en el cuello. Indicó que se le exhibieron unas 50 fotografías, el reconocimiento fue el mismo día del asalto, en el lugar de los hechos hasta donde llegó la comisión civil, eran dos personas, un hombre y una mujer, con un set fotográfico, un "book", y en ese mismo momento reconoció a los responsables.

Se le hizo leer parte de una declaración suya a fin de evidenciar contradicción, señalando a continuación que se le exhibió un set fotográfico de cien personas en un sistema de computación, aclarando que esa diligencia se efectuó en su lugar de trabajo y que fue posterior a la diligencia referida anteriormente. Indicó que vio fotos en el lugar de los hechos y luego en su lugar de trabajo le exhibieron nuevamente fotografías.

Contrainterrogado por la defensa de Orellana, reiteró que en el segundo reconocimiento sólo eran tres fotografías, en dicha diligencia estaba sólo la imagen de las personas; reiteró que los dos primeros (Orellana y Banda) lo sujetan y el tercero (Maldonado) le puso la cuchilla en el cuello.

Aclaró al Tribunal que la primera exhibición, en el negocio, fue de 50 fotos; luego, en la segunda exhibición en su lugar

de trabajo fue con posterioridad a los hechos, unos 20 a 30 días después y se le mostraron 3 fotografías; fue para ratificar la anterior;

b) dichos de NELSON RENÉ BELMAR ANTILEO, (quien por haber hecho reserva de su domicilio decretó el tribunal la prohibición del artículo 307 inciso final, del Código Procesal Penal), previa promesa de decir verdad manifestó que el día 9 de septiembre de 2005 se encontraba trabajando en un taller mecánico, llegó al negocio de su señora y había tres personas que estaban intimidando al conductor de un camión Evercrisp. Uno lo miró como para que no se metiera. Fue a buscar un arma de fuego que tiene inscrita y les grita que lo suelten; dos de los individuos lo mantenían sujeto al chofer y el otro lo registraba. El hecho fue como a la una y media dos de la tarde, en la comuna de Peñalolén; dos de los sujetos huyeron hacia el sur y el otro hacia la cordillera, al oriente; conversó con el chofer del camión y le dijo que lo habían asaltado. Sólo pudo ver mejor a uno de los sujetos **reconociendo en la audiencia** *al de mezclilla azul*, **que corresponde al acusado Orellana Montes,** precisando que le parece era el que estaba trajinando al afectado. Carabineros le mostró un set fotográfico identificando allí al mismo sujeto que acaba de reconocer en la audiencia.

Interrogado por la defensa de Orellana agregó que presenció el hecho menos de un minuto. No vio si alguno portaba arma. No puede dar características de los sujetos, salvo que eran jóvenes de aspecto. El reconocimiento fotográfico se hizo en la misma casa donde ocurrieron los hechos, hasta allí llegó carabineros con un set y le pregunto si reconocía a alguna de las personas, era un álbum; recuerda haber prestado declaración ante la policía o fiscalía el mismo día, "al tiro", en el transcurso del día, sin recordar haber firmado alguna; no recuerda haber ido a prestar declaración a la comisaría de Peñalolén. Para refrescar memoria leyó datos de declaraciones prestadas ante Carabineros de Chile y ante el Ministerio Público. Indicó que el mismo día se le mostró las fotos pero luego, en una fecha posterior el mismo carabinero que andaba con el set fue de nuevo a la casa en fecha que no recuerda, le exhibieron otras.

Aclaró al tribunal que la persona que recordaba del día de los hechos viste al momento de la audiencia de mezclilla azul, siendo dicha persona requerida para que señale su nombre **indicó llamarse Rubén Orellana Montes;**

c) dichos de DOMINGO FLAVIO PINO MÁRQUEZ (quien por haber hecho reserva de su domicilio decretó el tribunal la prohibición del artículo 307 inciso final, del Código Procesal Penal) previa promesa de decir verdad refirió que en el mes de septiembre de 2005 trabajaba en un camión repartidor de pollos Ariztía. El día 1° de septiembre estaba repartiendo productos en la comuna de Peñalolén, en calle Lago O'higgins se bajó a un almacén (de don Juan y la Sra. Carmen) a ofrecer los productos y al regresar al camión en busca de mercadería, salen dos muchachos lo toman de la espalda, le colocan dos pistolas con bala pasada y a punta de garabatos le piden plata (dinero). Ocurrió como a las 15:00 horas, le decía "pasa la plata concha tu madre, dónde tenís la plata". Le quitaron el banano con sus documentos, chequeras, tarjetas de tienda, $40.000 en efectivo que era producto de las ventas y el celular. Eran tres, el más chico se quedó con él apuntándolo y le decía "si te mueves te mato concha tu madre". Los otros se fueron a asaltar al peoneta Carlos Muñoz, que estaba en la cabina del camión. Luego de unos minutos salieron todos arrancando hacia la Toma de Peñalolén. No recuperó sus especies, y le sustrajeron un celular, un banano con documentos (chequera, tarjeta de crédito, $40.000). Tomó contacto con carabineros a quienes llamó desde el almacén, llegaron prontamente y le exhibieron fotos de un computador, fueron unas 100. Identificó de inmediato a los tres sujetos pues fue algo que lo marcó para toda la vida siendo difícil que se le olvide. **Reconoció en la audiencia a los tres acusados como partícipes, indicando**

que Orellana Montes lo tomó por la espalda junto con Banda Caviares; y Maldonado Guerrero fue el más chico que se quedó apuntándolo, a quien le tiritaba la mano.

Contrainterrogado por la defensa de Orellana señaló que fue a la comisaría de Peñalolén para efectuar el reconocimiento fotográfico, declaró ante carabineros y en la fiscalía, declarando en ambas oportunidades lo mismo porque es difícil que se le olvide lo sucedido. Refrescada la memoria del testigo a partir de la lectura que se le autorizó hacer de una declaración prestada durante la investigación, señaló al tribunal que en fiscalía dijo que el sujeto que se quedó cuidándolo era un niño de 8 ó 10 años. Finalmente, que al ser abordado por los sujetos se encontraba en la mitad del trayecto del negocio y el camión.

Contrainterrogado por la defensa de los menores agregó que en el momento de los hechos vio al imputado Maldonado como con cara de niño. El reconocimiento fue mediante un computador en el cual comenzaron a pasar unas 100 fotografías, lo que tomó unos 45 minutos;

d) dichos de CARLOS ANDRÉS MUÑOZ MOLINA (quien por haber hecho reserva de su domicilio decretó el tribunal la prohibición del artículo 307 inciso final, del Código Procesal Penal) previo juramento expuso que en el mes de septiembre del año 2005 trabajaba en un camión de Ariztía como peoneta. El día 1 de septiembre del 2005 estaban en calle Lago O'higgins entregando mercadería en un negocio y unos sujetos asaltaron el camión. Estaba trabajando con el dueño del camión, Domingo Pino. Aquél salió del negocio y tres sujetos lo apuntaron con pistola y le sustrajeron el celular, la chequera, las tarjetas de créditos, uno se quedó con él y los otros dos fueron al camión donde estaba él, querían el dinero pero no andaba trayendo, sólo habían monedas. Lo apuntaron con pistola. Los sujetos abrieron la puerta y se quedaron abajo. A él le dijeron que entregara la plata y a Pino "entrega el celular viejo culiao". No subieron al camión. Luego se fueron hacia "La Toma". Por los espejos retrovisores del vehículo vio a los sujetos, estaba cerca, al lado del camión. El hecho fue como a las tres y media de la tarde (15:30 horas), había luz de día. **Reconoció en la audiencia a los acusados como participes en el hecho, sindicó a Orellana y Banda como los sujetos que se dirigieron a él y a Maldonado como el que se quedó con el dueño del camión.** Señaló que portaban armas, 9 mm y un revólver, los tres sujetos. Cree que no se recuperaron especies. Carabineros le exhibió fotografías en su casa, se las mostró en un computador eran como 100, no tuvo dudas cuando identificó a los individuos.

Contrainterrogado por la defensa de Orellana agregó que el estaba sentado al lado del chofer, viendo a los sujetos por los retrovisores, vio las armas cuando le apuntaron a él, no se percató cuando abordaron a su compañero. Reconoció en el set fotográfico a tres personas que estaban en forma seguida.

Contrainterrogado por al defensa de Banda y Maldonado refirió no recordar el día que fue carabineros para el reconocimiento; la diligencia demoró como 20 minutos, fue rápido; al que inmovilizó a Domingo Pino lo vio por el espejo retrovisor del costado del camión.

En interrogatorio posterior de la fiscalía (artículo 329 del Código Procesal Penal) señaló no tener duda de que los acusados son los que participaron en el hecho.

Aclarando al Tribunal manifestó que vio los hechos respecto de Pino a unos dos metros del camión, cerca. Vio las armas desde el momento en que los sujetos abordan a Pino y lo asaltan;

e) dichos de GONZALO ALEJANDRO ROJAS CERÓN (quien por haber hecho reserva de su domicilio decretó el tribunal la prohibición del artículo 307 inciso final, del Código Procesal Penal) previo juramento señaló que en octubre de 2005 repartía productos para la empresa Nestlé

en la comuna de Peñalolén, era chofer. El día 5 de octubre de 2005 siendo la una diez o una quince de la tarde (13:10 a 13,15 horas) aproximadamente, fue a repartir a un negocio en calle Laura Rodríguez con Actino a unos 50 metros de la esquina. Se subió a la parte de atrás a preparar la mercadería, aparecieron dos tipos con armas de fuego, uno se subió al camión. Le apuntó en la cabeza con la pistola y le dijo "chancho conche tu madre entrega todo". Le sustrajeron como $51.000 producto de la recaudación de los productos que repartía. **Reconoció en la audiencia al acusado Orellana Montes como el sujeto que lo apuntó**. La señora del negocio se acercó a buscar a su niñita que estaba en medio de lo que pasaba. El celular lo mantenía en la cartera de la camisa la que le rajaron para quitárselo. Sacaron productos que estaban a la mano, no conformándose con el poco dinero, luego se dieron a la fuga hacia Tobalaba, con calle Laura Rodríguez, por calle 23 hacia adentro. Denunció de inmediato el hecho a carabineros quienes le exhibieron unas 100 fotografías en un computador e identificó a los sujetos.

Contrainterrogado por la defensa de Orellana manifestó que el reconocimiento fotográfico se realizó en un negocio donde estaba trabajando porque primero lo llamaron y el no pudo ir a la unidad; la exhibición duró aproximadamente media hora, veinte (20) minutos.

Contrainterrogado por la defensa de Banda y Maldonado indicó que lo asaltaron dos personas; **el que andaba con Orellana Montes es el sujeto que está en la audiencia de rojo, que corresponde a Banda Caviares.** En la diligencia sólo reconoció a uno de los individuos, al de mezclilla, al cual reconoció al tiro, al otro demoró un poco; reconocimiento tuvo lugar 20 días después; en la penitenciaría los reconoció un año después, reconociendo a los dos que andaban;

f) dichos de ARIANA ODETTE BINDIS ACUÑA (quien por haber hecho reserva de su domicilio decretó el tribunal la prohibición del artículo 307 inciso final, del Código Procesal Penal), previo juramento señaló que con fecha 5 de octubre de 2005 atendía un negocio de abarrotes, llegó el señor que distribuye, siguió atendiendo a la gente. Vio al costado del camión a una persona, pensó que era un peoneta. El señor demoraba mucho en llevar la mercadería y el camión se movía mucho, como si hubiera una pelea, salió a recoger a su hija y se percató que lo estaban asaltando. Luego la persona entró al negocio a pedir ayuda y se llamó a carabineros, lo que hizo su padre con quien estaba. El hecho ocurrió como a las 13:00 horas. El hecho le ocurrió a una persona de nombre Gonzalo y se trataba de un camión Nestlé. Los individuos corrieron hacia el oriente. Supo que sustrajeron el celular, dinero y mercadería. Vio al sujeto que participó en el hecho, **sindicando en la audiencia al acusado Orellana Montes.** Carabineros concurrió a su domicilio, le mostraron varias fotografías en un computador e identificó al mismo sujeto que señaló en la audiencia; no recuerda cuantas fotos le mostraron; fotos estaban en un computador.

Contrainterrogado por la defensa de Orellana agregó que el camión estaba a unos tres metros desde el mostrador, ella atendía detrás de él. Después que retiró a su hija el camión siguió moviéndose, vio a la persona antes que entrara al camión, o sea, lo vio antes. Cuando entró al negocio el Sr. Gonzalo ya no había gente en el negocio; quedó pasmada ante la solicitud de ayuda y relato de lo ocurrido; se le exhibieron unas 100 fotografías, y la diligencia duró como una hora. Indicó que en la diligencia reconoció a un sujeto pero el día de los hechos vio a dos;

g) dichos de JUAN SEBASTIÁN MATUS ALARCÓN (quien por haber hecho reserva de su domicilio decretó el tribunal la prohibición del artículo 307 inciso final, del Código Procesal Penal) previo juramento indicó que en septiembre de 2005, en el sector de Peñalolén, era repartidor de mercadería: pan, dulces y confites Ideal. Señaló que llegó al local de unas clientas, se estacionó y cuando va

a bajar la mercadería ve a tres sujetos, cierra el portalón y es intimidado con un arma de fuego y una cortaplumas, le pidieron el dinero y sus especies. Le colocaron en el costado derecho a la altura de las costillas el arma de fuego y al otro costado un cuchillo. El menor se metió a la cabina y sacó todo lo que encontró, dinero, la suma de 140.000, su billetera con sus documentos, las llaves del camión, otro le sacó lo que tenía en sus bolsillos. Fue como a las 14:50 horas. Luego se dieron a la fuga, le llevaron las llaves, huyeron por un pasaje frente a la clienta; El hecho ocurrió en Diego Rojas; no recuperó las especies. **Reconoció en la audiencia a los acusados como partícipes del delito: al joven moreno de jeans y casaca azul (Orellana) lo sindicó como quién tenía la pistola al costado izquierdo; el menor con casaca café clara y rayas (Banda) fue el que se metió a la cabina y sacó todo lo que tenía; y el de rojo (Maldonado) el que le tenía puesta la cuchilla.**

Consultado respecto de qué le ocurrió con posterioridad a los hechos precedentes, concretamente el 8 de septiembre del mismo año, refirió que en calle Ictinos con Laura Rodríguez, después de atender a un cliente de nombre Alejandro Jorquera, cuando se retiraba y al momento de subir, el tipo de azul (Orellana Montes) lo intimidó nuevamente con un arma de fuego en tanto que otro tipo se sube y le saca la casaca, un computador y la impresora que llevaba en el vehículo, en la cabina, y que contiene el programa de ventas; este sujeto andaba en bicicleta y se llevó las especies. El sujeto que lo amenazaba con el arma de fuego lo hacía a distancia; señaló que andaba también otra persona, el de rojo mirando -Maldonado- estaba mirando porque una calle más allá estaba el retén móvil; asimismo estaba también el chico de casaca café -Banda- mirando como sucedía el asalto. Luego de la sustracción huyen los tres juntos aunque en distintas direcciones (uno por Actino y dos por Laura Rodríguez). Le robaron el programa de ventas evaluado en $500.000, la impresora y la casaca. El hecho fue como a las 16:00 horas. No recuperó sus especies. **Reconoció en la audiencia al acusado Maldonado como el que observaba todo lo que pasaba y a Banda como el que sacó las especies del vehículo.** Se le exhibió un set fotográfico de sospechosos de los hechos con motivo de otro asalto a un colega del sector, oportunidad en que identificaron a Orellana, reconociéndolo sin dudas. Posteriormente le exhibieron fotografías de un computador. De Orellana le exhibieron 3 ó 4 fotografías. **Reitera que Orellana era el que llevaba el arma, el segundo sujeto era el que observaba (Banda) y el de rojo fue el que sacó las especies del vehículo.**

Indicó que además fue a la cárcel a efectuar una diligencia en que reconoció a los acusados.

Contrainterrogado por la defensa de Banda y Maldonado, examinado sobre el hecho de 8 de septiembre, prestó declaración ante la policía, indicó que la policía le mostró dos fotos cuando asaltaron a Elbio, en el parque uno, sintieron un balazo y fueron hasta allá, el señor les mostró unas fotos junto a Elbio y ahí lo reconocieron, ello ocurrió unas dos semanas después del hecho, la exhibición duró unos 20 a 30 minutos; ese día le exhibieron sólo dos fotos, en la comisaría le mostraron cuatro fotos por computador. Señaló que cuando declaró en la policía le comentó de las otras dos personas.

Contrainterrogado por la defensa de Orellana precisó que el día del asalto a Elbio él se encontraba con un cliente más allá y sintió el disparo. Llegaron carabineros y le mostró el set fotográfico porque él les manifestó a los funcionarios que él también había sido asaltado, le exhibieron dos fotos de Orellana. También le mostraron 4 fotos de Orellana en carabineros; en las fotos aparecía el nombre de aquél. Le mostraron otras fotografías con nombres donde estaban los otros dos acusados. Esto es antes del reconocimiento en Investigaciones con más fotografías. No recordó si la exhibición en investigaciones

es antes o después del reconocimiento en carabineros.

Consultado por la fiscalía al tenor del artículo 329 del Código Procesal Penal, señaló haber ido a la cárcel don de reconoció a los sujetos que lo asaltaron encontrándose presente el abogado defensor.

Asimismo, interrogado por la defensa de los menores Banda y Maldonado indicó que en la cárcel se hizo el reconocimiento con 10 a 12 personas;

h) dichos de SANDRA CECILIA RAMOS OBREGÓN (quien por haber hecho reserva de su domicilio decretó el tribunal la prohibición del artículo 307 inciso final, del Código Procesal Penal) previo juramento preguntada sobre el hecho ocurrido el 2 de septiembre de 2005, señaló que cuando el vendedor se dirige a su furgón estaba rodeado por tres individuos, el menor le sacaba pertenencias de la parte de adelante del vehículo. Llamó a seguridad ciudadana. Entró el vendedor y le dice que lo habían asaltado, que le habían llevado la plata que tenía en la parca, su celular y las llaves del auto. El hecho fue como 14:50 horas en la comuna de Peñalolén. Vio a los sujetos de espalda, no vio armas. Solo pudo apreciar que dos eran del mismo porte y uno era más joven a quién le vio la cara. En ese entonces los reconoció en unas fotografías. Requerida sobre el reconocimiento del joven a quién le vio la cara señaló que los hechos ocurrieron hace años y se trataba de un menor.

Contra interrogado por la defensa de Orellana agregó que siempre estuvo dentro del negocio, estaba detrás del mostrador y hay tres metros a la entrada del negocio y al lugar donde estaba el vehículo 5 metros.

Preguntado por el reconocimiento fotográfico señaló que sólo reconoció al menor. El hecho duró unos 10 minutos. En un computador se le mostró las fotos en su negocio. Eran tres fotos.

Leyó parte de su declaración en carabineros, para evidenciar contradicción, donde señaló que se le habían exhibido 100 fotografías, reiterando que se les mostraron 3 fotografías;

i) dichos de CARLOS ENRIQUE JARA FERNÁNDEZ (quien por haber hecho reserva de su domicilio decretó el tribunal la prohibición del artículo 307 inciso final, del Código Procesal Penal) previa promesa señaló que en octubre de 2005 se desempeñaba como conductor de un camión para la empresa Alba, repartiendo bebidas Coca-Cola. Indicó que el 27 de octubre de 2005 se encontraba estacionado en un sitio cuando llegaron 3 personas y le apuntaron en la pierna exigiéndole la plata, que entregara el dinero; ello ocurrió en calle Diego Rojas de la comuna de Peñalolén, eran entre las tres y cuatro de la tarde (15:00 horas a 16:00 horas). Se encontraba con unos ayudantes quienes estaban arreglando envases, recordando sólo el nombre de uno de ellos, el Sr. Carrillo. Señaló que al momento de los hechos se encontraba sentado en la cabina del vehículo ordenando unos papeles o documentos cuando en eso aparecieron los sujetos, abrieron la puerta y le apuntaron con un revólver y le apuntaron a la pierna. El dinero que le pedían no lo tenía porque estaba en la caja fuerte y solo tenía en el piso una bolsa con monedas, como $120.000 a $130.000; esa bolsa la sacó uno de los sujetos, distinto del que le apuntó; el tercero sujeto observaba vigilando lo que ocurría alrededor de ellos. Luego arrancaron los tres sujetos por un pasaje cercano a donde estaba estacionado. Después de ello avisó a los ayudantes, siendo Carrillo quien los siguió por donde arrancaban, hacia Tobalaba, hacia un campamento, sin resultados. El dinero sustraído era producto de las ventas de bebidas, el cual no se recuperó. El hecho se denunció a Carabineros, los que llegaron enseguida. Consultado si podría reconocer a los sujetos que lo asaltaron manifestó que si, **reconociendo a los acusados: indicó primeramente al que viste de blue jeans (Orellana) como el que sacó las monedas, para posteriormente indicar que era él quien**

lo apuntaba; el más rubio, quien viste de rojo en la audiencia (Banda) era el que observaba; y el otro (Maldonado) fue el que sacó la bolsa con monedas. Posteriormente, en un primer instante y con motivo de este hecho, carabineros le exhibió como 10 fotografías. También se le exhibieron en un computador otras 10 fotografías. Señaló que en dichos reconocimientos identificó a los mismos sujetos que están en la audiencia y que sobre ello no tuvo ninguna duda.

Contrainterrogado por la defensa de Orellana expresó que el camión era grande, de color rojo, sin acoplado, con un largo de aproximadamente 8 metros, sin contar la cabina, y con ésta unos 14 metros; señaló que estaba en el lado del chofer, escribiendo, mirando hacia abajo, y que fue en ese momento que le abren la puerta y divisó tres personas por la misma puerta, la ventana tiene unos 60 por 80, la persona que se le acerca primero le pone la pistola en la pierna, exigiendo el dinero, el moreno, en lo que insistió y reiteró: haber sido el moreno el que le apuntó. El que le sacó las monedas se metió por la misma puerta, sin ingresar a la cabina, entre medio de los dos, y sacó la bolsa, lo que fue rarísimo, como un minuto, menos; medio minuto; la bolsa la tenía al lado de la caja de seguridad a un costado, se veía. Se dio cuenta del sujeto por la tez trigueña del sujeto, como el sujeto que está sentado al medio que está en el medio -Maldonado-. Utilizaron dos armas, una en cada mano. Señaló que no obstante haberse puesto muy nervioso se percató había más gente, y consultado "respecto del otro joven que estaba en el lugar" indicó "estaba en el costado" del camión, "de la otra ventana"; señaló que mientras le apuntaban no miró hacia "el otro lado" y que fue después que los sujetos se fueron le avisó a los ayudantes, quienes estaban al costado del camión arreglando envases sin percatarse del asalto, hasta que él les avisó, persiguiéndolos uno de ellos; consultado acerca de la posibilidad que el otro joven hubiera estado comprando y acabara de salir del local respondió que no, porque andaban los tres juntos; el peoneta de apellido Carrillo fue quien los siguió sin saber si se metió o no a la toma porque él se quedó en el camión; las fotos del computador le fueron exhibidas una semana después, en otro lugar, en una granja aventura, exhibiéndole más de 10 fotografías pero menos de 100, diligencia que tomó un "buen rato", como una hora aproximadamente; le fueron exhibidas una por una, reconociendo a los tres, precisando que (luego de refrescar memoria) que las fotos estaban "seguidas"

Contrainterrogado por la defensa de los menores indicó que andaba con tres peonetas, cuyos nombres, salvo el de Carrillo no recuerda, porque los cambian sucesivamente, quienes no vieron nada; el Sr. Carrillo estaba a uno o dos metros del camión, al costado derecho de la cabina; los sujetos hicieron todo por el lado izquierdo de la cabina, sin ingresar a ésta; la persecución del Sr. Carrillo fue desde el lado derecho;

j) dichos de ROMÁN ALBERTO CARRILLO MORENO (quien por haber hecho reserva de su domicilio decretó el tribunal la prohibición del artículo 307 inciso final, del Código Procesal Penal), previo juramento manifestó que en el mes de octubre de 2005 se desempeñaba como peoneta en la empresa Alba, repartía bebidas a los negocios de Coca Cola con el conductor Carlos Jara. El día 27 de octubre de 2005 estaban entregando mercadería en calle Diego Rojas y el chofer se acercó en un momento a decirle que le habían robado, y vio a dos tipos corriendo y los siguió; había otro parado en una esquina quien le dijo que no los siguiera. Los sujetos atravesaron Tobalaba y se metieron a una casa en el campamento y ahí los perdió. Jara sólo le señaló que le habían robado dinero, unas monedas que estaban al costado del asiento en una bolsa, sin saber cuánto dinero era. Uno de los sujetos era alto rubio y el otro moreno. Había en el lugar también otros dos peonetas. Los sujetos que siguió manifestó encontrarse en la audiencia, **reconociendo a dos de los acusados en la audiencia, describiéndolos**

por sus vestimentas: al de amarillo y el de rojo fueron aquellos que persiguió, el del medio acompañaba al rubio, quien viste de rojo (Maldonado y Banda). Indicó que el rubio llevaba las monedas. Señaló que la persona que le dijo no siguiera a los sujetos no se encuentra en la audiencia; se hizo denuncia por robo; le exhibieron unas fotografías, tres fotos, en un computador, los que reconoció sin dudas; no tuvo dudas cuando los reconoció.

Contrainterrogado por la defensa de Orellana manifestó que no recuerda la fecha del hecho, hace como año y medio; no vio el asalto; describe el camión como de 15 a 16 metros de largo; él estaba tirando envases (desde el suelo hacia arriba); indicó que Jara le había dicho "me robaron" y que le habían puesto un "fierro", un revólver en la pierna; el morenito, en tanto el otro le decía que le entregara la plata; el ve los sujetos arrancando en la esquina, como a 20 metros de donde estaba el camión; consultado por los apellidos de los acusados respondió no saberlos; señaló que le fueron exhibidas 3 fotografías, reconociendo a los dos antes indicados.

Contrainterrogado por la defensa de los menores agregó que no leyó lo que firmó en carabineros pero que sí firmó;

k) dichos de ERWIN GIOVANNI CARMONA LETELIER, cabo segundo de carabineros, cédula identidad 12.321.144-8, nacido el 28 de septiembre de 1974, 34 años a la fecha, cabo segundo de carabineros, casado, domiciliado en Avda, Independencia 2223, quien previo juramento manifestó que en septiembre del 2005, cuando se desempeñaba en la SIP de Peñalolén, recibió una orden de investigar del fiscal Villarroel por unos robos con intimidación a camiones que ocurrieron en la comuna de Peñalolén. Debía entrevistarse a las víctimas y testigos de 6 asaltos a camiones repartidores, con el mismo modus operando, o sea, similares en la forma en que se llevaban a efecto, particularmente las víctimas eran abordadas por 3 sujetos: uno era el que vigilaba mientras dos abordaban a las víctimas quienes se desempeñaban como repartidores ofreciendo productos y recaudando dinero, hechos que ocurrían en horas de la tarde. Por ello se entrevistó a las víctimas quienes aportaban características físicas de los sujetos, se les exhibieron set fotográfico (contenido en un notebook como en otro tipo carpeta) que contiene unas 100 fotografías, además las mantenían impresas. El primero en ser reconocido fue Orellana Montes como el líder, quién impartía instrucciones durante el ilícito. Posteriormente reconocieron a un sujeto apodado "guagua" (de apellido Maldonado le parece) y por último a Banda Cavieres. El seto lo formaron con las fotos de las personas que habían sido anteriormente detenidas, entre ellas la de los acusados porque habían sido detenidos anteriormente. Las víctimas aseguraron reconocer a los tres en un 100%, sin dudas, aunque muy temerosos; si ellos hubiesen tenido dudas se informa al fiscal el grado de dudas y se estipula en el acta el porcentaje de reconocimiento por el testigo. Además se fijaron los lugares de ocurrencia de los hechos, se levantó un plano para ver que tan cerca ocurrían los hechos y el domicilio de Orellana Montes, una fotografía aérea de otro domicilio de Orellana Montes y del domicilio de Maldonado, ambos en el campamento Miguel Nazur. El modus operandi era que luego de intimidar e inmovilizarla y dos registrarlos, le sustraían las pertenencias que no eran muchas, dedicándose a buscar básicamente dinero. Siempre huían hacia el interior del campamento Miguel Nazur. Las víctimas indicaban que usaban pistola. Una víctima dijo que Maldonado utilizó un revolver. También usaban cuchillo. Se hizo empadronamiento de testigos y a los locatarios, también a unos peonetas. Se informó al fiscal que los reconocimientos habían sido positivos para sindicar a tres sujetos, Orellana, Banda y Maldonado. Las calles donde ocurrieron los hechos iban desde Avda. Grecia hacia el sector norte, en ese cuadrante; Grecia a Tobalaba, en el sector norte. Se **le exhibió mapa** que grafica el sector donde se verificaron los

hechos denunciados, mostrando el domicilio de Orellana Montes en el interior de la Toma Miguel Nazur y con unas estrellas rojas los lugares donde ocurrieron los hechos, lo que fue en unas10 cuadras a la redonda. Le correspondió diligenciar órdenes de detención de los acusados, verificándose la de Orellana y Maldonado a la salida del campamento Miguel Nazur; el último en caer detenido fue Banda, cree que en diciembre, sin recordar la fecha. Se efectuaron allanamientos a los domicilios sin resultados porque básicamente era dinero lo sustraído y las otras especies de fácil de reducir como los celulares. No se ubicaron las armas. Las personas que investigó e informó señaló se encontraban en la audiencia: **reconoció de casa roja Banda Caviares al medio, de chaqueta amarilla y de color café Maldonado; y finalmente el de casaca azúl Orellana.**

Contrainterrogado por la defensa de los menores indicó que los acusados estaban individualizados con las fotos 45, 46 y 47, que correspondía a Orellana, Banda y Caviares. Ello fue porque cuando son reconocidos se juntan las tres fotografías. Estima que la diligencia de reconocimiento se efectúa en un parámetro de media a una hora.

Contra examinado por la defensa de Orellana agregó que los hechos ocurrieron entre septiembre y octubre de 2005 y no recuerda el nombre de las víctimas salvo el Matus Alarcón, quien reconoció al acusado Orellana Montes;

l) dichos de LEONEL ISAAC JELDRES NAVARRO, sargento primero de carabineros, cédula identidad 9.978.975-1, nacido el 2 de marzo de 1965, 42 años de edad a la fecha, casado, quien bajo juramento señaló que a requerimiento de la fiscalía le correspondió sacar fotografías de los seis sitios del suceso donde ocurrieron los hechos; el primero en calle Lago O'Higgins al frente de un inmueble; calle Diego Rojas en la numeración 913; calle Laura Rodríguez donde ocurrieron dos hechos delictuales, uno en la intersección y otro a unos metros; local comercial en calle Coralillo, en el frontis se estacionó un camión Evercrips; frontis de la calle Diego Rojas N° 913; calle Diego Rojas N° 961, todos estos lugares de la comuna de Peñalolén. Se referían a sitios en que ocurrieron delitos de robo con intimidación a camiones que surtían a locales comerciales;

m) dichos de SERGIO FUENTES RUIZ, sargento primero de carabineros, domiciliado en Avda. Antonio Varas N° 1842, Providencia, cédula identidad 9.558.135-8, nacido en Traiguén el 20 de octubre de 1962, 44 años de edad a la fecha, quien bajo juramento manifestó que trabaja en planimetría forense en el laboratorio de carabineros, quien previa juramento y acerca de informe planimétrico del sector nororiente de Peñalolén expuso haber remitido seis anexos planimétricos. **Se le exhibieron los planos** realizados, indicando el primero corresponde a un delito ocurrido el 1° de septiembre, ubica un camión de la empresa Ariztía en calle Lago O'Higgins; el número dos ubica un camión de productos Ideal a la altura del 913 de calle Diego Rojas en el mismo sector alto de Peñalolén; el tercero es un camión de productos Ideal en Espinos con calle Laura Rodríguez; camión de la empresa Evercrips en calle Coralillo en el mismo sector de Peñalolén; un camión de productos Nestlé a la altura del 6800 en el mismo sector de Laura Rodríguez con Espino; y un vehículo de Coca Cola en calle Diego Rojas, en el sector nororiente de Peñalolén. El diámetro en que ocurren los hechos es un sector de dos kilómetros y en algunos casos es muy cerca, como los ocurridos en Diego Rojas, como asimismo los de calle Laura Rodríguez. Cerca del sector tiene entendido que había un campamento conocido como Miguel Nazur; y,

n) Se incorporó mediante lectura resumida certificado que consigna: Certifico que en la causa RIT 1382-2005, RUC 0500406409-9, seguida en contra de Manuel Alejandro Maldonado Guerrero, cédula de identidad 17.417.993-k, y de José Luis Banda Caviares, por el delito de robo con

intimidación, Maldonado Guerrero fue declarado con discernimiento con fecha 12 de diciembre de 2005 por resolución de la I. Corte de Apelaciones de Santiago y Banda Caviares fue declarado con discernimiento con fecha 25 de mayo del año 2006 por resolución dictada en audiencia de este tribunal. Ambas resoluciones se encuentran firmes y ejecutoriadas. Santiago, 21 de noviembre de 2006, timbre del Décimo Tercer Juzgado de Garantía, Jefe de Unidad de Causas y Sala, Rita Torres Estay, jefe de administración de causas y sala del Décimo Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, firma ilegible.

QUINTO: Que, terminada de rendirse la prueba se ofreció a los intervinientes la palabra a fin de que expusieran, previo a la clausura, sus últimas alegaciones, oportunidad en la que señalaron**:**

a) el ministerio público, quien en síntesis sostuvo que con la prueba rendida se habían acreditado los hechos y la participación de los encausados, hechos que precisamente configurarían los delito de robo con intimidación, en calidad de autores pidiendo por ello se les condene a las penas solicitadas en la acusación;

b) la defensa de los acusados Maldonado y Banda, que efectivamente y como se había señalado al tiempo de la apertura, salvo que ocurriera algún imponderable debiera condenarse a sus representados, pero tiene la esperanza de que no lo sea por todos los delitos. Respecto al hecho número 1, estimó que la víctima Pino Márquez, conforme la forma en que ocurrieron los hechos estaba inmóvil y sus posibilidades de reconocimiento estaban disminuidas, además, señaló el afectado que la persona que permaneció vigilándolo tenía 8 años, lo que no se condice con el aspecto del acusado Maldonado. Estimó débil el reconocimiento de la víctima y el testigo no podría haberlos visto por los espejos retrovisores del camión. Respecto del hecho 2, hizo ver que sus representados confesaron e indicaron que participaron con un sujeto apodado "el ácido". Cuestionó la forma de los reconocimientos fotográficos en los hechos 2 y 3, que afirmó fueron inductivos, pues solamente se le exhiben fotos de Orellana y luego 4 fotos con nombre. En relación con el hecho 4, el acusado Orellana confiesa su participación y las diligencias de reconocimiento fotográfico que vinculan a sus representados también fueron inductivas. Respecto del hecho número 6, indicó que la víctima tiene una confusión absoluta para identificar a los participes del hecho. Banda y Orellana confiesan su participación, revistiendo entonces importancia la colaboración de Banda. En varias oportunidades se invocó el estándar de la prueba con la circunstancia de ser los acusados menores de edad. Hizo presente que la prueba presentaba incoherencia, por estimar inducidos los reconocimientos, considerando exagerada la pretensión punitiva para una prueba que calificó de confusa y débil. Finalmente, solicitó en virtud el artículo 18 del Código Penal que el tribunal se rija para la determinación de la pena por la Ley 20.084 en relación con el artículo 3, 37 y 40 N° 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; y,

c) la defensa del acusado Orellana, quien reiteró que como se dijo en el alegato de apertura la única prueba serían los reconocimientos fotográficos de los acusados éste debía superar cualquier duda razonable al respecto, aduciendo que existe error en el reconocimiento en función del tiempo transcurrido entre el hecho y la diligencia. Señalo que existen variables que influyen el error: unas que son propias del reconocimiento, por ejemplo si hay violencia en los hechos, como ocurre en la especie, caso en el cual la víctima estará más pendiente y recordará mejor el hecho mismo que las características físicas del victimario; segunda variable, hechos atribuibles a la victima o testigo, v.gr., testigos corto de vista, poca visibilidad, lo que no es el caso, pero si el escaso tiempo que tuvieron para observarlos, citando por ejemplo el testimonio de la testigo Sandra Rojas y Elbio González; y finalmente variable propias del

reconocimiento, debiendo aquí considerarse fundamentalmente las expectativas y estereotipos de la víctima: testigo Carmona señaló andar con un set de fotografías las que le muestran a las víctimas, preguntándose al efecto ¿qué piensa las víctimas cuando carabineros les muestra las tres fotografías?, que esos son los culpables, v.gr., testigo Belmar Antileo. Pues bien, y sobre la base de las citadas variables concluye que se produce una distorsión que permite el reconocimiento. Estos mecanismos de distorsión operan de la siguiente forma: primero nivelando el hecho original, despojándolo de aquello que no es importante; segundo, agudizando el hecho original, eliminando detalles que parezcan superfluos y dándole importancia a los que me parecen preponderantes; y tercero, asimilando al sujeto alterando detalles y acomodándole en función de que sea realmente el autor. Hace presente que el Sr. Carmona anda con fotos de los acusados que no registran condenas anteriores pareciéndole injustificable que ande con dichas fotos, viéndose una predisposición para inducir los testimonios. Concluye que los reconocimientos posteriores, en la fiscalía o en el tribunal el testigo ya no guarda el recuerdo original. Así entonces se estaría ante reconocimientos errados, imperfectos y dirigidos que "no basta para dejar de lado la duda razonable".

Habiéndosele dado **traslado para la réplica** de las conclusiones, **el ministerio público señaló** que siempre que no se está en casos de flagrancia la defensa impugna u objeta los reconocimientos. Sin embargo, hace presente que la prueba a ponderarse es el reconocimiento que se hace en el juicio oral. Asimismo, indica que si un fiscal acusa ello será porque cuenta con una víctima que reconoce a los acusados: en la especie los reconocimientos fueron hechos no sólo en la policía, sino también en la fiscalía, e inclusive en el C.C.P. con presencia del abogado defensor Sr. Sentis. Sostiene que la persistencia de imputación criminal no puede quedar entregada al azar, invocando al efecto el principio de objetividad y los procedimientos que en su virtud se adoptan antes de acusar. En otro orden, señala que la defensa no ha presentado una teoría del caso alternativa que diga que los acusados, por ejemplo, no estuvieron en el lugar de los hechos, preguntándose en tal sentido por la prueba aportada por la defensa. No existen en el juicio antecedentes que demuestren que se está en presencia de testigos y víctimas que obren desde la fabulación, o producto de alguna enfermedad o con algún tipo de sesgo. Por ello, y a propósito de los reconocimientos que se impugnan, invoca lo razonado y resuelto en causa RIT 49-2007, de este mismo tribunal.

Por su parte, **replicando la defensa de Maldonado y Banda** señaló que la impugnación que se hace a los reconocimientos tiene más que ver con la forma que con el fondo de la diligencia, citando por ejemplo la diligencia efectuada en el C.C.P., la que tuvo lugar con 6 y no con 11 personas, y además precisamente con testigos cuyas falencias quedaron mostradas en la audiencia, a saber, Sandra Ramos y Carlos Jara. En la misma línea, cuestiona la actuación del testigo y funcionario sr. Carmona habida cuenta de la forma en que se obtuvo la prueba.

Finalmente, **la defensa de Orellana** sostuvo que el ministerio público debe seleccionar los casos que trae a juicio, además debe estar presente en las diligencias de investigación, los testigos deben ser veraces y creíbles. Concluye señalando que no existe mérito para condenar a su cliente por los tres primeros delitos, y en cuanto al último, los testigos no lo sindican a él como partícipe en los hechos. Por último, la causa anterior que invoca la fiscalía presentaría una gran diferencia con ésta, cual es, que en ella hubo un solo acusado.

Ofrecida por último la palabra a los acusados decidieron guardar silencio.

SEXTO: Que, tal como se dio a conocer en la audiencia que dispone el artículo 343 del Código Procesal Penal, los sentenciadores luego de la deliberación que señala el artículo 339

del mismo cuerpo legal, y previa ponderación de las pruebas rendidas en el juicio, alcanzaron plena convicción de haberse justificado, al tenor de la acusación, y en su núcleo fáctico los siguientes hechos y circunstancias:

I.- Que **el día 1° de septiembre de 2005,** aproximadamente a las 15:00 horas, en circunstancias de que **Domingo Flavio Pino Márquez,** se encontraba en calle Lagos O'higgins de la comuna de Peñalolén y se disponía a retirar mercaderías desde el interior de su camión repartidor de productos Ariztía, **fue abordado por Rubén Humberto Orellana Montes, Manuel Alejandro Maldonado Guerrero y José Luis Banda Cavieres**, quienes premunidos de armas de fuego, procedieron a intimidarlo, permaneciendo en dicha acción Maldonado en tanto que los otros dos, Orellana y Banda, aprovechan de registrarlo y así sustraerle un banano, un teléfono celular, una chequera, una billetera, su licencia de conducir, cédula de identidad, tarjetas de crédito de diversos establecimientos comerciales y la suma de $40.000 en dinero efectivo, especies con las que una vez en su poder se dan los tres a la fuga del lugar.

Los hechos así descritos resultan constitutivos del delito de robo con intimidación de conformidad con el artículo 436 inciso primero, del Código Penal, y en los mismos ha correspondido participación punible en calidad de autores ejecutores a los acusados Orellana, Maldonado y Guerrero, antes individualizados.

Para así decidirlo se tuvo en consideración la prueba de cargo rendida por el ministerio público, a saber, dichos de la víctima Domingo Pino Márquez y del testigo Carlos Muñoz Molina, quienes presencian y experimentan directa y personalmente los hechos que bajo juramento refieren haber vivido en aquella oportunidad, siendo sus dichos del todo coherentes y veraces, no contradichos en modo o forma alguna ni desvirtuados por otros medios de prueba.

Tales testimonios refieren, además de la comisión del hecho, la participación de cada uno de sus autores, quienes en las horas posteriores fueron identificados por aquéllos a partir de un abundante set fotográfico, compuesto por aproximadamente 100 fotografías, que personal policial les exhibió, reconocimientos que ratificaron y corroboraron en el juicio en la persona de cada uno de los acusados, señalando en cada caso la participación que en los hechos les cupo a cada uno.

Con todo, mención especial debe hacerse a la credibilidad y veracidad de la víctima Pino Márquez, ello en razón de las dudas que en torno a él pretendiera introducir la defensa a partir de declaraciones prestadas en la etapa de investigación en cuanto sostuvo que uno de los autores del hecho habría tenido entre 8 y 10 años de edad. Sobre tal declaración conviene precisar que las lecturas de declaraciones anteriores, fueren para refrescar memoria o para acusar contradicciones, sólo apuntan a que el testigo pueda o bien recordar algo que durante su declaración no logra encontrar en su memoria, o bien manifestar o acusar una contradicción entre sus dichos en el juicio y otros prestados con anterioridad a éste. En este último caso, el resultado de la contradicción que pueda evidenciarse luego de la lectura, podrá tener repercusión en la credibilidad del testigo. Pero en caso alguno, las lecturas constituirán prueba. Precisado lo anterior, la declaración en cuestión en consecuencia no puede constituir prueba de los hechos materia del juicio sino sólo y eventualmente -atendido que con la lectura se quiso *refrescar memoria*- prueba de alguna inhabilidad del testigo. Al efecto, y en opinión de los sentenciadores, los dichos anteriores no llevan a concluir alguna razón o circunstancia que le pueda restar habilidad como quiera que sus dichos de entonces corresponden a una apreciación personal, subjetiva y del todo comprensible tanto en razón de la dinámica de los hechos -violentos, rápidos y con riesgo inminente para la vida del ofendido- como en consideración a la época en que los mismos tuvieron lugar:

hace más de un año y diez meses, época a la cual se estima justificado que a quien se imputa la acción intimidatoria concreta hacia su persona -Maldonado Guerrero- le hubiere impresionado como de la edad que refirió durante la investigación. Debe tenerse presente que atendida la fecha de nacimiento del acusado Maldonado (26 de agosto de 1989), su edad a la época de ocurrencia de los hechos era de 16 años, los que había cumplido hacía sólo 6 días. Es más, al ser interrogado específicamente por la defensa de los menores sobre este punto señaló que al momento de los hechos vio a Maldonado *como con cara de niño*, afirmación coherente y consistente con sus propios y anteriores dichos afirmando que el hecho *lo marcó para toda la vida siendo difícil que se le olvide*. Tal afirmación no deja sombra de duda en los sentenciadores -únicos en los que debe formarse la duda razonable que obste a la convicción de condena- toda vez que los dichos que se analizan provienen de un testigo que como toda persona ha de considerarse hábil en cuanto tal, sin que se hubiere demostrado o justificado que en él incidan razones que lleven a pensar en su falta de imparcialidad u otros defectos que alteren su idoneidad. Al contrario, y en ausencia de tales razones su testimonio resultó coherente, consistente y veraz, pues como él dijera, se trató de un hecho que *será difícil se le olvide*. Por ello entonces, sus dichos convencieron al tribunal respecto tanto del acaecimiento del hecho punible y de la participación de los acusados en él, constituyéndose así para los sentenciadores en prueba directa de ambas circunstancias.

II.- Que el **día 2 de septiembre de 2005**, aproximadamente **alrededor de las 14,50 horas** en circunstancias que Juan Sebastián Matus Alarcón se encontraba estacionado en calle Diego Rojas de la comuna de Peñalolén, cumpliendo labores de repartidor de la empresa Ideal, y en los momentos que se prestaba a bajar mercaderías desde el interior del móvil, **fue interceptado por Manuel Alejandro Maldonado Guerrero y José Luis Banda Caviares**, quienes **premunidos de armas de fuego y cortantes**, procedieron a intimidarlo colocándoselas a la altura de las costillas, la primera de ellas en el costado izquierdo y la segunda en el derecho, sustrayéndole dinero, su billetera, documentos, las que portaba en sus vestimentas y en la cabina del vehículo, además de las llaves del móvil, dándose posteriormente a la fuga.

Tales hechos, así descritos, resultan constitutivos del delito de robo con intimidación de conformidad con el artículo 436 inciso primero, del Código Penal.

Al efecto, y para así decidirlo se tuvo en consideración la prueba de cargo rendida por el ministerio público, a saber, los solos dichos de la víctima Juan Sebastián Matus Alarcón, quien dio cuenta detallada y pormenorizada de la forma de ocurrencia del hecho, el que atendida su condición de ofendido en el mismo hubo de presenciarlo personal y directamente, dichos que a los sentidos de los sentenciadores resultaron coherentes y veraces y no contradichos en modo o forma alguna como tampoco desvirtuados por otros medios de prueba.

En tales hechos tuvo el tribunal por acreditada la participación punible, en calidad de autores ejecutores, únicamente a los acusados Maldonado y Banda, anteriormente individualizados, y ello, con el mérito del reconocimiento que de ellos hizo la víctima en la audiencia y especialmente con los dichos de los propios acusados, quienes además de reconocer su propia participación señalan también la de sus coautores, incriminándose recíprocamente, confesiones que a los fines del juicio han resultado determinantes para establecer su participación. Tratándose del encausado Orellana, y fundamentándose en la sola prueba del juicio -en este caso el reconocimiento de la víctima en la audiencia-, los sentenciadores no arribaron a la necesaria convicción de culpabilidad por estimarse insuficientes los dichos de la víctima quien si bien en la audiencia señaló reconocer al

referido Orellana como uno de sus victimarios, es del caso que sobre tal reconocimiento surgió en los sentenciadores la razonable duda acerca de su exactitud como quiera que con motivo de los hechos denunciados le fueron exhibidas en sede policial, en su oportunidad (y en más de una) no más de cuatro (4) fotos las que según sus propios dichos mueven a pensar habrían sido de una misma y sola persona: el acusado Orellana Montes.

Con todo, y si bien tan sesgada diligencia, al igual que sus efectos, puede también atribuirse al reconocimiento de los acusados Banda y Maldonado, es del caso que respecto de ellos no quedan dudas al tribunal acerca de su participación en calidad de autores habida cuenta de sus propias confesiones.

III.-Que, el día 8 de Septiembre de 2005, en horas de la tarde, en circunstancias que Juan Sebastián Matus Alarcón finalizaba la entrega de productos alimenticios de la empresa Ideal, en su camión de reparto de mercaderías, encontrándose en calle Ictinos con Laura Rodríguez, de la comuna de Peñalolén, fue abordado por a lo menos dos individuos quienes lo intimidan con arma de fuego, requiriéndole uno de ellos la entrega del dinero y el otro introduciéndose al interior del móvil desde donde le sustrae una chaqueta y una impresora, especies con las que se dieron a la fuga.

Para el establecimiento del hecho anterior sólo se cuenta con los dichos de la propia víctima, resultando éstos coherentes y creíbles tan sólo respecto de su ocurrencia mas no acerca de la participación que en ellos habrían tenido los autores del mismo y menos aún la propia y específica de los acusados. En efecto, primeramente la víctima refirió haber sido objeto de la acción delictual sólo por dos sujetos, quienes previa intimidación con arma de fuego, le sustraen especies muebles que se encontraban en la cabina del móvil, acción ésta que realiza uno y solo uno de los sujetos, el cual -según sus dichos- se movilizaba en una bicicleta en la que se da a la fuga con las especies. Sin embargo, acto seguido, hace intervenir de modo incoherente y, por ende carente de credibilidad, a dos personas más, precisamente los acusados Maldonado y Banda, atribuyéndoles participación al primero como observador vigilante de los hechos y al segundo como él que le sustrajo las especies. De ello se seguiría entonces que habrían participado cuatro (4) individuos mas, al ser consultado por lo que ocurrió después del asalto, señaló que los tres (3) sujetos huyeron en distintas direcciones.

No obsta a lo dicho el reconocimiento que de los acusados hizo el testigo en la audiencia pues respecto de ello resulta enteramente predicable lo razonado en párrafo III precedente. Tampoco obsta la confesión que hicieran los acusados Banda y Maldonado desde que ella justifica o acredita que participaron en un solo hecho, el que por las características de comisión y detalles por ellos aportados respecto de la precisa participación que les cupo, convenció al tribunal corresponder únicamente al hecho precedente, esto es, al acaecido el 2 de septiembre de 2005, en perjuicio del mismo Matus Alarcón, compartiendo por ende en esta parte la alegación de la defensa.

Consecuente con lo expuesto, el tribunal resolvió rechazar en esta parte la acusación del ministerio público respecto de los tres acusados, y en consecuencia absolverlos, según se dijo en la audiencia al darse a conocer el resultado de la deliberación.

IV.- Que **el día 9 de septiembre de 2005**, aproximadamente a las 14 hrs. en circunstancias de que la víctima **Elbio Daniel González Soza,** regresaba al vehículo de la empresa Evercrip, que conducía, y que se encontraba estacionado en calle Coralillo de la comuna de Peñalolén, **fue interceptado por Rubén Humberto Orellana Montes, Manuel Alejandro Maldonado Guerrero y José Luis Banda Cavieres**, tomándolo dos de ellos por la espalda, costados y brazos inmovilizándolo, y el tercero, en forma simultánea, lo intimida

con un cuchillo que puso en su cuello, para de esa forma registrarlo y sustraerle desde sus vestimentas dinero y un computador además de las llaves del camión, para acto seguido darse a la fuga del lugar.

Tales hechos, así descritos, resultan constitutivos del delito de robo con intimidación de conformidad con el artículo 436 inciso primero, del Código Penal, y en ellos correspondió a los acusados participación en calidad de autores ejecutores de aquellos a que alude el artículo 15 N° 1 del citado Código.

Para así decidirlo se tuvo en consideración la prueba de cargo rendida por el ministerio público constituida por los dichos de la víctima, Elbio Daniel González Soza y del testigo Nelson René Belmar Antileo, ambos presenciales, cuyos dichos resultaron del todo creíbles, veraces y coherentes, no contradichos en modo o forma alguna ni desvirtuados por otros medios de prueba. En efecto, tales testimonios refieren, además de la comisión del hecho, la participación que en ellos les cupo a los acusados, quienes el mismo día y a pocas horas de ocurridos fueron identificados a partir de un set fotográfico que personal policial les exhibió en dicha oportunidad tanto al testigo como a la víctima, señalando ésta que el set se componía de aproximadamente 50 fotos, precisión que aun cuando no efectuó el primero no se advierte razón o motivo para pensar que si la diligencia tuvo lugar, por vez primera, el mismo día de los hechos y en el mismo lugar de éstos, pudieren entonces habérsele exhibido un número o cantidad distinta de fotos a uno y a otro. A mayor abundamiento, refirió la víctima que con posterioridad le fueron exhibidas aproximadamente 100 fotografías en un computador, y que para ratificar sus reconocimientos anteriores le fueron exhibidas en una última oportunidad tres (3) fotografías correspondientes a los acusados.

Tales reconocimientos fueron mantenidos y confirmados al tribunal con evidente certeza, indicando la víctima la participación que a cada uno de los acusados le cupo en los hechos, y precisando además que no obstante el tiempo transcurrido no tiene dudas acerca del reconocimiento hecho en el juicio. A su turno, habiendo dicho el testigo poder recordar a uno solo de los ejecutores, lo hizo en el juicio respecto de Orellana Montes, a quien sindica como uno de los que registraba a la víctima, relato que a los sentidos de los sentenciadores resultó consistente y coherente tanto con los dichos del ofendido -en cuanto atribuyó idéntica participación a ése encartado- como con la confesión prestada por el propio Orellana, quien si bien refirió haber intimidado a la víctima con un arma de fuego, hecho que el tribunal en definitiva no tuvo por establecido, lo cierto es que reconoce haber tomado parte en la ejecución del hecho de manera inmediata y directa pero en la forma que refieren la víctima y el testigo, abordándolo, inmovilizándolo, registrándolo y finalmente sustrayéndole especies.

V.- Que **el día 5 de Octubre de 2005**, siendo aproximadamente las 13:15 hrs. en circunstancias de que la víctima **Gonzalo Alejandro Rojas Cerón, encontrándose en calle Laura Rodríguez de la comuna de Peñalolén,** se disponía a hacer entrega de mercaderías en un local comercial que acababa de atender, **fue abordado** en la parte posterior del móvil, don se sitúa la carga, **por dos sujetos** quienes portaban armas de fuego, intimidándolo, para lo cual **uno de ellos, Rubén Orellana Montes**, subió hasta el lugar en que se encontraba Rojas Cerón, apuntándole con el arma a la cabeza, exigiéndole con improperios la entrega del dinero, sustrayéndolo de esa forma la cantidad de $51.000 a $52.000, un celular y algunas mercaderías, dándose luego a la fuga, hechos que así descritos, resultan constitutivos del delito de robo con intimidación de conformidad con el artículo 436 inciso primero, del Código Penal, correspondiendo en ellos participación punible en calidad de autor ejecutor del artículo 15 N° 1 del mismo Código al acusado Rubén Orellana Montes.

Para así decidirlo se tuvo en consideración la prueba de cargo rendida por el ministerio público, la que estuvo constituida tanto para el hecho como para la participación del acusado, por los dichos de la víctima Gonzalo Alejandro Rojas Cerón y de la testigo Ariana Odette Bindis Acuña, ambos presenciales, testimonios que libremente ponderados por el tribunal permitieron formar plena convicción acerca de la ocurrencia del hecho en la forma antes expuesta y congruentemente con los de la acusación. Sus declaraciones han resultado creíbles, veraces y coherentes, libres de contradicciones entre si ni de otras pruebas que los contradigan o desmientan, dando uno y otro razón suficiente de sus dichos: v.gr., la víctima reproduce segura y fluidamente los improperios que le dirigiera Orellana mientras lo encañonaba con el arma de fuego y pormenoriza la forma en que le fueron sustraídas las especies que indica. Por su parte la testigo, situada en su local comercial a escasos metros, no más de cinco (5), observó movimientos dentro del camión que la hicieron pensar en una pelea, confirmando que se trataba de un asalto al acercarse para retirar de allí a su hija pequeña pues se encontraba en medio de ellos, situación que pudo confirmar momentos después por el relato directo que hiciera la víctima tanto a ella como a carabineros a quienes desde ese mismo lugar se dio aviso telefónico.

Finalmente, reconocido el acusado Orellana por la víctima y la testigo a partir de un set de fotos compuesto por aproximadamente 100 imágenes, confirmaron dicho reconocimiento en el juicio, estableciéndose de esa forma la participación punible del acusado Orellana. Ello, sin perjuicio de la confesión prestada por él en el juicio, y

VI.- Que **el día 27 de octubre del 2005**, aproximadamente entre las 15 y las 16 horas, en circunstancias de que **Carlos Enrique Jara Fernández,** se encontraba en la cabina de su camión repartidor de bebidas de la empresa Coca-Cola, estacionado en calle Diego Rojas de la comuna de Peñalolén, sentado en el lugar del conductor, **fue abordado por tres individuos** quienes premunidos de dos armas de fuego procedieron, uno de ellos y con ambas a la vez -**José Luis Banda Cavieres**-, a apuntar a las piernas de Jara Fernández **y otro** -cuya identidad no resultó acreditada- procedía a sustraer dos bolsas con monedas equivalentes a $100.000.- las que se encontraban al costado del asiento del conductor, **en tanto que el tercero de los sujetos -Rubén Humberto Orellana Montes**- prestaba labores de vigilancia, dándose todos posteriormente a la fuga con el dinero.

Tales hechos, así descritos, resultan constitutivos del delito de robo con intimidación de conformidad con el artículo 436 inciso primero, del Código Penal, correspondiendo en ellos participación punible en calidad de autores ejecutores del artículo 15 N° 1 del mismo Código, a los acusados Rubén Orellana Montes y José Luis Banda Cavieres.

Para así decidirlo el tribunal tuvo en consideración los dichos de Carlos Jara y Román Carrillo Moreno, testigos de los hechos, el primero presencial y directo (atendida su condición de ofendido con el delito), y el segundo de oídas directamente de la víctima quien tan pronto ocurrido el hecho se lo contó, motivando que éste saliera en persecución de los hechores. Tales declaraciones produjeron plena convicción en los sentenciadores acerca tanto de la ocurrencia del hecho como de la participación atribuida a los encausados Orellana y Banda, quienes además de ser reconocidos en la audiencia por los testigos, confesaron en el juicio haber tomado parte en la ejecución del hecho en forma inmediata y directa, y de la manera indicada en forma precedente, por lo demás congruentemente con los hechos de la acusación. En efecto, los dichos de Jara resultan coherentes, sin quedar al tribunal asomo de duda respecto de la percepción que tuvo del hecho ilícito de que fue objeto, ni aún bajo las hipótesis bajo las cuales las defensas técnicas llevaron adelante el contrainterrogatorio, v.gr., trabajando en la cabina del vehículo con la vista hacia abajo sin

poder por ello, supuesta y pretendidamente, haber visto u observado cuántos eran los sujetos que, abriéndole la puerta del vehículo, procedieron a asaltarlo, hipótesis que fueron razonable, veraz y coherentemente respondidas en el juicio por el testigo quien si bien primero afirma que Orellana fue quien sustrajo las monedas para acto seguido señalar que fue él quien lo intimidó con las armas de fuego, apuntándolo, tal suerte de retractación lejos se encuentra de constituir una duda, o en todo caso, una duda razonable que pudiere obstar a la convicción que se exige para condenar. Al efecto, debe tenerse presente que a dicha convicción concurren las confesiones prestadas por los propios acusados Orellana y Banda, quienes incriminándose recíprocamente y reconociendo haber participado en el robo a la Coca Cola, difieren sin embargo con la víctima en la exacta participación que habría tenido uno y otro, diferencia que en concepto de los sentenciadores ha de resolverse al tenor de los dichos del ofendido y no de los acusados, por resultar los primeros creíbles y veraces según y por las razones que se dijeran, a las que debe sumarse la circunstancia que sus dichos guardan plena correspondencia con las máximas de la experiencia que en esta materia indican que quien sufre o vive un episodio de esta naturaleza podrá recordar de mejor forma lo sucedido que aquel otro que reiteradamente y en un corto lapso vivencia varios de dichos episodios. Así fluye además de los testimonios vertidos por las víctimas en el juicio en cuanto demostraron, en cada caso, recordar lo sucedido -no obstante el tiempo transcurrido- con un nivel de detalle del todo compatible con la credibilidad y veracidad que se exige para formar convicción, no advirtiéndose otro tanto en los acusados.

Con todo, tratándose de Maldonado Guerrero, la prueba aportada a su respecto fue estimada insuficiente atento especialmente a la aparente injustificada negativa expresada por el encausado respecto de este hecho en circunstancias de haberla aceptado en otro. No existiendo otros elementos de cargo que lo incriminen y justifiquen su participación en los hechos fue de parecer el tribunal absolverle.

SÉPTIMO: Que, los hechos tenidos anteriormente por acreditados resultan constitutivos **de delitos, reiterados, de robo con intimidación**, **en grado de consumados** -sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 450 del Código Penal-, ilícitos previstos y sancionados en el artículo 436 inciso primero, del Código Penal, concurriendo los elementos del tipo que para su configuración exige el legislador: apropiación, mediante intimidación, de cosa mueble ajena y sin la voluntad de su dueño.

OCTAVO: Que las demás pruebas aportadas por el ministerio público, a saber, declaraciones de Edwin Carmona Letelier, Leonel Jeldres Navarro y Sergio Fuentes Ruiz, además de los set fotográficos, croquis y mapas de los sitios del suceso, en nada contribuyen al esclarecimiento de los hechos materia del juicio como quiera que tratándose de los testigos, refieren estos las actuaciones que les correspondió efectuar en el marco de la investigación, v.gr., entrevista a víctimas y testigos, empadronamientos y exhibiciones de fotografías de personas antes detenidas presuntamente por otros hechos. Asimismo, dudoso resulta el aporte probatorio que puedan realizar personas que se constituyen en un determinado lugar a efectos de fotografiarlo como posible lugar de los hechos y que luego concurren a estrados a manifestar que ha sido esa precisamente la actuación que les cupo, sin aportar mayores o mejores datos respecto del acaecimiento de los hechos y de la participación atribuida a una o más personas en tales hechos. Del mismo modo, en extremo dudoso resulta el aporte probatorio que pueda hacer en juicio oral quien sostiene y explica haber realizado croquis de los eventuales sitios del suceso como quiera que ello -de suyo- difícilmente podría ilustrar o alumbrar a quienes deben resolver los cargos formulados en una acusación como la de la especie, que lo fueron por robos con intimidación perpetrados en la vía pública. Por último, otro tanto se produce con los mapas

que se puedan confeccionar respecto del lugar de ocurrencia de los hechos, sin perjuicio que ello pueda resultar de interés o ayuda policial pero difícilmente habrá de servir como un eficaz, idóneo y eficiente medio de prueba. Con mucho, y como siempre, los solos dichos de los testigos dando cuenta de las actuaciones realizadas.

NOVENO: Que, habiéndose pronunciado a lo menos una decisión de condena, se abrió debate en la oportunidad y para los fines previstos en el artículo 343 inciso final del Código Procesal Penal, exponiendo los intervinientes:

a) el ministerio público, lectura resumida de los siguientes documentos: 1) Extractos de filiación y antecedentes de los acusados Rubén Humberto Orellana Montes, José Luis Banda Cavieres y Manuel Alejandro Maldonado Guerrero, todos libres de anotaciones y condenas anteriores; y 2) Informes presentenciales de los acusados Maldonado Guerrero y Banda Caviares, mediante los cuales, y en síntesis, la Sección Medio Libre de Gendarmería no recomienda para ellos la medida de libertad vigilada, atendido los antecedentes psicosociales tenidos a la vista (falta de redes de apoyo familiar, grupos de pares con influencia negativa, consumo de drogas y alcohol, tendencia a la manipulación, etc.).

Por lo expuesto concluye el fiscal reiterando su solicitud de pena para Orellana Montes en 15 años y un día de presidio, accesorias y costas, ello al tenor del artículo 351 del Código Procesal Penal y habida cuenta además de concurrir la atenuante de irreprochable conducta anterior y perjudicarle la agravante de pluralidad de malhechores. Tratándose de los acusados menores de edad, habida consideración de la "atenuante objetiva" del artículo "73" del Código Penal, además de la minorante del artículo 11 N° 6 del mismo cuerpo legal y la agravante del artículo 456 bis N° 3 de dicho Código, solicitó regular la pena en los mismos 10 años y un día señalados en la acusación, y para el caso que se estimare aplicable la Ley 20.084, entonces regular dicho quantum en 10 años de internación, atento para ello el grado de ejecución de los delitos, el número de éstos, la participación que les cupo en calidad de autores y la extensión del mal producido, haciendo presente al efecto que las especies sustraídas no fueron recuperadas.

b) la defensa de los acusados Banda y Maldonado, solicitó regirse por los preceptos de la Ley 20.084, particularmente el artículo 2° de la Ley 20.084 (interés superior del niño); artículo 18° del Código Penal, citando además los artículos 3° y 37 letra b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, es decir, que toda medida privativa de libertad que se adopte respecto de un adolescente sea por el tiempo más breve posible y como medida de último recurso, y finalmente el artículo 40 N° 1 de dicha Convención, en cuanto establece que toda medida privativa de libertad tienda siempre a su reinserción social. Tratándose del primero de los cuerpos normativos, señaló que de acuerdo con su artículo 1° transitorio dicha ley entraría en vigencia 6 meses después de su publicación. Antes del vencimiento de dicho plazo, el 1° de junio de 2006, se publicó la ley 20.110 que postergó la entrada en vigencia de aquélla hasta el 8 de junio de 2007. Pocos días antes de esta última fecha, el día 2 de junio del 2007 se publicó la Ley 20.191 que introdujo algunas modificaciones al texto de la ley 20.084. Así entonces, y con estos cambios al entrar en vigencia la ley 20.084 se ha producido, como lo señala el profesor Oliver de la Universidad Católica, quien elaboró un informe en derecho, se produjo una inesperada despenalización de ciertos delitos graves cometidos por adolescentes. En efecto, el numeral 1° del artículo 23 de la ley 20.084 establecía que si la extensión de la sanción era equivalente a una pena de crimen, 5 años y 1 día hacia arriba, el tribunal podría elegir entre imponer la pena de internación de un régimen cerrado o la de internación de un régimen semi cerrado. Durante la tramitación de la Ley 20.191 se presentó una indicación que propuso

sustituir el citado numeral 1° a fin de hacer obligatorio, en los casos que tal disposición prevé, la imposición de la pena de internación en régimen cerrado por un mínimo de dos años. Dicha indicación, al ser aprobada, formó parte del texto que aprobó el congreso en el número 3 del artículo único del proyecto de ley aprobado, sustituyendo el artículo 23 de la ley 20.084 por uno que, en su numeral 1°, nuevo que recogía la indicación. Días después un grupo de diputados presentó un requerimiento al tribunal constitucional para impugnar el numero 1° del artículo 23 de la ley 20.084, con lo cual el ejecutivo se vio impedido de promulgar la parte impugnada del proyecto de ley, es decir, la primera parte de este artículo 23 que es el número 1°, ello mientras no expirara el plazo que el tribunal constitucional tenía para resolver esta cuestión. El Ejecutivo en vez de esperar el vencimiento del mencionado plazo para promulgar el proyecto en su integridad decidió igualmente promulgarlo y publicarlo en lo que es el texto de la ley 20.191, de 2 de junio del 2007, aportándose con ello, en palabras del profesor Oliver, otro ejemplo de ley penal en blanco al revés o irregular desde que conforme al texto de la ley **no se contempla pena para los casos que una vez hecha la rebaja de grado que prevé el artículo 21 de la ley 20.084** y luego de aplicar las reglas sobre concurrencia de atenuantes y agravantes del Código Penal, el tramo de pena privativa de libertad aplicable exceda de 5 años. El artículo 23 de la ley cuya numeración **hoy** parte en el numeral 2° no menciona este caso. Dicho vacío según el citado profesor es inaceptable pues alcanza delitos tan graves como el homicidio calificado o el parricidio. Inclusive quienes estén cumpliendo condena por tales delitos, cometidos entre los 16 y los 18 años de edad antes de la entrada en vigor de la ley 20.084, debiera aplicárseles retroactivamente la ley y modificarse las sentencias condenatorias, incluso de oficio, absolverlos y dejarlos en libertad. Tal vacío se proyecta a la materia procesal en virtud del artículo 11 del Código Procesal Penal, agregando que cuando se colme la laguna de punición se estará frente a una ley penal intermedia más favorable que es el caso cuya aplicación retroactiva a delitos como los señalados cometidos hasta el 8 de junio del 2007, cuyo sería el caso: una ley intermedia. Por ello solicita se haga aplicación del artículo 18 y, como petición principal, se aplique esta ley intermedia de la ley 20.191, conforme a la cual, al día de hoy la pena no puede superar los 5 años, pena que según la regla segunda del artículo 23 de la ley 20.084 les corresponde cumplirla o en un régimen cerrado con reinserción social o en un régimen semi cerrado con reinserción social, o una libertad asistida especial.

Para el caso que el tribunal desechare la petición anterior (que por aplicación del artículo 18 del Código Penal, aplicar la ley intermedia), solicitó estarse al artículo 19 N° 1 de la ley 20.084, que efectivamente establece una sanción mixta complementaria. En efecto, el artículo 19 N° 1, inciso primero, dice en el caso del numeral 1 del artículo 23, esto ya en el supuesto de la ley con el numeral devuelto del Tribunal Constitucional, que el tribunal sólo podrá imponer complementariamente la sanción de internación en régimen semi cerrado después del segundo año de cumplimiento de la condena, lo que en el caso de Maldonado y Banda se extiende por 18 y 15 meses de privación de libertad, respectivamente. Así entonces, en 4 meses más el primero y en 7 meses el más segundo, se de fiel cumplimiento al inciso primero del artículo 19 en relación al artículo 18.

En cuanto a la agravante del artículo 456 bis N° 3, solicita se la rechace atendido primeramente los fines socio educativos del actual sistema de responsabilidad penal juvenil, ello toda vez que la consecuencia de la agravante será siempre un aumento de la pena, lo que evidentemente atenta contra los fines socio educativo señalados. En segundo término, por una cuestión de proporcionalidad, principio expresamente reconocido en el artículo 40 N° 4 de la Convención Sobre derechos del niño y en las reglas de Beigin,

apartados 4 y 17. Dicho principio constituye un elemento determinante al momento de la imposición de la sanción: relación entre sanción, gravedad del hecho, circunstancias individuales de autor y los objetos políticos criminales perseguidos -la reinserción social- situación que también está contenida dentro de la exigibilidad de la conducta. Finalmente, por una razón de texto, como es el artículo 63 del Código Penal que contiene el principio de inherencia en cuanto manifestación del principio non bis in idem,

Invocó además la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 6 y 9 del Código Penal, las que para el caso que se deseche la solicitud de no configurar la agravante de pluralidad de malhechores, solicitó fueran compensadas, calificándose la conducta de los acusados.

Finalmente incorporó, previa lectura resumida, las conclusiones de los siguientes antecedentes: **a) respecto del acusado Maldonado**: copia del informe de discernimiento evacuado el 30 de noviembre de 2005, por la asistente social Ximena Muñoz y por la sicóloga María Paz Fuenzalida el cual dentro de sus conclusiones establece que este joven no tiene capacidad de discernimiento, con problemas de droga, consumo abuso de marihuana, alcohol, flunitrazepam o chicota, proceso de intoxicación, requiriendo de rehabilitación; certificado del Instituto Psiquiátrico José Horwitz Barak en el que se indica que Maldonado estuvo hospitalizado desde el 11 de junio del 2005 al 15 de junio del 2005 por un poli abuso de droga a partir de una disfunción familiar, informe expedido el 9 de junio de 2006 por el doctor Ignacio Morlantz Escalante; informe del Instituto Médico Legal emitido el 25 de enero de año 2007, suscrito por el doctor Rodrigo Dresdner, médico siquiatra forense, área salud mental, en el que se señala en síntesis que el examinado no presenta algún tipo de patología siquiátrica que afecte su capacidad de comprensión y su autodeterminación, sin perjuicio de antecedentes de consumo abusivo de droga; informe sicológico evacuado por María Pilar Rojo Torres, de 4 de enero de 2007, en el que indica que en el plano de recursos favorecedores de un proceso de cambio conducente a la reinserción social se aprecian redes locales, red de soporte familiar en la figura de la madre potencial cognitivo evaluado nivel intelectual promedio, rasgos de personalidad extrovertida y capacidad de análisis, reflexión y crítica que lo perfilan como un candidato apropiado para someter a un proceso de sicoterapia y esto desde el medio libre, todo ello dentro de un contexto de violencia intrafamiliar, de consumo de alcohol; pericia social emitida por el trabajador social Danilo Lienqueo Pino donde en lo medular señala que el grupo familiar es un factor protector para el menor por lo tanto en términos de apoyo familiar; y un informe Proyecto Sico-social del Hogar de Cristo, Fundación Paréntesis, que trabajan en la cárcel de Puente Alto, emitido por Omar Rivas Oróstica, de 15 de junio de 2007, en el que se consigna que ha participado en todos los talleres educacionales: de preparación para el trabajo, de desarrollo personal y responsabilización, deportivo, de apoyo y ámbito familiar, con buenas proyecciones sociales desde el medio libre; **y**

b) Respecto de José Luis Banda Cavieres: informe social emitido por la trabajadora social Carla Salazar Geisse, en el que solicita otorgar el beneficio de la libertad fundada en la entrevista sostenida con el imputado; informe sicológico en el que en definitiva recomienda hacer una derivación a un centro especializado en atención de jóvenes con el cuidado y atención de profesionales idóneos con el fin de evitar la profundización y solidificación de conductas riesgosas para su entorno; un informe elaborado por la fundación Paréntesis del Hogar de Cristo que trabajan en la cárcel de Puente Alto, en el que refiere haber participado activamente en talleres educacionales, de preparación para el trabajo, de desarrollo personal y responsabilización, deportivo.

Concluyó solicitando no se aplique una pena superior a los 5 años atento para ello a

los argumentos vertidos anteriormente, a lo dispuesto en la Ley 20.191, y especialmente a los criterios de determinación de pena referidos en el artículo 24 de la Ley 20.084, especialmente el de la idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.

Replicando el ministerio público sostuvo que la Ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Juvenil establece un régimen de privación de libertad para los menores de edad para lo cual distingue entre menores de 14 a 16 años, y menores de 16 a 18 años de edad, cuyo sería el caso de los acusados Banda y Orellana, quienes a la fecha de comisión del ilícito eran mayores de 16 años de edad. Por ello, "y de ser aplicable la disposiciones de Ley 20.084" -sin descartarlo o afirmarlo y menos aún argumentarlo- caerían dentro del ámbito de la determinación de la sanción de la referida ley. Supletoriamente aplicar el artículo 351 del Código Procesal Penal por resultar más favorable a los imputados, tomando en consideración la pena abstracta asignada al delito de robo con intimidación, con la rebaja de grado que contempla el artículo 72, y aumentarla en un grado regulándola dentro de éste en el máximo teniendo para ello en consideración el número de delitos por el cual se les condena. Conforme a ello la pena de 10 años de internación en régimen cerrado se ajusta a derecho. Discrepó de la petición de la defensa en cuanto a que el "tope legal" sería de cinco años. Finalmente, respecto insistió en la concurrencia de la agravante y en la minorante del artículo 11 N° 6 del Código Penal; y

c) la defensa del acusado Orellana, solicitó no considerar la circunstancia agravante de pluralidad de malhechores, compartiendo al efecto y haciendo suyas las razones y argumentaciones que sobre dicho punto vertió la defensa de los menores, agregando que si respecto de éstos y por aplicación del artículo 21 de la Ley 20.084, no puede considerarse la circunstancia agravante en cuestión, tampoco entonces en el caso de su representado, atendido el carácter inherente a los hechos de dicha circunstancia. Solicitó reconocerle las circunstancias atenuantes 6ª y 9ª del artículo 11, calificando esta última, y consecuentemente, imponerle una pena de 5 años y un día de presidio.

Replicando el ministerio público dijo mantener la petición de la atenuante del N° 6 y la agravante del artículo 456 bis N° 3, ambos del Código Penal. Respecto de la calificación de la atenuante del artículo 11 N° 9, señaló no haber antecedentes para ello, haciendo presente que el acusado señaló no haber participado en el primer delito. En cuanto a la pena de 5 años y un día que pide su defensa tal pena no se ajustaría a derecho atendida las reglas que rigen la determinación penal, la pena abstracta con que se sanciona por ley al delito, las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal y las normas de concurso material o real de delitos, siendo en su caso claramente más favorable aplicarle el articulo 351 del Código Procesal Penal que el articulo 74 del Penal, norma conforme a esta última podría llegarse a cuatro (4) penas de 5 años y un día, en circunstancias que la fiscalía pide se aplique la pena básica del delito, de 5 años y un día, aumentada en 2 grados en atención al numero de delitos por los cuales fue condenado el imputado, su participación en los mismos y la extensión del mal causado.

Finalmente, agregó la defensa que compartiendo el análisis del fiscal discrepa sin embargo en cuanto a la cantidad de grados en que se aumente la pena, lo que debiera ser en sólo uno.

DÉCIMO: Que, beneficia a los encausados la minorante de irreprochable conducta anterior, suficientemente justificada en la especie, primero con la alegación en tal sentido que hiciera el propio ministerio público -órgano exclusivo y objetivo de persecución penal-, y luego con el mérito de los extractos de filiación de cada uno de los acusados desprovistos de

anotaciones anteriores aportados por el mismo ente persecutor.

UNDÉCIMO: Que, tratándose de la circunstancia minorante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, el tribunal la tendrá por configurada en los siguientes términos: tratándose de Ruben Orellana, sólo en los delitos cuya fechas de comisión corresponden a los días 9 de septiembre de 2005, 5 de octubre de 2005 y 27 de octubre del mismo año; en el caso del sentenciado Maldonado Guerrero, en el delito perpetrado el 2 de septiembre de 2005, en perjuicio de Juan Sebastián Matus Alarcón, y tratándose del encausado Banda Cavieres, se configura la minorante únicamente respecto de los delitos perpetrados con fecha 2 de septiembre y 27 de octubre de 2005.

Lo anterior, al cumplirse en tales hechos ilícitos las condiciones jurídicas y fácticas que demanda la citada disposición. En efecto, una declaración confesando lisa y llanamente en juicio los hechos y participación imputados, podrá siempre, y en principio, contribuir a la configuración de la minorante como quiera que quien así procede renuncia a su expreso derecho de guardar silencio, coadyuvando y hasta facilitando en extremo la labor del ministerio público de cara al juicio y a la teoría del caso planteada. Si toda persona imputada se encuentra amparada por la presunción legal de inocencia hasta en tanto no sea condenado por sentencia firme, y además, en consonancia con dicha presunción, expresamente autorizado para guardar silencio, innegable y forzoso será tener presente, y así reconocer para el caso de condena, que la confesión prestada por los imputados en estrados constituirá una forma o manera, entre otras varias posibles, de colaborar sustancialmente al esclarecimiento de los hechos que han sido materia de la acusación, ello desde que sin oposición, controversia o silencio, se allana, reconoce y confiesa la efectividad del caso sustentado por el ministerio público.

A mayor abundamiento, si el derecho de guardar silencio constituye una forma de defensa para quien se encuentra imputado de ser responsable de un delito -derecho que según se dijo le es permitido renunciar- es del caso entonces que dicha renuncia generará en el órgano de persecución una liberación importante, mas no total, del peso de la prueba que sobre él recae, disminuyendo en extremo cualquiera forma de duda respecto del acaecimiento de los hechos y de la participación imputadas en la acusación.

DUODÉCIMO: Que, agrava la responsabilidad de los acusados la circunstancia especial del artículo 456 bis N° 3 Código Penal prevista, entre otros, para el delito de robo con intimidación. Esto porque al obrar o tomar parte en los términos del artículo 15 del citado Código dos o más personas, se genera correlativamente una natural, objetiva y mayor indefensión en las víctimas que sufren el ataque, como ocurrió en la especie en cada uno de los delitos, inclusive tratándose del que fue objeto Gonzalo Alejandro Rojas Cerón, perpetrado el 5 de octubre de 2005, hecho en el cual inconcuso resultó a los sentenciadores que en su ejecución tomaron parte dos personas en la forma que se estableció en el considerando Sexto precedente. En el mismo sentido, la sola y aislada circunstancia de que el órgano de persecución no haya podido traer a juicio al otro participe del hecho no obsta, ni puede obstar, a reconocer que en la realidad fáctica intervinieron real, efectiva y ofensivamente los dos individuos que refirió la víctima y que tuvo por establecido el tribunal, en los términos que describe el artículo 436 inciso primero, compartiendo así y entre sí dichas personas el título de autores ejecutores al haber tomado parte en la realización de los hechos de manera inmediata y directa.

Para mayor abundar, cabe consignar que la *ratio legis* de la agravante en cuestión radica precisamente en sancionar con mayor drasticidad una conducta que en si misma presenta un mayor disvalor cuando, como en la especie, en la ejecución del hecho

tomaron parte dos o más personas cuya superioridad numérica objetivamente debilitó las posibilidades de defensa de las víctimas, hecho que se tuvo por suficientemente acreditado con la prueba de cargo en general y con los dichos de las víctimas y testigos en particular, sin que obste a lo concluido la circunstancia de que parte de la pluralidad de personas que intervinieron en los hechos hubieren sido menores de edad pues, como ha sancionado reiteradamente la jurisprudencia, lo determinante para la configuración de la agravante es la concurrencia objetiva y activa de dos o más personas, ello con independencia de su antecedentes pretéritos, de su edad o otra circunstancia secundaria.

DÉCIMOTERCERO: Que, en concepto de los sentenciadores no concurren antecedentes, ni aún los aportados en la audiencia del artículo 343 del Código Procesal Penal, que justifiquen la calificación que se pide de las minorantes al tenor del artículo 68 bis del Código Penal, esto es, extraordinarias circunstancias que permitan hacer uso de tan excepcional facultad como es la que contempla la citada norma, ello especialmente teniendo presente la rebaja de pena a que la misma faculta.

DÉCIMO CUARTO: Que, al regular la pena habrá de distinguirse entre el condenado adulto y los condenados menores de 18 años, declarados con discernimiento. Así entonces:

i) Tratándose del primero, Rubén Humberto Orellana Montes, la determinación del quantum se hará en la forma que disponen los artículos 68 y 69 del Código Penal y 351 del Código Procesal Penal, norma de cómputo esta última considerada más beneficiosa para el condenado que aquella otra que contempla el artículo 74 del primero de dichos Códigos, conforme a la cual la pena se aumentará en un grado por sobre el mínimo asignado en la ley, esto es, de presidio mayor en su grado mínimo se la aumentará a presidio mayor en su grado medio, y dentro de éste no se la impondrá en la parte superior del grado habida cuenta que concurriendo dos circunstancias atenuantes y una agravante, y luego de compensada ésta con aquéllas, subsiste un minorante a favor del condenado. Finalmente, se tendrá en consideración el grado de ejecución de los delitos -consumados- y la extensión del mal producido con cada uno de ellos; y,

ii) Tratándose de los menores, y en cumplimiento del deber que al juez le impone el artículo 18 inciso primero, del Código Penal, la regulación de la pena que se les impondrá lo será con sujeción a la Ley 20.084, de 7 de diciembre de 2005, y al artículo 351 del Código Procesal penal, desestimándose en consecuencia la pretensión de la defensa en orden a sancionar a los sentenciados conforme a la Ley 20.191, de 2 de junio de 2007, la que calificó como ley intermedia, ello no obstante que en los hechos y a la luz de su petición principal, atendido la especial forma de aplicación que de dicha normativa se pidiera, constituye más bien una suerte de *ley tertia*, a cuya aplicación -creación- no se encuentra autorizado el órgano jurisdiccional.

Al efecto, conforme al citado artículo 18 inciso primero, del Código Penal, cuyo sustento descansa en el principio de proporcionalidad, el juez puede y debe aplicar a hechos anteriores una ley penal posterior sólo en cuanto esta fuere más favorable para el reo. Para ello será entonces siempre menester que concurra en los hechos la razón o justificación de tal aplicación: "una congruencia entre la reacción punitiva en el momento de la imposición de la pena (condena, sentencia) y la valoración social del merecimiento y necesidad de pena del delito por cuya comisión se condena, expresada en la ley" (Antonio Bascuñán Rodríguez, "Ley Penal"). Así entonces, la ley penal posterior cuya aplicación retroactiva ha de hacerse, requerirá siempre y de suyo, expresar o haber expresado, según si estuviere o no vigente, "una medida legal de merecimiento y necesidad de pena", exigencia que será aplicable no sólo al caso de leyes más favorables que se encuentren vigentes al momento de la reacción punitiva judicial sino que también para el caso de las llamadas "leyes intermedias", esto es, aquellas

que siendo más favorables y posteriores a los hechos no se encuentren sin embargo vigentes al momento de su aplicación, como sostuvo la defensa sería el caso de la Ley 20.191 publicada en el diario oficial el 2 de junio de 2007. Dicha normativa, carece de la condición de ser una ley penal posterior más favorable desde que, publicada de la manera que se hizo -desprovista del numeral 1° del artículo 23 de la Ley 20.084- no contiene "una medida legal de merecimiento y necesidad de pena", ello especialmente considerando que como ley penal debió -en el punto que nos ocupa- formular alguna expresa declaración de voluntad soberana que manifestada en la forma prescrita por la Constitución, mandara, permitiera o prohibiera (típica y antijurídicamente) alguna conducta. La ley en cuestión, al tenor del Mensaje con el cual se remitió al Congreso Nacional, no tuvo en caso alguno por objeto despenalizar o aminorar las sanciones de los menores infractores de ley. En efecto, señaló éste que "el Ejecutivo se ha planteado la necesidad de introducir precisos pero necesarios ajustes a la ley, de modo de cumplir con los fines que la inspiran, esto es, la responsabilización y la reinserción social del adolescente", agregando algunas líneas más adelante que "En este sentido, la propuesta que se presenta al Parlamento apunta a confeccionar algunos aspectos procesales y otros sustantivos que permitirán que ella sea aplicada de manera más uniforme, previniendo dudas interpretativas y problemas de operatividad". Por ello, a renglón seguido señaló que "las modificaciones que en concreto se someten a consideración del poder Legislativo, se estructuran a partir de cuatro aspectos fundamentales": "El primero dice relación con la *reordenación* de los artículos referidos a la determinación de penas, a objeto de distinguir entre la pena a imponer y la pena considerada en abstracto. El segundo, en lo que respecta a la *procedencia de la internación provisoria*, clarifica cuál será la pena a considerar por el juez para determinar si ella es o no procedente. El tercer aspecto consiste en establecer en, el caso de *detención por flagrancia,* nuevos elementos que deben presentarse durante el tiempo anterior al que el adolescente es puesto a disposición del tribunal. En cuarto y último lugar, en lo que se refiere a los centros semicerrados, se *otorga la posibilidad al Servicio Nacional de Menores de celebrar convenios con colaboradores acreditados* para efectos de la oferta en materia de estos centros. Además, se contempla *también facultar al juez para optar por la aplicación de una libertad asistida especial* en aquellos casos en que sea procedente una sanción de internación en régimen semicerrado".

De lo antes expuesto se sigue entonces que el objetivo perseguido por el Ejecutivo con las modificaciones que finalmente se plasmaron en la Ley 20.191, de 2 de junio de este año, dijeron relación únicamente con determinación de penas, internación provisoria, flagrancia y Centros de Internación semicerrados. De estos cuatro aspectos solamente el primero de ellos podría guardar alguna correspondencia con el planteamiento de la defensa, lo que prontamente debe desestimarse habida cuenta que las modificaciones en dicho punto tuvieron por objeto evitar dudas interpretativas en los artículos 6°, 21, 22, 23 y 32, las que se pretendió solucionar estableciendo "que la pena a considerar en estas disposiciones será aquella abstracta que el delito tenga asignada, de acuerdo a la normativa penal general o especial, según sea el caso. Por tanto, la sanción quedará determinada por el mínimo establecido para el delito en cuestión, a la que se le rebaja un grado de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 20.084".

Pues bien, y sin perjuicio de la indicación que el Poder Legislativo tuvo a bien introducir en el artículo 23 N° 1 de la Ley N° 20.084, las precisiones que se buscaban fueron en lo medular, y algo más, aprobadas por el Congreso Nacional. Por ello, y después de ellas, cabe entonces preguntarse en qué momento tuvo lugar la manifestación de voluntad soberana en orden a despenalizar un comportamiento o reducir las penas aplicables

que justifique y autorice hoy día al juez tener que darle aplicación, ya fuere absolviendo -lo que en definitiva no pide la defensa por considerarlo una "patudez jurídica"- ya fuere imponiendo una medida de pena inferior a las establecidas en la ley. Tal declaración no existe y nunca se pretendió que existiera. Lo que si existió fue la publicación y vigencia, aunque de manera incompleta, de la ley en comento desde el 8 de junio de 2007 -atendido que al igual que la ley modificada, N° 20.084, su vigencia quedó supeditada a la entrada en vigencia de ésta- y hasta el 16 del mismo mes y año, en que se publicó el complemento de la misma al haberse resuelto por el Tribunal Constitucional el requerimiento que ante éste se había planteado con motivo de la indicación que en el Senado se introdujo al N° 1 del artículo 23 de la Ley 20.084.

Ahora bien, con motivo de la publicación del complemento antes señalado, la Ley 20.191 ha pasado a constituir, en el presente caso, una ley penal posterior más desfavorable cuya aplicación a los sentenciados Banda y Maldonado no resulta aplicable habida cuenta de la prohibición de rango constitucional que se contiene en el artículo 19 N° 3, inciso séptimo, de la Carta Fundamental. Baste para ello señalar que en su texto actual, vigente desde el 16 de junio en curso, la naturaleza de la sanción (atendida la extensión de la pena privativa de libertad de que son merecedores los referidos Banda y Maldonado, atento especialmente para ello al número de delitos por los que se les ha condenado, cuatro y tres, respectivamente) necesariamente quedará regulada en el N° 1 del artículo 23 de la Ley 20.084, el que en su texto actual obliga al juez a imponer internación en régimen cerrado, norma que resulta más desfavorable que la anterior en cuanto establecía la alternativa para el juez, y por ende la posibilidad al condenado, de una internación en régimen semi cerrado, en ambos casos con programa de reinserción social.

Consecuentemente con lo razonado, la sanción se determinará al amparo únicamente de la Ley 20.084, en su redacción original tal como fuera publicada el 7 de diciembre de 2005.

Sin perjuicio de lo anterior, al tenor del artículo 24 de la Ley 20.084, y conforme a la facultad que al juez le reconoce el artículo 19 de la misma, no se hará lugar a la solicitud subsidiaria de dar aplicación a la sanción mixta que en esta última se establece.

DÉCIMO QUINTO: Que, habiéndose condenado a Banda Cavieres por cuatro (4) delitos y Maldonado Guerrero por tres (3), la pena se les regulará en su extensión conforme primero a la rebaja que ordena el artículo 21 de la Ley 20.084 y luego, por la reiteración, dando aplicación al artículo 351 del Código Procesal Penal, forma de cómputo que se considera más favorable que la establecida en el artículo 74 del Código Penal. De la manera señalada, y siendo la pena asignada al delito de robo con intimidación de presidio mayor en su grado mínimo a máximo, por aplicación del citado artículo 21 se la reducirá en un grado, quedando en presidio menor en su grado máximo; luego, y desde la parte inferior de dicho grado de pena, se la aumentará en uno, elevándose de esa forma la sanción privativa de libertad a presidio mayor en su grado mínimo, y dentro de éste no se les impondrá en la parte superior del grado habida cuenta que concurriendo dos circunstancias atenuantes y una agravante, y luego de compensada ésta con aquéllas, subsiste en su favor una minorante. Por último, y conforme ordenan los artículos 50, 68 y 69 del Código Penal y 24 de la citada Ley, los primeros para la extensión de la pena, y el último para la determinación de su naturaleza, el tribunal tendrá en consideración el número y entidad de las circunstancias modificatorias de responsabilidad y la latitud del mal producido con los delitos -tratándose de la extensión o duración de la pena-, y -en el caso de la naturaleza de la sanción-: a) la gravedad de los delitos; b) su participación en calidad de autores y el hecho de haberse consumado cada uno de dichos ilícitos; c) la edad de los sentenciados tanto a la fecha

de los hechos como a la época del juicio, a saber, ambos mayores de 16 y menores de 18 años; d) la mayor extensión del mal causado tanto en el patrimonio como en la integridad psíquica de las víctimas, bastando para esto último el juicio que pudieron formarse los sentenciadores al escuchar sus testimonios, v.gr., Carlos Jara Fernández, quien sólo al momento de los reconocimientos que le solicitó efectuar el fiscal en la audiencia pudo levantar y dirigir la mirada hacia los acusados; o el testimonio de Domingo Pino Márquez, quien refirió en a lo menos dos oportunidades que lo vivido difícilmente podría olvidarlo; y e) la idoneidad de la sanción con miras a fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social, para cuyo efecto se tiene especialmente en consideración los antecedentes aportados por los intervenientes, particularmente la defensa, en la oportunidad que refiere el artículo 343 del Código Procesal Penal.

DÉCIMO SEXTO: Que la edad de los condenados menores de edad se la tuvo por establecida con el mérito de los datos consignados en el auto de apertura, con los dichos del fiscal ante la consulta de si habrían sido o no prontuariados los acusados durante la investigación, con los dichos de los menores encausados al momento de su individualización y con los extractos de filiación y antecedentes aportados en la audiencia del artículo 343 del Código Procesal Penal, correspondiendo en consecuencia a la época del juicio 17 años la edad de ambos acusados, y 16 años la edad de éstos a la época de ocurrencia de los hechos.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 6°, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 29, 39, 40, 43, 44, 45, 46, 47, 48 y 49 de la Ley 20.084, de 7 de diciembre de 2005; 1°, 15 N° 1, 18, 24, 26, 28, 50, 439 y 450 Código Penal; 45, 47, 49, 59, 295, 297, 340, 341, 342, 344, 346 y 348 del Código Procesal Penal, se declara:

I.- Respecto de Rubén Humberto Orellana Montes:

1°.- ABSOLVERLO de la acusación formulada en su contra de ser autor de **dos delitos** de robo con intimidación en perjuicio de Juan Sebastián Matus Alarcón, ocurridos el día 2 y 8 de septiembre del 2005, y

2°.- CONDENARLO a la pena de **QUINCE AÑOS DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MEDIO**, a las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares durante el tiempo de la condena, más costas, por su responsabilidad como **autor de cuatro (4) delitos, reiterados, de robo con intimidación** perpetrados en la comuna de Peñalolén de esta ciudad, los días 1° de septiembre de 2005, en perjuicio de Domingo Flavio Pino Márquez; 9 de septiembre de 2005, en perjuicio de Elbio Daniel González Soza; 5 de octubre de 2005, en perjuicio de Gonzalo Alejandro Rojas Cerón; y 27 de octubre de 2005, en perjuicio de Carlos Enrique Jara Fernández, ilícitos que se encuentran previstos y sancionados en el artículo 436 inciso primero del Código Penal; y

3°.- Atendida la extensión de la pena impuesta no se otorga al condenado Orellana Montes beneficio alternativo alguno de aquellos que regula la Ley 18.216. Consecuentemente, **la pena de presidio impuesta deberá cumplirla real y efectivamente**, contándosela desde el 18 de noviembre de 2005, fecha desde la cual permanece ininterrumpidamente privado de libertad con motivo de esta causa.

II.- Respecto del acusado Manuel Alejandro Maldonado Guerrero:

1°.- ABSOLVERLO de la acusación formulada en su contra de ser autor de **dos delitos** de robo con intimidación, uno en perjuicio de Juan Sebastián Matus Alarcón, ocurrido el 8 de septiembre del 2005, y el

otro en perjuicio de Carlos Jara Fernández, ocurrido el 27 de octubre del año 2005;

2°.- CONDENARLO a la pena de **NUEVE AÑOS DE INTERNACIÓN EN RÉGIMEN CERRADO CON PROGRAMA DE REINSERCIÓN SOCIAL**, más costas, por su responsabilidad como **autor de tres (3) delitos, reiterados, de robo con intimidación** perpetrados en la comuna de Peñalolén de esta ciudad los días 1° de septiembre de 2005, en perjuicio de Domingo Flavio Pino Márquez; 2 de septiembre de 2005, en perjuicio de Juan Sebastián Matus Alarcón; y 9 de septiembre del 2005, en perjuicio de Elbio Daniel González Soza, ilícitos previstos y sancionados en el artículo 436 inciso primero, del Código Penal; y

3°.- La pena de internación se le contará desde el 28 de diciembre de 2005, fecha desde la cual permanece ininterrumpidamente privado de libertad con motivo de esta causa, sirviéndole además de abono los quince (15) días que estuvo privado de ella en la causa entre el 18 de noviembre de 2005 y el 2 de diciembre del mismo año, según se consigna en el auto de apertura.

III.- Respecto del acusado José Luis Banda Cavieres:

1°.- ABSOLVERLO de la acusación formulada en su contra de ser autor de **un delito** de robo con intimidación en perjuicio de Juan Sebastián Matus Alarcón, hecho acaecido el 8 de septiembre de 2005;

2°.- CONDENARLO a la pena de **DIEZ AÑOS DE INTERNACIÓN EN RÉGIMEN CERRADO CON PROGRAMA DE REINSERCIÓN SOCIAL**, más costas por su responsabilidad como **autor de cuatro (4) delitos, reiterados, de robo con intimidación** perpetrados en la comuna de Peñalolén de esta ciudad, los días 1° de septiembre de 2005, en perjuicio de Domingo Flavio Pino Márquez; 2 de septiembre del 2005, en perjuicio de Juan Matus Alarcón; el 9 de septiembre del 2005, en perjuicio de Elbio González Soza; y el 27 de octubre de 2005, en perjuicio de de Carlos Jara Fernández; y

3°.- La pena de internación se le contará desde el 21 de marzo de 2006, fecha desde la cual permanece ininterrumpidamente privado de libertad con motivo de esta causa, según se consigna en el auto de apertura.

Se previene que la magistrado Sra. González estimó no concurrente en el ilícito perpetrado el 5 de octubre de 2005, en perjuicio de Gonzalo Rojas Cerón, la agravante de pluralidad de malhechores considerando que la acusación se dirigió, en este caso, únicamente en contra de una persona, ignorándose la identidad del otro participe.

Ejecutoriada esta sentencia remítase al Juzgado de Garantía que corresponda para la oportuna ejecución de lo resuelto.

Regístrese y, en su oportunidad, archívese.

SENTENCIA PRONUNCIADA POR LOS JUECES TITULARES DEL SÉPTIMO TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO GLORIA CHACÓN DIEZ, BERNARDITA GONZÁLEZ FIGARI Y JOSÉ MARÍA TOLEDO CANALES, QUIEN REDACTÓ.

CORTES DE APELACIONES

- **Aclara que frente a una eventual desproporción o inconstitucionalidad del artículo 450 del Código Penal, sólo es posible remediarlo con una reforma legislativa o una declaración de inconstitucionalidad.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Resumen:

La Defensa interpuso un recurso de nulidad en contra del fallo condenatorio dictado en contra de su representado por estimar que concurría la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, argumentando que se había aplicado una norma inconstitucional, como sería el artículos 450 del Código Penal, así como por no haberse rebajado la pena más que en un grado pese a resultar aplicable el artículo 73 del mismo código. La Corte rechazó el recurso señalando que el artículo 450 del Código Penal no adolece de inconstitucionalidad por carecer de tipicidad, porque las figuras típicas a las que resulta aplicable, robo con violencia o intimidación y robo con fuerza en las cosas en lugares habitados o destinados a la habitación, se encuentran exhaustivamente descritos en los artículos 432, 433, 436 y 440 del código punitivo. Haciéndose cargo de los fundamentos del recurso, agregó que este artículo tampoco se refiere a una normativa respecto de presunciones, porque no es que dé por cierto aquello que supone ser verdad, sino que finge lo que desde un comienzo se sabe que no es, vale decir, lo que ella hace es fingir una consumación, asemejándose a los llamados delitos de emprendimiento, en que la ley describe expressis verbis, pero ahora al interior de la misma estructura del tipo, una actividad consumada junto a otra en que sólo se inicia la ejecución. En cuanto a la pena determinada por el Tribunal, la Corte señaló que estaba dentro de sus atribuciones establecer cuántos grados disminuir frente al reconocimiento de una eximente incompleta.

Texto completo:

Valparaíso, veintinueve de marzo de dos mil siete.

Vistos:

El recurso de nulidad deducido por el defensor penal público don Alejandro José García García en contra de la sentencia de 22 de enero de 2007, pronunciada por el Tribunal de juicio oral en lo penal de San Antonio, que condenó a Carlos Gregorio Marín Triviño, en cuya representación comparece, a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias legales y las costas de la causa, como autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, en que el recurrente pide que se anule la sentencia y dicte otra en su reemplazo que imponga la pena que legalmente corresponde al acusado.

La audiencia pública de 9 de marzo de 2007, que tuvo lugar con la asistencia del defensor penal público don Mauricio Riveaud Ortiz y, por la recurrida, la fiscal doña Paola Castiglione González, oportunidad en que ambas partes expusieron los fundamentos de sus respectivas pretensiones y, en particular, la última solicitó el rechazo del recurso.

Considerando:

PRIMERO: Que el recurrente basa su solicitud en que la sentencia condenatoria versa en la situación descrita en el artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, es decir, que incurrió en una errónea aplicación del derecho con influencia substancial en lo dispositivo del fallo, por el doble motivo de haber hecho uso del artículo 450, párrafo primero, del Código penal, disposición que a juicio de la defensa se halla tácitamente derogada por la Constitución política de la República, amén de contradecir diversos principios limitadores del ius puniendi, y, en seguida, de rebajar sólo en un grado la pena, en circunstancias que pudo reducirla hasta en tres, conforme a lo previsto en el artículo 73 del cuerpo punitivo, atendida la entidad de la dolencia psíquica y del trastorno de personalidad que afectan al hechor. Por estas razones, concluye que la pena concreta que merece su hecho ha de coincidir con la de un robo tentado o, a lo

sumo, frustrado, y dentro del mínimo del grado correspondiente, teniéndosela por cumplida u ordenando su substitución por alguno de los medios previstos en la Ley número 18.216.

SEGUNDO: Que, en efecto, el recurso divisa un primer quebrantamiento del deber de aplicar correctamente el Derecho, en que la sentencia llega a la pena del autor de un robo tentado, sancionándole como responsable del mismo hecho, pero consumado, sobre la base de una disposición, la del primer inciso del artículo 450 del Código Penal, que atenta contra los principios de tipicidad, al no establecer la actividad que castiga, de culpabilidad, por contener una presunción de Derecho prohibida por la Constitución, de proporcionalidad, cayendo los juzgadores en una desarmonía tanto más crasa cuanto que ellos mismos admiten que el autor tiene su imputabilidad disminuida y no completó el proceso ejecutivo del delito, y de humanidad, pues vulnera la interdicción internacional de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Por lo demás, aduce que la regla en cuestión fue derogada implícitamente por otra de superior jerarquía, desde el momento que la Constitución exige de la ley una acuñación precisa de las actividades delictuosas, rechaza las presunciones de Derecho de la responsabilidad penal y demanda que las penas se proporcionen a los delitos.

TERCERO: Que, en seguida, la sentencia da por establecida la disminución de la imputabilidad del acusado y, sin embargo, reduce la penalidad en términos tan exiguos, que no reflejan la gravedad del estado nosológico de un sujeto incapaz de dirigir su conducta con arreglo a la representación del deber jurídico, incapacidad debida a un serio deterioro cerebral y a una demostrada dependencia de substancias estupefacientes. En sentir del recurrente, la única manera de que la pena se ajuste a la medida de la culpabilidad, supone que se la rebaje en toda la extensión que consiente el artículo 73 del Código Penal.

CUARTO: Que, a su vez, el Ministerio Público controvierte entrambos aspectos esgrimidos por el recurso. Primero, porque el artículo 450 del Código Penal se adecua a las exigencias de la Constitución, y así lo ha declarado el Tribunal Constitucional, si es verdad que la fórmula contenida allí expresa una opción político-criminal plausible y, en todo caso, de resorte exclusivo del Parlamento; y, segundo, dado que el artículo 73 del propio texto legal en modo alguno fue objeto de una aplicación equivocada en el fallo, siendo atribución del sentenciador decidir los grados que abarcará la reducción del margen penal y fijar dentro del que escoja la punición concreta del delito, cuestiones que, para el representante del ministerio fiscal, son de índole fáctica y escapan por principio al ámbito del recurso de nulidad.

QUINTO: Que, contrariamente a lo planteado por la defensa de Marín Triviño, la índole de la regla enunciada en el artículo 450, inciso uno, del Código Penal, muestra su total subordinación a los delitos de robo con violencia o intimidación y robo con fuerza en las cosas en lugares habitados o destinados a la habitación. Tal dependencia impide pensar que allí se infrinja el principio de legalidad y su precipitado técnico, el de tipicidad, como quiera que las actividades delictuosas a que accede la disposición están exhaustivamente descritas en los artículos 432, 433, 436 y 440 de dicho Código. Sostener, a su vez, que aquí se está en presencia de un régimen especial sobre determinación de la pena, como consigna el fallo en su considerando décimo, confunde el efecto del precepto con su genuina naturaleza jurídica. Ésta no lo incardina precisamente dentro de las presunciones de culpabilidad o de autoría. Todo razonamiento por presunciones llega al hecho ignoto, que busca despejar, tomando como base otro conocido y anudándolos con la máxima id quod plerumque accidit (lo que sucede más a menudo). También las presunciones que

formula la ley dan por cierto aquello que suponen ser verdad, no fingen lo que desde la partida se sabe que no es, como en el presente caso.

Por ende, en el artículo en palabra se oculta una ficción de consumación. Como en toda analogía parcial, la que estampa el Código para el delito de robo asocia consecuencias jurídicas a un consciente alejamiento de la realidad, ajeno al cálculo de probabilidades que anima a las presunciones. La equiparación en orden a la penalidad de las etapas del proceso ejecutivo de la infracción, es semejante a lo que ocurre en los delitos llamados de emprendimiento, en que la ley describe expressis verbis, pero ahora al interior de la misma estructura del tipo, una actividad consumada junto a otra que sólo inicia la ejecución, por ejemplo, el artículo 17 de la Ley número 20.120, de 22 de septiembre de 2006, donde se castiga a quien clonare o iniciare un proceso de clonar seres humanos.

SEXTO: Que, siendo cierto que disposiciones de este jaez han sido cuestionadas por la doctrina no sólo a causa de su falta de realismo, sino además en sus efectos contraproducentes, comenzando por el hecho de poder tornarse criminógenas "o sea, en una invitación a consumar la fechoría", no es menos exacto que su eventual desproporción, con la consiguiente sospecha de inconstitucionalidad en un Estado que se proclama de Derecho, sólo puede remediarse con una reforma legislativa o, en su caso, una declaración de inconstitucionalidad que las aleje fulminante y globalmente del ordenamiento jurídico. En los sistemas que facilitan la enervación de las leyes contrarias a la Constitución a través de un control difuso cometido a cada órgano jurisdiccional, esto es factible limitadamente al asunto objeto de enjuiciamiento. Pero en el Derecho chileno, caracterizado por un rígido y centralizado control de la legitimidad de las disposiciones legiferantes, la incompatibilidad de alguna de éstas con la Ley fundamental, así como con el Derecho Internacional que ella recepta, requiere que el Tribunal Constitucional las declare inaplicables a un negocio en particular o reñidas en general con la Constitución, según los artículos 93, números 6 y 7, y 94 de esta última.

SÉPTIMO: Que, por otra parte, el fallo materia del recurso somete la eximente incompleta que favorece al acusado, no a las circunscritas consecuencias de una circunstancia atenuante cualquiera, sino al régimen del artículo 73 del Código Penal, lo cual coincide con el parecer del recurrente y la doctrina que él invoca, en el sentido de que, con contadas excepciones, todas las eximentes incompletas pueden surtir el efecto de atenuación contemplado allí, con tal que concurra el mayor número de sus requisitos o, en la dicción del recurso, grados. Sin embargo, esta moderna inteligencia del alcance del artículo en cuestión, acogida en el caso que aquí interesa, no resta al sentenciador su facultad de decidir en cuántos grados reducirá la punición respecto de la pena abstracta del delito, atribución que ha de ejercer según el número y la entidad de los requisitos de la exención que falten o concurran en la especie, y que la sentencia condenatoria argumentó en su considerando vigésimo primero.

OCTAVO: Que, en resumen, ha de concluirse que el fallo no ha dado una aplicación incorrecta del Derecho, con influencia substancial en lo dispositivo de la resolución, por lo cual el recurso que lo impugna deberá ser objeto de rechazo.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 358, 360, 372, 373, letra b), 375 y 384 del Código Procesal Penal, se declara que SE RECHAZA el recurso de nulidad deducido por el defensor penal público don Alejandro José García García, en representación del condenado Carlos Gregorio Marín Triviño, contra la sentencia pronunciada el 22 de enero de 2007 por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio.

Se previene, empero, que en su voto particular el abogado integrante señor José Luis Guzmán Dalbora fue de la opinión

de que la sentencia no desarrolla, sino simplemente esboza el razonamiento en cuya virtud redujo en un solo grado la pena del delito, imponiéndola en el máximo de las posibilidades del presidio menor. La determinación judicial de la pena hace rato que se alejó del dogma de una discrecionalidad que permitiría al juez ahorrarse la exposición completa y circunstanciada de los factores, deducidos de la ley misma, que tuvo en cuenta a la hora de fijar la concreta consecuencia punitiva del hecho. Puesto que este es un asunto de aplicación del Derecho, con la valoración respectiva, es deber del juez servirse de todos los elementos que le ofrece el Código Penal para la tarea y, en el caso de autos, especialmente de la intensa disminución de la imputabilidad del acusado, el hecho de que éste no empleó violencia en la comisión del delito y tampoco consiguió consumarlo, habiendo las víctimas recuperado gran parte de un botín que no alcanzó a ser desplazado de su casa. Una fundamentación insuficiente de la determinación judicial de la pena puede posibilitar la anulación de la sentencia, justamente por resultar ésta incompleta (cfr. Maurach, Gössel y Zipf, Derecho Penal. Parte General. 2 vols. Traducción de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Astrea, Buenos Aires, t. II, 1995, pág. 797), sin nombrar que para el condenado el saber por qué deberá sufrir una pena precisa y no otra inferior, es aún más importante que el conocimiento de en qué tipo delictivo fue encuadrada su conducta (cfr. Zipf, Die Strafmassrevision [La casación en la medida de la pena], Beck, München, 1969, pág. 180). Con todo, no existiendo al respecto una solicitud específica del recurrente, queda vedado al tribunal extender su resolución a aspectos que exceden los límites del recurso y lo debatido en su tramitación por las partes.

Regístrese y devuélvanse.

Redacción del abogado integrante José Luis Guzmán Dalbora.

Rol N° 131-2007.

No firma la Ministro señora Repetto, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por encontrarse ausente.

- **Declara que en los procedimientos simplificados en que el imputado admite responsabilidad no se producen ni un juicio ni una sentencia definitiva impugnable por la vía de un recurso de nulidad.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Talca.

Resumen:

La Defensa interpuso un recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada en juicio simplificado argumentando que se había faltado al principio de congruencia, además de haber hecho una errónea aplicación del derecho. La Corte rechazó el recurso señalando que en los procedimientos simplificados el legislador estableció dos hipótesis: el imputado no admite responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento fiscal, y, el imputado sí admite tal responsabilidad. Como sólo en la primera situación hay efectivamente un juicio, en el sentido de concurrir todos los momentos jurisdiccionales de éste, cuales son la discusión, la prueba y el juzgamiento, sólo en este caso es posible verificar el respeto al principio de congruencia. En cambio, en la segunda hipótesis, por propia disposición legal no hay juicio, porque no existen etapas de discusión y prueba desde que frente al requerimiento fiscal el imputado sólo se limita a admitir su responsabilidad. Por ende, tampoco puede haber sentencia definitiva, y habida consideración a lo dispuesto en los artículos 372 y 399 del Código Procesal Penal, no resulta impugnable por la vía del recurso de nulidad la decisión judicial alcanzada en un caso así.

Texto completo:

Talca, treinta de marzo de dos mil siete.

Visto:

A fs. 11 de esta carpeta judicial don Andrés Firman Garrido, Defensor Penal Público de Linares, en representación del requerido Nelson Recabal Torres, en causa RUC 0500634064, RIT 3877-2006, interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva dictada en procedimiento simplificado el 26 de febrero del año en curso, en virtud de la cual éste fue condenado a la pena de 100 días de presidio menor en su grado mínimo por el delito de amenaza de atentados contra las personas y propiedad, y a otra pena de 100 días de presidio menor en su grado mínimo por el delito de lesiones menos graves, ambos en grado de consumados, perpetrados en contra de Ana María Muena Araya el 3 de diciembre de 2005 en la ciudad de Longaví, más la accesoria especial contenida en el artículo 9, letra b) de la ley 20.066, esto es, prohibición de acercarse a la víctima, y la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.

Señala que dicha sentencia ha incurrido, conjuntamente, en las causales de nulidad contempladas en los artículos 373 letra b) y 374 letra f) del Código Procesal Penal.

En lo que respecta a la causal del artículo 374 letra f) del Código Procesal, hace presente que, en su concepto, la aludida sentencia ha infringido el principio de congruencia, vicio que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Refiere que su representado fue condenado en razón de los siguientes hechos narrados en el requerimiento: "Con fecha 3 de diciembre de 2005, alrededor de las 20.30 horas aproximadamente la víctima Ana María Muena Araya se encontraba en su domicilio ubicado en Villa Longaví s/n de la comuna de Longaví, en compañía de su familia, instante en que el requerido Nelson Ramiro Recabal Torres, sin causa y motivos justificados procedió a insultar a la víctima Muena Arava con palabras groseras amenazándola con un cuchillo aproximadamente de unos 30 centímetros, procediendo a tomarla del cuello cargando contra su pecho el cuchillo, reclamándole por haberse negado a mantener relaciones sexuales con ella en la noche anterior, resultando la víctima con herida contusa, erosiva región mamaria izquierda, de carácter leve"(sic).

Afirma que el fallo condenó a su representado por hechos y circunstancias no contenidos en el requerimiento, que para todos los efectos se equipara a la acusación.

En cuanto al delito de amenazas, el requerimiento sólo señala que el imputado amenazó a la víctima con un cuchillo, sin señalar cómo y de qué la amenazó, omitiéndose todos los elementos del tipo penal de amenazas, regulado en el artículo 296 del Código Penal, que consiste en amenazar "seria" y "verosímilmente" de un "mal que constitutiva delito" (sic).

Relata que la seriedad, verosimilitud y la amenaza de un mal que constituya delito, no son sólo elementos del tipo penal, sino que además son circunstancias relevantes, que por mandato del artículo 391 letra b) del Código Procesal Penal deben estar contenidos en el requerimiento; y al incurrirse en tal omisión el fallo condenatorio ha excedido los hechos del requerimiento, pues ha entendido existentes circunstancias y elementos del tipo penal de amenazas que no se señalaron en el requerimiento.

Precisa que los hechos del requerimiento, así como los antecedentes de prueba que acompañó el Ministerio Público sólo acreditan la existencia de la falta contemplada en el artículo 494 N° 4 del Código Penal, esto es, el que amenazare a otro con armas blancas, como no sea con motivo justo, ya que en el caso de esta falta no se exige que la amenaza sea seria ni verosímil, ni tampoco que consista en la realización de un mal que constituya delito.

Expresa que también hubo trasgresión del principio de congruencia en la condena por lesiones menos graves, por cuanto el requerimiento no señala que la víctima de la lesión sea conviviente del imputado, y no obstante, es condenado por haber lesionado a su conviviente, circunstancia que produce el efecto de agravar la pena y, por lo tanto, se le condena por hechos y circunstancias no contenidos en el requerimiento, violentando, nuevamente, además, la norma contenida en el articulo 391 letra b) del Código Procesal del Ramo.

En lo que dice relación con la causal de nulidad prevista en el artículo 373 letra b) del citado Código, sostiene que el fallo en referencia ha incurrido en errónea aplicación del derecho, con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, por cuanto el delito de amenazas de lesiones, seguido inmediatamente de lesiones, ha de entenderse consumido o absorbido por el delito de lesiones, tal corno lo contempla el principio penal de la consunción, citando al efecto a los tratadistas Alfredo Etcheberry y Sergio Politoff. En consecuencia, condenar ambos hechos por separado, aplicando las reglas del concurso real regulado en el artículo 74 del Código Penal, ha significado una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, correspondiendo, en definitiva, aplicar la pena de multa de 1 a 4 unidades tributarias mensuales por la falta de lesiones leves del artículo 494 N° 5 del Código Penal, aplicable en su mínimo por no concurrir circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. En subsidio, para el caso que esta Corte estime que existe un delito de lesiones menos graves, solicita se aplique una pena única de 61 días de presidio menor en su grado mínimo por el respectivo delito de lesiones.

Concluye solicitando la nulidad de la sentencia, y el pronunciamiento de una de reemplazo en que se condene al requerido sólo a la pena de multa de 1 unidad tributaria mensual por el delito de lesiones leves; o en subsidio, a la pena única de de 61 días de presidio menor en su grado mínimo por el delito de lesiones menos graves, con el beneficio de la reclusión nocturna, y a las accesorias que en derecho correspondan.

A fs. 17, previa declaración de admisibilidad, el tribunal a quo concedió el recurso, e ingresado a esta Corte, a fs. 19 se ordenó su mantención en Secretaría para los efectos de lo dispuesto en el artículo 382 inciso 10

del Código Procesal Penal, y habiéndose procedido a su vista, quedó la causa en acuerdo, como consta a fs. 20.

Considerando:

PRIMERO: Que, del estudio sistemático de los artículos 373, 374, 385 y 386 del Código Procesal Penal, se desprende que las peticiones concretas que procede en el recurso de nulidad están supeditadas a la causal que se invoque y al interviniente que impugne la respectiva sentencia definitiva, pudiéndose concluir que la regla general en esta materia es la petición de nulidad del juicio y la sentencia, salvo que el recurso se deduzca por el imputado y lo funde en una errónea aplicación del derecho, consistente en que el fallo hubiere calificado de delito un hecho que la ley no considerare tal, aplicado una pena cuando no procediere aplicar pena alguna, o impuesto una superior a la que legalmente correspondiere, en cuyo caso procede pedir la invalidación sólo de la sentencia, y el pronunciamiento de una de reemplazo en conformidad a la lev.

SEGUNDO: Que en la especie, el recurrente ha fundado su recurso en las causales contenidas en los artículos 373, letra b) y 374, letra f), y no obstante ello, ha impetrado sólo la nulidad del fallo impugnado y que se dicte uno de reemplazo, anomalía que se traduce en la inexistencia de peticiones concretas, atendido lo predicho en el motivo que antecede, no otorgando a esta Corte, en consecuencia, competencia específica para resolver el recurso, circunstancia que conduce, necesariamente, a su rechazo.

TERCERO: Que sin perjuicio del fundamento de la conclusión a que se ha arribado precedentemente, cabe consignar que el recurso de nulidad, como aparece claramente de lo prevenido en el inciso primero del artículo 372 del Código Procesal Penal, procede sólo en contra de las sentencias definitivas.

CUARTO: Que conforme a lo dispuesto en el artículo 399 del cuerpo jurídico citado, contra la sentencia definitiva que se libre en el procedimiento simplificado sólo puede interponerse el recurso de nulidad, precisándose que el fiscal requirente y el querellante, en su caso, sólo pueden recurrir si hubieren concurrido al juicio.

QUINTO: Que de acuerdo a lo previsto en el artículo 395 del mismo Código, si el imputado admitiere su responsabilidad en el hecho contenido en el requerimiento del ministerio público, el tribunal dicta sentencia inmediatamente.

SEXTO: Que por su parte, el articulo 395 bis señala que si el imputado no admitiere responsabilidad, el juez procederá en la misma audiencia a la preparación del juicio simplificado, el cual tendrá lugar inmediatamente, si ello fuere posible, o a más tardar dentro de quinto día.

SÉPTIMO: Que en tanto, el artículo 396 establece que el juicio simplificado comenzará dándose lectura al requerimiento del fiscal y a la querella, si la hubiere. En seguida, se oirá a los comparecientes y se recibirá la prueba, tras lo cual se preguntará al imputado si tuviere algo que agregar; y con su nueva declaración o sin ella, el juez pronunciará su decisión de absolución o condena, y fijará una nueva audiencia, para dentro de los cinco días próximos, para dar a conocer el texto escrito de la sentencia.

OCTAVO: Que en consecuencia, de lo que ha quedado dicho, frente a un procedimiento simplificado, el legislador distingue, claramente, dos hipótesis a) cuando el imputado no admite responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento fiscal; y b) cuando el imputado sí admite tal responsabilidad.

En la primera hipótesis, hay juicio, por cuanto concurren todos los momentos jurisdiccionales que le son propios: de conocimiento, con sus fases de discusión y prueba; de decisión o juzgamiento; y de ejecución de lo resuelto. Así se hace posible la concurrencia del principio de congruencia entre el momento jurisdiccional del conocimiento y el de decisión o juzgamiento, plasmándose en la sentencia definitiva, concepto contenido en

el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso penal por remisión del artículo 52 del Código Procesal del Ramo.

En cambio, en la segunda hipótesis, en primer término, por propia disposición legal, como se ha apreciado, no hay juicio, y malamente puede haberlo si no han existido etapas de discusión y prueba, si tenemos en consideración que frente al requerimiento fiscal, el imputado se limita a admitir su responsabilidad, circunstancia que excluye tal momento jurisdiccional de conocimiento del respectivo conflicto jurídico de naturaleza penal.

Y si no hay juicio, consecuencialmente, no puede haber sentencia definitiva, que constituye la expresión máxima de la jurisdicción, comprendida en cada instancia de un proceso, a la que a través suyo se le pone término.

NOVENO: Que en el caso de autos el imputado admitió responsabilidad en los hechos comprendidos en el requerimiento, por manera que, según lo antes concluido, no ha habido juicio ni sentencia definitiva, de modo que el recurso de nulidad que nos ocupa es manifiesta improcedente, por lo que no cabe sino rechazarlo.

Por estos fundamentos y lo dispuesto en los artículos 352, 358, 360 y 384 del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad interpuesto a fs.11 por el defensor penal público don Andrés Firmani Garrido en contra de la sentencia de 26 de febrero último, que se lee a fs.6 de esta carpeta judicial.

Regístrese e insértese en el acta respectiva.

Léase en la audiencia del día de hoy.

Devuélvase.

Redacción del Ministro don Eduardo Meins Olivares.

Rol N° 153-2007.

- **Señala que al proteger el mismo bien jurídico, en este caso la propiedad, tanto el delito de robo con intimidación como el delito de robo con fuerza resultan ser delitos de la misma especie.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Arica.

Resumen:

La Defensa interpuso un recurso de nulidad en contra del fallo condenatorio dictado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, aduciendo la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por estimar que resultaba contra derecho acoger la agravante de reincidencia específica por delitos de distinta especie, como lo serían el robo con intimidación y el robo con fuerza en las cosas. La Corte rechazó el recurso señalando que el artículo 351 del Código Procesal Penal estipula que son delitos de la misma especie aquellos que atentan contra un mismo bien jurídico, y tanto en el robo con intimidación como en el robo con fuerza lo que se protege principalmente es el bien jurídico propiedad, bien jurídico que no desaparece por proteger la norma respectiva además la integridad física de las personas. Las diferencias entre los distintos tipos de robo del artículo 432 no los transforma en delitos de distinta especie, sino que cumplen la sola función de poder calificarlos y regular así la aplicación de la pena correspondiente. Además, la Corte precisó que aún si no se acogiera la agravante cuestionada, al haber sido reconocida la concurrencia de la agravante de pluralidad de malhechores, la ley igualmente permite aplicar la pena que en definitiva determinó el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.

Texto completo:

Arica, tres de abril de dos mil siete.

Visto:

A fojas 6 el abogado Defensor Penal Público, don Cristian Calvo Gatica, en causa RUC Nº 0600310767-K, RIT Nº 224-2006, interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada el trece de febrero de dos mil siete, que se lee de fojas 1 a 5 de esta carpeta, pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, constituido por los jueces, don Héctor Cecil Gutiérrez Massardo, don Jorge Quiñones Garat y don Gonzalo Figueroa Edwards, en virtud de la cual se condenó a su representado don Juan Francisco Llanos Herrera a la pena de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, por su participación como autor en el delito de robo con intimidación, más las accesorias correspondientes y al pago de las costas de juicio.

Funda su recurso en la causal contemplada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, sostiene que en el pronunciamiento de la sentencia se ha hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al aplicar la agravante señalada en el artículo 12 Nº 16 del Código Penal

Agrega, que se materializa el error de derecho en el considerando noveno del fallo recurrido al establecer en contra de Llanos Herrera la agravante de reincidencia específica señalada.

El recurrente solicita que se acoja la causal de nulidad que invoca, se invalide la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Arica, en contra de Juan Francisco Llanos Herrera y dicte sentencia de reemplazo, no aplicando la agravante indicada.

A fojas 22, rola acta de audiencia de esta Corte de Apelaciones, con la asistencia de los intervinientes, ratificando el Defensor Penal Público los argumentos alegados en el presente recurso, y el Ministerio Público solicita el rechazo del recurso impetrado.

Teniendo presente y considerando:

PRIMERO: Que, el Defensor Penal Público don Cristian Calvo Gatica interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Arica, en virtud de la cual se condenó a Juan Francisco Llanos Herrera como autor del delito de robo con intimidación, previsto

y sancionado en el artículo 436, inciso primero del Código Penal, fundado en la causal contemplada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, una errónea aplicación del derecho que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo al aplicar en contra de su defendido la agravante prevista en el artículo 12 Nº 16 del citado Código punitivo.

El recurrente sostiene que esta causal se materializa en el considerando noveno de la sentencia, al momento de aplicar en contra del procesado la circunstancia agravante de responsabilidad criminal de reincidencia específica, en relación con el artículo 432 del Código Penal.

Indica que del tenor del citado artículo 432 y el uso de la conjunción "o" se estaría en presencia de delitos absolutamente distintos, definidos, además, de forma distinta.

Continúa señalando, al ser delito diferentes, afectan bienes jurídicos distintos, el robo con violencia o intimación en las personas afecta la vida e integridad física de las personas, conjuntamente con la propiedad. En cambio, el robo con fuerza el único bien afectado es la propiedad.

Agrega que otro elemento distintivo entre estos delitos y que confirma que pertenecen a distintas especies, es el hecho que están ubicado en párrafos, artículos y penalidad distintos.

Estima que confirma la tesis de la defensa, el voto de minoría del magistrado Héctor Gutiérrez Massardo y la jurisprudencia de nuestros tribunales que ha fallado en innumerables oportunidades acogiendo la tesis sustentada por esta defensa.

En seguida, afirma que el artículo 19 Nº 3, inciso sexto de la Constitución Política de la República y el artículo 11 del Código Procesal Penal consagran el principio en dubio pro reo o pro procesado, debiendo interpretarse las normas in comento en la forma que más favorezca al procesado o sentenciado, además, estima que esta interpretación, especialmente en la aplicación de la pena, debe hacerse en forma restrictiva.

Por último, señala que esta errada aplicación de la norma, permitió agravar la pena en forma desproporcionada.

Termina pidiendo a este tribunal, que se invalide la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal Oral en lo Penal de Arica, que condenó a Juan Francisco Llanos Herrera, a sufrir la pena de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, las accesorias correspondientes y al pago proporcional de las costas del juicio, dictando la sentencia de reemplazo correspondiente.

SEGUNDO: Que, el tribunal oral en el considerando noveno del fallo recurrido, al emitir pronunciamiento sobre las circunstancias modificatorias de responsabilidad que afectan a los imputados de la causa, respecto al acusado Juan Francisco Llanos Herrera, atendido a que éste ha sido condenado por un delito de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, cuya pena se encuentra cumplida, configura la agravante de reincidencia específica, contenida en el artículo 12 Nº 16 del Código Penal, por afectar, dicho ilícito y el de esta causa, el mismo bien jurídico, esto es, la propiedad privada usando de violencia, intimidación o fuerza.

Agrega, que el artículo 432 del Código Penal, en la parte que define el robo diciendo que es la apropiación de las cosas muebles ajenas contra la voluntad de su dueño, con ánimo de lucrarse, usando de violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas, comete robo, por lo que todos estos delitos son de la misma especie y no se puede considerar que los son de distinta especie dos delitos de robo en los que sólo varían las circunstancias que sirven para calificarlos e imponerles sanciones distintas.

TERCERO: Que coincide esta Corte de Apelaciones con el voto de mayoría, que aplica en contra del acusado Llanos Herrera la reincidencia específica del artículo 12 Nº 16 del Código Punitivo, es decir, aquella que se impone en delitos semejantes, atendiendo

especialmente a la naturaleza del bien jurídico protegido que es la propiedad, si bien es efectivo que se trata de un delito pluriofensivo, dado que en él existen, además, otros bienes jurídicos protegidos, como la vida e integridad física y moral de las personas, sus diferencias, referidas a la violencia, intimidación o fuerza, permiten calificarlos y regular la aplicación de la pena, pero no por ello deben ser considerados delitos de distinta especie.

Esta semejanza de los delitos de robo y hurto, nace de la propia definición entregada por el artículo 432 del Código Penal, que define la tipicidad de hechos ilícitos al indicar: "el que sin voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropia cosa mueble ajena usando de violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas, comete robo; si faltan la violencia, la intimidación y la fuerza se califica de hurto."

Especial relevancia tiene para la determinación de esta agravante lo dispuesto en el inciso final del artículo 351 del Código Procesal Penal, que estipula que se considerará delitos de una misma especie aquellos que afectaren al mismo bien jurídico.

CUARTO: Que, en cuanto a como la causal de nulidad invocada por el recurrente influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, se estima, que aún si se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho en los términos indicados por la defensa y acogida por este tribunal, ella no hubiese influido sustancialmente en lo dispositivo, por cuanto la pena que le corresponde por el delito de robo con intimidación, esto es, presidio mayor en su grado mínimo a máximo, esto es, tres grados de una pena divisible, afectándole, eventualmente, una circunstancia agravante de pluralidad de delincuentes sin que le beneficie atenuante alguna, al tribunal al regular la pena, no aplicaría el grado mínimo, pudiendo, entonces, ir desde el grado a medio al grado máximo, habiendo aplicado a Juan Francisco Llanos Herrera la pena impuesta de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo conforme a derecho.

QUINTO: Que, de acuerdo a lo razonado en los motivos precedentes se procederá al rechazo de la causal invocada en el presente recurso de nulidad.

Por las anteriores consideraciones y lo dispuesto en los artículos 372, 373, 376, y 384 del Código Procesal Penal, se resuelve:

Que SE RECHAZA el recurso de nulidad deducido a fojas 6 por el Defensor Penal Público don Cristian Calvo Gatica, en contra de la sentencia pronunciada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Arica, que condenó al acusado Juan Francisco Llanos Herrera a la pena de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, por su participación como autor del delito de robo con intimidación, a las accesorias correspondientes y al pago de costas, de fecha trece de febrero de dos mil siete, escrita a fojas 1 de esta carpeta.

Regístrese y devuélvase.

Redacción de la Ministra doña Cristina Araya Pastene.

Rol Nº 36-2007.

- **Manifiesta que la agravante del artículo 12 N°4 del Código Penal exige que el actor inflija un daño mayor en la ejecución del delito, por lo cual sólo puede concurrir si dicha acción ocurre antes de la consumación de éste.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia.

Resumen:

El Ministerio Público dedujo un recurso de nulidad invocando la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal en contra del fallo del Juez de Garantía que absolvió al acusado del delito de hurto y consideró la apropiación realizada por éste como la circunstancia agravante del artículo 12 N° 4 del Código Penal respecto de las lesiones que infligió a la víctima. La Corte acogió el recurso desestimando las argumentaciones del fallo que había considerado que el ánimo que motivó la acción del acusado era la venganza y no el lucro, porque al haber aceptado el imputado los hechos del requerimiento, no se produjo prueba respecto de la presencia o ausencia del ánimo de lucro, por una parte, y por otra, porque los hechos que se dieron por probados mal podían corresponder a la agravante del artículo 12 Nº 4 del Código Penal desde que ella emplea la expresión "para su ejecución", lo cual alude al delito que está cometiendo el agente, y un delito de lesiones se agota una vez producida la agresión, siendo innecesaria para su consumación la sustracción de la billetera que se le cayó a la víctima. La Corte agregó que, por lo demás, el ánimo de lucro quedó demostrado en el fallo al haberse tenido por acreditado que el imputado se apropió de la especie, sacándola de la esfera de custodia de su dueño para constituir sobre ella una nueva.

Texto completo:

Valdivia, dieciocho de mayo de dos mil siete.

Vistos y Teniendo Presente:

PRIMERO: Que doña Ximena Valenzuela Gálvez, Fiscal Adjunto del Ministerio Público de Valdivia, dedujo recurso de nulidad en contra de la sentencia de primera instancia dictada por don Jorge Rivas Alvarez, Juez de Garantía de esta ciudad que absolvió al imputado Jhony David Riffo Rosas como autor del delito de hurto de especies de propiedad de Francisco Javier Pérez Arango y lo funda en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

Sostiene que el Juez a quo dictó sentencia absolutoria por estimar que no hubo "ánimo de lucro" en la sustracción de la billetera de la víctima sino un "ánimus vindictae" y este hecho lo consideró como circunstancia agravante del Nº 4 del artículo 12 del Código Penal en el delito de lesiones en la persona de Francisco Javier Pérez Arango, por el cual condenó al imputado. Explica que la víctima fue agredida por el imputado con un golpe en la cabeza quien cae al suelo y en ese momento también se le cae la billetera al ofendido, que contenía dinero proveniente de su remuneración que se le había pagado ese día, ascendente a $111.630, especie que tomó el imputado huyendo del lugar.

Agrega que el imputado admitió responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento, los cuales fueron calificados como constitutivos de la falta de lesiones leves del artículo 494 Nº 5 y del delito de hurto del artículo 446 Nº 3 del Código Penal y entre los antecedentes fundantes del requerimiento estaba el finiquito del imputado en que constaba que no recibió pago de remuneración el día del hecho y su propia declaración en la que confesó que sustrajo el dinero porque no recibió dinero.

Explica, asimismo, que la sentencia es contradictoria por cuanto la sustracción de la billetera la considera como circunstancia agravante –Nº 12 Nº 4 del Código Penal en el delito de lesiones leves– y en el considerando noveno, para los efectos de establecer la pena a imponer señala que no concurren agravantes.

Menciona como infringidas las normas de los artículos 1º, 432, 446 Nº 3 y 50 del Código Penal y solicita que se acoja el recurso

de nulidad por existir errónea aplicación del derecho, se anule sentencia como también el juicio oral en procedimiento simplificado y se remitan los autos al tribunal no inhabilitado para que disponga la realización de un nuevo juicio oral fijando día y hora para tal efecto.

SEGUNDO: Que en estrados la defensa del imputado solicitó el rechazo del recurso planteado por el Ministerio Público, toda vez que no ha habido ninguna errónea aplicación del derecho, sino que se trata de un tema de valoración de prueba, ya que el juez de primer grado al valorarla estimó que en el delito de hurto faltaba un elemento del tipo, como es el ánimo de lucro resolviendo que existió un "animus vindictae" y estimando necesario sancionar este hecho consideró que concurría la circunstancia agravante del Nº 4 del artículo 12 del Código Penal en el delito de lesiones por el cual lo condenó.

TERCERO: Que el requerimiento del Ministerio Público al cual se hace referencia en el motivo primero de la sentencia recurrida, en lo relativo al delito de hurto dio por establecido que la víctima cayó al suelo por el golpe provocado por el imputado, ocasión en que también la billetera cayó al suelo que contenía la suma de $111.630, especie que fue tomada por aquél, apropiándosela y huyendo del lugar.

El imputado admitió responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento y renunció a la realización de un juicio oral y según se expone en el motivo tercero del fallo de primer grado el tribunal tuvo por suficientemente acreditada la existencia del hecho material del requerimiento y la participación que en el mismo le cupo al imputado en calidad de autor, en atención a los antecedentes que pormenorizó en dicho fundamento.

CUARTO: Que de acuerdo con lo que dispone el artículo 432 del Código Penal, comete hurto el que, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro se apropia de cosa mueble ajena sin mediar la fuerza en las cosas ni violencia o intimidación en las personas.

Son elementos del tipo penal antes mencionado: apropiación de una cosa mueble; ajenidad de la misma; ausencia de consentimiento del afectado y ánimo de lucro, entendiendo la doctrina nacional que la apropiación se consuma siempre que el autor aprehende materialmente el bien de que se trata y lo extrae de la esfera de resguardo del titular.

En este tipo de ilícitos se priva de un bien material al propietario del mismo y el verbo rector del tipo contemplado en el artículo 432 es la "apropiación", la que se consigue cuando la cosa es sacada de la esfera de custodia del sujeto pasivo y se constituye sobre ella una nueva.

QUINTO: Que no es dable acoger la tesis de la defensa del imputado en cuanto sostiene que se trata de un tema de valoración de la prueba que existe en el juicio, por cuanto el imputado aceptó los hechos materia del requerimiento y no formuló reproche alguno a la prueba rendida por el Ministerio Público para acreditar aquéllos, por lo que no fue materia de debate y de prueba para establecer si de parte del imputado hubo o no ánimo de lucrarse con la especie de propiedad del ofendido o simplemente se estaba en presencia de un ánimus vindictae, como lo consideró el juez de la instancia, sobre el cual no se allegó prueba alguna por parte del acusado que pudiera ser materia de valoración por el juez de garantía.

Útil es hacer presente que el sentenciador de primer grado para arribar a la absolución del imputado por el delito de hurto no atendió a los elementos objetivos del tipo penal sino que, como lo señaló en el motivo cuarto, analizó las circunstancias subjetivas del tipo penal contenidas en el artículo 432 del Código Punitivo, para concluir que la apropiación de la cosa mueble de propiedad del ofendido lo fue para aumentar deliberadamente el mal del delito de lesiones, por el cual resultó responsable aquél y a tal hecho le atribuye la calidad de circunstancia agravante (Nº 4 del artículo 12 del Código Penal).

SEXTO: Que la circunstancia agravante del Nº 4 del artículo 12 del Código Penal se refiere a "aumentar

deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución".

Debe tenerse presente que esta circunstancia la hace concurrir en el delito de lesiones, que consistió en que el imputado agredió con una piedra en la cabeza a la víctima causándole una contusión craneana y una herida en el segundo dedo de la mano derecha.

La circunstancia a que se ha hecho mención los autores la denominan "ensañamiento" que consiste en aumentar el mal del hecho, creando otros males innecesarios y se cita como ejemplo: "A" se propone matar a "B", pero en lugar de matarlo de un tiro, le saca un ojo, luego un brazo, una pierna, hasta que finalmente le quita la vida. Hay en ello una especial perversidad del sujeto activo que demuestra sadismo y peligrosidad.

¿Puede sostenerse en el caso sub lite que con la apropiación de la billetera de la víctima que contenía dinero proveniente de su salario se estaba cometiendo un mal innecesario para la ejecución del delito de lesiones?

El delito de lesiones se agotó una vez producida la agresión, de manera que para su consumación no era necesaria la sustracción de la billetera. La ley emplea las expresiones, "para su ejecución", con lo cual alude al delito que está cometiendo el agente y no otro.

SÉPTIMO: Que el juez de primera instancia al concluir que la acción de apoderamiento de la especie de la víctima no constituye el "animus lucrandi" que exige la norma del artículo 432 del Código Penal, sino que estimando aquél, en el plano de lo subjetivo, que es una circunstancia agravante (en otro ilícito) sin duda alguna que ha hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al no dar una estricta aplicación a lo que disponen los artículos 1º, 50 y 432 del Código Penal.

En efecto, el ánimo de lucro es relativo al sujeto que realiza el acto y que mejor demostración de ello es el hecho de que el imputado se apropia de la especie (billetera y dinero) y huye del lugar sacándola de la esfera de custodia de su dueño para constituir sobre ella una nueva, puesto que consta del acta de revisión que se le encontró el dinero en su poder.

Digno es tener en consideración, además, que el día del hecho a la víctima se le canceló su sueldo no así al imputado quien no percibió dinero alguno. La apropiación de la billetera con el dinero implica, necesariamente, la intención de lucrarse, de obtener un provecho económico.

De esta manera se cumplían a cabalidad los requisitos del tipo penal del artículo 432 del Código Punitivo y lo que procedía era dictar sentencia condenatoria, tanto más si el imputado había admitido responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento y renunció a la tramitación de un juicio oral.

OCTAVO: Que así las cosas forzoso es concluir que se ha incurrido en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal en la dictación de la sentencia de primera instancia, y por ende debe acogerse el recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público.

Y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 1º, 50, 432, 446 Nº 3 del Código Penal, 352, 372, 373 letra b), 384, 385 del Código Procesal Penal, SE ACOGE el recurso de nulidad deducido por doña Ximena Valenzuela Gálvez, Fiscal Adjunto del Ministerio Público de Valdivia en contra de la sentencia definitiva de fecha veintiocho de marzo de dos mil siete, escrita a fojas 1 de esta carpeta, y se declara que anula dicha sentencia y el juicio oral en que se dictó, por lo que deberá realizarse un nuevo juicio oral ante un tribunal no inhabilitado que corresponda.

Regístrese, devuélvanse con el registro de audio.

Redacción del Ministro don Darío Ildemaro Carretta Navea.

Pronunciada por los Ministros de la Segunda Sala, señor Darío Ildemaro Carretta Navea, señora Ada Gajardo Pérez y señor Juan Ignacio Correa Rosado. Autoriza la Secretaria Subrogante Luisa Estrada Iturra.

Rol Nº 104-2007.

- **Señala que si bien la doctrina que informa el Código Procesal Penal manifiesta una especial preocupación por el imputado entregando, por ejemplo, la posibilidad de aplicar salidas alternativas, ello no excluye la obligación jurisdiccional de velar por el resguardo y protección de la estabilidad social y seguridad de los ciudadanos.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Coyhaique.

Resumen:

El Ministerio Público dedujo un recurso de apelación en contra de la resolución que aceptó un acuerdo reparatorio entre el acusado y la víctima por estimar que existía un interés público prevalente desde que el primero había incurrido reiteradamente en hechos como los que sustentaron el acuerdo. La Corte acogió el recurso señalando que si bien la doctrina que inspira el Código Procesal Penal es de una notable preocupación por el resguardo de los derechos de los imputados, ello no excluye la obligación preeminente y permanente de todo juez de resguardar y proteger la estabilidad social, el orden y la seguridad de los ciudadanos. Siendo así, y habiéndose acreditado que el acusado había incurrido grave y reiteradamente en ilícitos de la misma naturaleza a los juzgados en el fallo recurrido, no cabía sino concluir que efectivamente existía un interés público prevalente que exigía continuar con la persecución penal como expresamente lo dispone el artículo 241 inciso final del Código Procesal Penal.

Texto completo:

Coyhaique, veinticinco de mayo de dos mil siete.

Vistos, Oído y Teniendo Presente:

PRIMERO: Que se elevan estos antecedentes RUC Nº 0700016790-2, RIT 38-2007, Rol ingreso Corte 48-2007, proveniente del Juzgado de Garantía de Coyhaique, en procedimiento ordinario de acción pública, seguido en contra de Julio Enrique Aguilar Valenzuela, R.U.N. 16.975.209-5, por el delito de robo en bienes nacionales de uso público, en recurso de apelación interpuesto por el Señor Fiscal del Ministerio Público, don Luis Contreras Alfaro, de fojas 24 a 27 del siguiente proceso, en contra de la resolución dictada con fecha veintisiete de abril del año dos mil siete por la Señora Juez de Garantía Titular de Coyhaique, doña Cecilia Eliana Urbina Pinto, a fojas 22, en virtud de la cual aprobó el acuerdo reparatorio al que llegaron el imputado Julio Enrique Aguilar Valenzuela y la víctima, don Roberto Carlos Rodríguez Aguilera, por el cual y previo pago de la suma de $300.000 hecho por el primeramente nombrado al segundo de ellos, se tuvo por aprobado y cumplido el referido acuerdo, poniéndose fin al juicio mediante tal medida alternativa y se decretó sobreseimiento definitivo en estos antecedentes, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 250 letra d) del Código Procesal Penal, con respecto a la acusación que formulara el Ministerio Público, de fojas 11 a 15 de los mismos y tenida por deducida a fojas 16 por el Tribunal de Garantía en contra del mencionado Julio Enrique Aguilar Valenzuela, en su calidad de autor del delito de robo en bienes nacionales de uso público de especies, pertenecientes a don Roberto Carlos Rodríguez Aguilera, perpetrado el seis de enero del año dos mil siete, en la ciudad de Coyhaique.

SEGUNDO: Que el ente investigador, en el recurso de apelación que interpuso, solicita que esta Corte de Apelaciones revoque la resolución recurrida con arreglo a derecho y declare que existe interés público prevalente en la persecución de los hechos por haber incurrido el imputado reiteradamente en ilícitos penales de similar naturaleza a los que son materia de la causa en estudio y que se tenga el dinero recibido por la víctima, sólo como una manifestación de reparación celosa del mal causado por el imputado, resolviendo en

definitiva que procede continuar adelante con el procedimiento con las reglas generales.

TERCERO: Que fundamenta su pretensión, el señor Fiscal del Ministerio Público, en los artículos 241, 242, 250 letra e), 352 y siguientes, y 364 y siguientes, del Código Procesal Penal, puesto que según sostiene, lo investigado en la situación subjudice consiste en que con fecha seis de enero del año dos mil siete, alrededor de las 02:45 horas, el imputado, Julio Enrique Aguilar Valenzuela, sustrajo el automóvil marca Toyota, Modelo Corolla, del año 1977, patente BD 2946, perteneciente a don Roberto Carlos Rodríguez Aguilera, que se encontraba estacionado en la vía pública frente al Nº 6 de la calle José Pomar, Población las Lengas de la ciudad de Coyhaique, procediendo para ello a fracturar una ventana del vehículo y utilizando luego un instrumento material que hizo las veces de ganzúa para encender el motor, dándose a la fuga en dirección desconocida y siendo detenido por Carabineros en situación de flagrancia en la intersección de los pasajes Estero Seguel con Campo Alegre, de la población Esteros de Aysén.

CUARTO: Que continuando con su fundamentación el señor representante del ente investigador relata que en audiencia del veintisiete de abril del año dos mil siete, la señora Juez de Garantía de Coyhaique, doña Cecilia Urbina Pinto aprobó, con la oposición del Ministerio Publico, un acuerdo reparatorio ofrecido por la defensa del imputado y aceptado por la víctima que consistió en el pago del primero al segundo de la cantidad de $300.000 en moneda nacional y dinero efectivo, a cancelarse en la misma audiencia y, llevado a cabo lo anterior, la magistrado decretó el sobreseimiento definitivo de la causa, a pesar de que, al ser consultado el ente persecutor respecto a la existencia de interés público prevalerte en la persecución del hecho punible en cuestión, el fiscal se opuso a la aprobación del referido acuerdo reparatorio, estimando que el imputado de marras ha incurrido grave y reiteradamente en ilícitos de la misma naturaleza a los investigados en estos antecedentes. Situación que se comprueba de las causas RIT 609-2005 del Juzgado de Garantía de Coyhaique, RUC 0500.114.624-8, condenado con fecha 17 de febrero de 2006 a dos penas de 300 días de presidio menor en grado mínimo c/u como autor de robo en bienes nacionales de uso público, y hurto de especies (pena remitida); RIT 49-2006 del Tribunal Oral en lo Penal de Coyhaique, RUC 0600.154.323-5, condenado con fecha 11 de octubre de 2006 a 150 días de presidio menor en grado mínimo y 100 días de presidio menor en grado mínimo más dos multas de 5 UTM c/u, como autor de dos delitos de hurto de automóvil (en este último caso la pena privativa de libertad se encuentra cumplida, no así la pena pecuniaria), hechos punibles todos que tienen por objeto vehículos motorizados o sus accesorios.

QUINTO: Que precisa el apelante que las dos condenas a las que dice relación la causa RUC Nº 0500114.624-8 estuvieron afectas al beneficio de la remisión condicional de la pena y tanto los ilícitos a que se refiera la causa RUC Nº 0600154.323-5, como asimismo los que condujeron a la iniciación de la presente investigación fueron cometidos por el imputado luego de haber obtenido el beneficio de la remisión condicional de la pena, el que no le fue revocado por el Tribunal Oral en lo Penal en su sentencia de fecha once de octubre del año dos mil seis, sólo por las circunstancias de que aún no iniciaba el cumplimiento de la sanción corporal impuesta en forma alternativa, de lo que concluye que si el imputado resultare condenado por los delitos a que se refiere la presente investigación, sí procedería de derecho, a su juicio, la revocación del beneficio de la remisión condicional de la pena, contemplado en la ley 18.216.

Es por ello y en virtud de las alegaciones vertidas, que el Ministerio Público estima que en la especie claramente existiría interés público en la persecución de los hechos investigados en esta causa y es así como concluye en las peticiones expresas que enunció en el fundamento segundo de este fallo.

SEXTO: Que el Señor abogado de la Defensoría Penal Pública, don Rafael Alvarado Borgel, solicita que el recurso de apelación deducido por el Ministerio Público sea rechazado, toda vez que el Tribunal de Garantía estimó adecuado y suficiente el acuerdo reparatorio al que se llegó entre el imputado y el ofendido, ya que los hechos investigados en el actual procedimiento afectaban bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, caso en el cual la magistrado recurrida concluyó que se debía privilegiar el acuerdo de las partes para poner término al juicio mediante una salida alternativa y en la situación de la cual se conoce, según ella, regiría la procedencia de los acuerdos reparatorios, ya que con arreglo a lo estatuido en artículo 241 del Código Procesal Penal, el imputado y la víctima podrán convenir acuerdos reparatorios, los que el Juez de Garantía aprobará, en audiencia a la que citará a los intervinientes para escuchar sus planteamientos, si verificare que los concurrentes al acuerdo hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos.

Los acuerdos reparatorios sólo podrán referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos.

SÉPTIMO: Que en la situación subjudice el Ministerio Público ha sostenido que existe efectivamente interés público prevalente que exigiría continuar la persecución penal y ello lo basa en la circunstancia que dispone el inciso tercero del artículo 241 del texto procedimental ya citado, pues considera que se da el caso expresamente referido en la norma citada en cuanto a que el imputado ha incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigan en este caso en particular, cual lo es el conjunto de antecedentes señalados en los motivos cuarto y quinto del presente fallo.

OCTAVO: Que aun cuando la doctrina que inspira el nuevo Código Procesal Penal es una notable preocupación por el resguardo de los derechos de los imputados o victimarios, a veces incluso dando la sensación aparente que hace regir tales derechos como preeminentes por sobre los de los ofendidos o víctima, privilegiando el logro de la obtención de una solución a "un conflicto social", en contraposición a la visión clásica de los objetivos de un juicio penal, que consistían en la investigación y obtención de la verdad jurídica del análisis de los hechos investigados, para luego y aplicando las normas sustantivas a tal verdad jurídica, obtener el adecuado sancionamiento o castigo de una conducta comprobadamente antisocial, sensación, la ya descrita, que puede aparecer como notoria del estudio en su conjunto de la nueva normativa procedimental penal ya mencionada, sobre todo al comprobar la existencia de las denominadas salidas alternativas, lo anterior no obsta a la obligación preeminente y permanente de todo Juez, que debe percibir y encaminar también su actuación al resguardo y protección de la estabilidad social y del orden y de la seguridad de los ciudadanos, los que están expresamente confiados a su cuidado por lo dispuesto en el capítulo Sexto de la Constitución Política de la República de Chile y por el Código Orgánico de Tribunales, sin perjuicio de lo que al respecto determinan el Código Penal y el conjunto de otras normas punitivas existentes y vigentes en el territorio de la República, todo lo anterior siempre, sin lugar a dudas, conforme a derecho y en la especie, se encuentra acreditado que los hechos punibles investigados y de los cuales fue autor el imputado Aguilar Valenzuela, en su conjunto siempre han afectado los bienes jurídicos protegidos en el Titulo Noveno del Libro Segundo del Código Penal, esto es, se encuentran entre aquellos ilícitos denominados crímenes y simple delitos contra la propiedad, y para ello, basta con considerar la existencia del principio doctrinal del derecho penal universal que consiste en estimar delitos de una misma especie, aquellos, precisamente, que

estén penados en un mismo título del Código Penal o de la ley punitiva que los sancione.

NOVENO: Que de la manera antes descrita, estos sentenciadores sólo pueden llegar a concluir que en el caso actual sometido a su conocimiento, es efectiva y se encuentra acreditada la pretensión del ente investigador expresada en su escrito de apelación que obra de fojas 24 a 27 y que en derecho corresponde acceder a su pretensión, por lo que y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 241 inciso tercero, 352 y siguientes y 365 y siguientes del Código Procesal Penal SE REVOCA la resolución de fecha 27 de abril de 2007 escrita a fojas 22, por la cual se aprobó el acuerdo reparatorio celebrado entre el imputado Julio Enrique Aguilar Valenzuela y la víctima de estos autos, don Roberto Rodríguez Aguilera y, consecuencialmente, se revoca igualmente el sobreseimiento total y definitivo dictado con la misma ocasión en estos antecedentes, con expresa declaración que existe un interés público prevalerte en la persecución de los ilícitos penales investigados en la presente causa, por haber incurrido el imputado reiteradamente en situaciones delictuales de similar naturaleza, debiendo tenerse presente que el dinero recibido por la víctima sólo podrá ser estimado, en su oportunidad procesal y si los Jueces así lo apreciaren, como una manifestación de reparación celosa del mal causado, debiendo procederse a llevar adelante el procedimiento en contra del imputado conforme a la normativa general aplicable y por todos sus trámites legales.

Regístrese, notifíquese y devuélvanse.

Redacción del Ministro titular don Hugo Andrés Bustos Pérez.

Rol 48-2007.

- **Señala que si un adolescente es sorprendido en situación de flagrancia, su detención por parte de la policía se encuentra ajustada a derecho.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Temuco.

Resumen:

Conociendo de la apelación interpuesta en contra de la resolución que declaró ilegal la detención de un menor, la Corte expresó que de acuerdo a los artículos 124 y 129 inciso 2° la policía estaba obligada a detener, correspondiéndole al Juez en la audiencia respectiva aplicar lo preceptuado por la ley 20.084, una vez que hubiera verificado su procedencia.

Texto completo:

Temuco, nueve de julio de dos mil siete.

Vistos:

Atendido el mérito de los antecedentes, lo expuesto por los intervinientes en la audiencia y teniendo presente que los artículos 124 y 129 inciso 2° del Código Procesal Penal, obligan a la Policía a practicar la detención si se trata de delitos que por ley tienen asignada una pena corporal, y sólo una vez establecido por el Juez de la causa que efectivamente se trata de un menor, además de la naturaleza del hecho imputado y su pena, es que deberá aplicar como corresponda la ley 20.084, SE REVOCA la resolución apelada de fecha veinticinco de junio de dos mil siete, dictada en audiencia de control de detención, escrita a fojas 1 de esta carpeta y en su lugar se declara que la detención del menor CHJL, practicada el día 24 de junio de 2007, se encuentra ajustada a derecho.

Devuélvase.

Rol N° 726-2007 RPP.

- **Señala que la detención de un adolescente en situación de flagrancia no es ilegal.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Temuco.

Resumen:

El Ministerio Público apeló de la resolución que declaró ilegal la detención de una menor de edad que fue sorprendida hurtando, argumentando que el artículo 21 de la ley 20.084 es una norma referida a la determinación de la pena y aplicarla en el control de detención vulnera lo establecido por el artículo 3 del Código Penal. La Corte acogió el recurso exponiendo que en virtud de lo dispuesto por los artículos 124 y 129 inciso final del Código Procesal Penal, la policía estaba obligada a detener y al juez le correspondía establecer la edad del detenido, la naturaleza del hecho y la pena para poder determinar la procedencia de aplicar la ley 20.084.

Texto completo:

Temuco, diez de julio de dos mil siete.

Téngase presente la delegación de poder.

Vistos:

Atendido el mérito de los antecedentes expuestos en la audiencia y teniendo presente que los artículos 124 y 129 inciso 2° del Código Procesal Penal, obligan a la Policía a practicar la detención si se trata de delitos que por ley tienen asignada pena corporal, como lo es el del caso de autos; y que sólo una vez establecida por el Juez de la causa que efectivamente se trata de un menor de edad, la naturaleza del hecho imputado y su pena, procede aplicar como corresponda la Ley 20.084, resulta que la detención en cuestión ha sido ajustada a l orden jurídico vigente y es legal, razón por la cual SE REVOCA la resolución apelada, dictada en audiencia de fecha veintiséis de junio último, escrita a fojas 1, resolviéndose en su lugar que la detención de la imputada MINV, se encuentra ajustada a derecho.

Devuélvase.

Rol N° 729-2007.-

Pronunciada por la Segunda Sala

Ministros señores Lenin Lillo Hunzinker, Héctor Toro Carrasco y Víctor Reyes Hernández.

- **Declara que la exigencia de encontrarse formalizada la investigación para solicitar medidas cautelares reales sólo procede en aquellos casos en que la víctima esté preparando la demanda civil.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de La Serena.

Resumen:

El querellante interpuso un recurso de apelación en contra de la resolución que negó lugar a decretar la prohibición de celebrar actos y contratos sobre determinados bienes inmuebles del imputado. La Corte acogió el recurso y decretó las medidas solicitadas señalando que la exigencia de encontrarse formalizada la investigación para poder pedir medidas cautelares está circunscrita sólo a la preparación de la demanda civil, siendo aplicables al caso en cuestión los artículos 157 del Código Procesal Penal y 290 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, cuyos requisitos legales habían sido cumplidos por el querellante.

Texto completo:

La Serena, dieciocho de julio de dos mil siete.

Siendo las 09:50 horas ante la Primera Sala de esta corte de Apelaciones presidida por la Ministro doña María Angélica Schneider Salas e integrada por la Ministro doña Gloria Torti Ivanovich y Fiscal Judicial doña Erika Noack Ortiz, se lleva a efecto la audiencia fijada para la vista del recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución veintisiete de junio último, que no accedió a decretar la medida cautelar solicitada respecto de Pedro Velásquez Seguel, imputado por un delito de malversación de caudales públicos.

Presente en la audiencia el querellante, don Carlos Vega, Abogado Procurador Fiscal, en su calidad de recurrente.

Concedida la palabra al compareciente, éste reproduce las argumentaciones y peticiones de su recurso. Su exposición quedó registrada mediante el sistema de audio.

El Tribunal suspende la audiencia para deliberar, dándose a conocer, acto seguido, la siguiente resolución:

"Vistos:

1° Que, la norma prevista en el artículo 61 del Código Procesal Penal, se refiere a la preparación de la demanda civil, situación distinta de la petición contenida en la presentación cuya resolución motiva este recurso, que es la prevista en el artículo 157 del citado cuerpo legal, disposición que no condiciona la concesión de las medidas cautelares a la circunstancia de que el imputado se encuentre formalizado por el delito que se investiga, por lo que debe analizarse si la solicitud cumple con las exigencias legales contenidas en dicha norma, particularmente en los artículos 279 y 287 del Código de Procedimiento Civil;

2° Que, en su solicitud del tercer otrosí de la presentación de 26 de junio último, el querellante ha dado cumplimiento a la citada disposición, en su remisión al título IV del Libro II del Código de Procedimiento Civil, este es, ha indicado que existen motivos graves y calificados para acceder a la medida solicitada, atendido el delito que se le imputa, se ha determinado el monto de los bienes sobre que debe recaer la medida precautoria, no resulta procedente la rendición de una caución, habida consideración a la circunstancia prevista en el artículo 63 de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, y ha anunciado la acción civil que entablará.

Y de acuerdo con el mérito de los antecedentes, lo expuesto por el interviniente en la audiencia y de acuerdo, además con lo previsto en los artículos 352, 358 y 360 del Código del ramo, **SE REVOCA** la resolución apelada, de veintisiete de junio último y, en su lugar, se declara que **SE HACE LUGAR** a la solicitud del tercer otrosí de la presentación

de veintiséis de junio de dos mil siete y, en consecuencia, se decreta la medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos respecto de los inmuebles individualizados con las letras a, b y c del referido escrito, de propiedad del querellado Pedro Velásquez Seguel, hasta por la suma indicada en su presentación, debiendo el señor juez a quo disponer las diligencias necesarias para su cumplimiento.

Devuélvase."

Con lo actuado, se levanta acta de lo obrado, la que es firmada por el tribunal, intervinientes y relatora titular señora López, quien actúa como ministro de fe.

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

ROL N° 161-2007 (JG)

- **Declara que el uso de arma blanca no es un elemento que integre el tipo de robo con violencia o intimidación, procediendo aplicar la agravante del artículo 450 inciso 2° del Código Penal cada vez que se haga uso de éstas.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Temuco.

Resumen:

El Ministerio Público interpuso un recurso de nulidad en contra del fallo condenatorio dictado en un delito de robo con intimidación, por estimar que había incurrido en una errónea aplicación del derecho al no reconocer la concurrencia de la agravante contemplada en el inciso 2° del artículo 450 del Código Penal, pese a haber actuado los acusados premunidos de un arma blanca, por haber estimado los jueces que el uso del arma era cosustancial al delito investigado. La Corte acogió el recurso exponiendo que la situación contemplada por el artículo 450 inciso 2° del Código Penal no es un elemento que integre la definición de violencia o intimidación contenida en el artículo 439 del mismo código. Por el contrario, su descripción corresponde a una agravante específica que tiene por virtud aumentar en un grado la pena.

Texto completo:

Temuco, uno de agosto de dos mil siete.

Vistos:

Ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Villarrica, en causa RIT 32-2006 y RUC 0600801626-5, con fecha 15 de junio del año en curso, se dictó sentencia por la cual se condenó a Víctor Ramón Ortiz Torres a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y a Juan Luis Aguilera Guíñez a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, y a ambos a la accesorias legales respectivas, como autores del delito de robo con intimidación, en grado de consumado, en perjuicio de Edwin Cid Pérez, perpetrado en esa ciudad el día 11 de noviembre de 2006.

En contra de esa sentencia don Néstor Riquelme Fredes, Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Villarrica, recurre de nulidad fundándola en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, la errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo al no dársele aplicación a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 450 del Código Penal y aplicársele a Juan Luis Aguilera Guíñez una pena menor a la que legalmente correspondía y solicita la nulidad del juicio oral y de la sentencia.

Asimismo, don Rodrigo Javier Flores Ulloa, Defensor Penal Público Licitado, deduce recurso de nulidad en contra de aquella sentencia por haber incurrido los sentenciadores en la causal de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal al no aplicar los principios de la experiencia al dar por acreditados los hechos por los cuales se condenó a Juan Luis Aguilera Guíñez sobre la base de la prueba expuesta en audiencia, toda vez que aquella prueba fue contradictoria, falta de imparcialidad e insuficiente para dar por establecidos , más allá de toda duda razonable, las imputaciones que se le hicieron a su representado. Pide la nulidad del juicio oral y de la sentencia.

Habiéndose declarado admisibles los recursos se llevó a cabo la audiencia correspondiente y se fijó para la lectura de la sentencia el día 01 de agosto de 2007, a las 00:09 horas. Habiéndose declarado admisibles los recursos se llevó a cabo la audiencia correspondiente y se fijó para la lectura de la sentencia el día 01 de agosto de 2007, a las 00:09 horas.

Considerando:

1º.- Que el recurso planteado por el Ministerio Público se funda en la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, es decir, en la errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

El Ministerio Público solicitó, respecto del acusado Aguilera Guíñez, la aplicación del inciso 2º del artículo 450 del Código Penal,

y que la pena que se le impusiera fuera de 15 años y un día de presidio mayor en su grado máximo como autor de un delito de robo con intimidación utilizando un arma blanca, a lo que el Tribunal Oral en lo Penal recurrido no accedió, por estimar que la utilización de un cuchillo en la perpetración del delito es esencial a éste y que fue el medio utilizado para intimidar a la víctima.

Sostiene el recurrente de nulidad que frente a esos hechos debió aplicarse la agravación de la pena, de acuerdo con lo previsto en el inciso 2º del artículo 450 del Código Punitivo y esta situación jurídica resulta un yerro esencial de la sentencia, pues no hay explicación lógica alguna para excusar el no cumplimiento de esa disposición penal, porque el uso de armas en el robo con intimidación no es inherente al delito y, por el contrario, lo que ha querido el legislador es que el sujeto activo del delito sea sancionado en forma más severa que en el simple delito de robo sin armas. Además, que aquella norma es simplemente una regla de determinación de la pena.

El vicio referido ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo ya que al efectuarse una errónea calificación del derecho al no aplicarse la agravación de la pena de acuerdo con el artículo 450 inc. 2º del Código del ramo se ha impuesto a Juan Luis Aguilera Guíñez una pena menor a la que legalmente le correspondía, pues se le sancionó con diez años y un día de presidio mayor en su grado medio debiendo ser condenado a quince años y un día de presidio mayor en su grado m El vicio referido ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo ya que al efectuarse una errónea calificación del derecho al no aplicarse la agravación de la pena de acuerdo con el artículo 450 inc. 2º del Código del ramo se ha impuesto a Juan Luis Aguilera Guíñez una pena menor a la que legalmente le correspondía, pues se le sancionó con diez años y un día de presidio mayor en su grado medio debiendo ser condenado a quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, causándole al Ministerio Público un agravio.

2º.- Que según lo ha enseñado el profesor Gustavo Labatut, independientemente de los elementos del delito existen factores, del todo ocasionales en cuanto pueden o no concurrir en un caso dado, que modifican la culpabilidad del agente en el sentido de atenuarla o de agravarla, pero sin alterar la naturaleza jurídica del hecho punible, de tal modo que perpetrado un delito y determinada la responsabilidad penal del agente el sentenciador del caso debe establecer la sanción que corresponda imponer, no tan solo la abstracta señalada por el legislador al tipificar la conducta, sino previa consideración de las circunstancias modificatorias de responsabilidad que pueden concurrir, circunstancias que las especifica la ley tanto en cuanto a las características del hecho punible como a las propias del sujeto activo. Las circunstancias de agravación representan estados o situaciones buscados, aprovechados o producidos por el agente que aumenta su responsabilidad criminal, por cuanto revelan en él una mayor perversidad moral y peligrosidad social.

3º.- Que así expuesta la situación que representa el recurrente al formular la nulidad que reclama la norma contenida en el inciso 2º del artículo 450 del Código Penal, no es un elemento que integre el tipo penal de robo previsto y sancionado en el inciso 1º del artículo 436 de este cuerpo legal, figura que supone violencia o intimidación en las personas en el sentido amplio que entrega el artículo 439 del mismo Código, no llegando esas violencias o intimidación a causar resultados que las califiquen, sino que es una agravante específica que tiene la virtud de aumentar en un grado la pena impuesta por la ley al delito de que se trata. (Así fue resuelto por esta misma Corte en causa rol Nº 1204-2006 considerando 3º.)

4º.- Que conforme se ha expuesto precedentemente la causal de nulidad alegada por el Ministerio Público debe tenerse por acreditada, pues en la sentencia recurrida se cometió un error de derecho al no haber aplicado el inciso 2º del artículo 450 del

Código Penal, lo que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues impuso una pena al acusado Juan Luis Aguilera Guíñez inferior a la que legalmente correspondí a, por lo que debe anularse el juicio oral y la sentencia conforme lo dispone el artículo 373 del Código Procesal Penal.

5º.- Que esta sentencia sólo emitirá pronunciamiento respecto del recurso incoado por el Ministerio Público, causal que ha sido suficiente, y no por el presentado por la Defensoría Penal Pública de acuerdo con el artículo 384, inciso 1º, del Código Procesal Penal.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 384 y 386 del Código Procesal Penal, se declara:

Que se acoge el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en contra de la sentencia de 15 de junio de 2007 dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Villarrica en la causa RIT 32-2007 y RUC 0600801626-5 y se declara nulo el juicio oral y dicha sentencia, debiendo realizarse un nuevo juicio oral.

Remítanse los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda con el fin de que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral, fijando día y hora para su realización.

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

Redacción del Ministro señor Julio César Grandón Castro.

Rol Nº 731-2007 R.P.P

- **Recuerda que el recurso de nulidad por la causal del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal tiene por objetivo asegurar la observancia de ciertas garantías esenciales dentro del procedimiento, quedando por ello fuera de la competencia de los Tribunales que conocen de ella el pronunciamiento respecto de temas de fondo.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de San Miguel.

Resumen:

Las Defensas dedujeron recursos de nulidad en contra del fallo condenatorio por tráfico ilícito de estupefacientes, asociación ilícita y porte ilegal de armas aduciendo las causales de los artículos 374 y 373 letra b) del Código Procesal Penal. En general sus fundamentos consistieron en estimar que se les había condenado por hechos genéricos sin precisar cuáles eran las conductas típicas exactas de la ley 20.000 en que habían incurrido. También en haber vulnerado el principio del non bis in idem al haber considerado la calidad de funcionario policial de uno de los condenados tanto para tener por cometido el delito como para estimar concurrente una agravante, y en haber estimado que la participación de otra de las condenadas correspondía a la de autor en circunstancias que sólo se le debió tener como encubridora. La Corte rechazó los recursos recordando, en primer lugar, que su control queda reducido a verificar que los fundamentos vertidos por los jueces del fondo permitan reproducir el razonamiento seguido para llegar a sus conclusiones. Siendo así, la alegación de las Defensas en orden a haberse hecho erróneas valoraciones de los hechos escapa a las atribuciones encomendadas a la Corte con la primera causal esgrimida. Agregó, además, que de la lectura del fallo cuestionado resultaba posible seguir la lógica utilizada por los jueces, amén de haberse hecho cargo de toda la prueba presentada, cumpliendo con la motivación y la fundamentación que exige el artículo 342 del Código Procesal Penal. En cuanto a la segunda causal invocada por la recurrente, la Corte declaró que a ella sólo le correspondía verificar si los sucesos reconocidos podían ser subsumidos en la norma correspondiente. Reconocida la antedicha limitante, de la lectura del fallo recurrido no era posible desprender una errónea aplicación del derecho desde que las conductas probadas calzaban en las descripciones típicas contenidas en la ley 20.000. Respecto de la supuesta infracción al principio de non bis in idem, ella sólo es posible en la medida que la actuación doblemente considerada esté contemplada en carácter de trascendental en la descripción típica, lo que en la especie no ocurría. Finalmente, en cuanto a la participación de una de las condenadas, señaló que sus acciones buscaron obtener el resultado pretendido por la comunión de los partícipes sabiendo del origen ilícito de los dineros usados, encuadrándose de ese modo su accionar dentro de los presupuestos del artículo 15 del Código Penal.

El voto de minoría estuvo por acoger el recurso de nulidad en el último punto, por cuanto la acción desplegada por la acusada correspondía a la de un encubridor desde que su intervención fue en orden a sacar provecho de los bienes permitiendo a los autores del delito hacer lo mismo.

Texto completo:

San Miguel, seis de agosto de dos mil siete.

Vistos:

Que esta Corte en audiencias realizadas los días 12, 13 y 16 de julio del presente año, escuchó las alegaciones de los intervinientes en los recursos de nulidad interpuestos en los autos rol Ingreso Corte N° 1009-2007, en contra de la sentencia dictada con fecha tres de mayo del presente año por el Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, que condena a los imputados Pedro Gustavo González Díaz y otros, por los delitos de asociación ilícita, tráfico ilícito de drogas y porte ilegal de armas.

Que en primer lugar se escuchó al Ministerio Público respecto a la inadmisibilidad de los recursos interpuestos, según presentación hecha con anterioridad y oídos los intervinientes, mediante resolución de doce de julio pasado, se declararon inadmisibles algunos de ellos, quedando subsistentes el interpuesto parcialmente por el abogado Sr. Cristian Briceño, y por los Defensores Penales Públicos Sra. Teresa Álvarez Bulacio, Sr. Nicolás Orellana Solari y Sr. Eduardo Camus Cruz, respectivamente.

Que en cuanto a la prueba ofrecida por el abogado Sr. Cristian Briceño, para acreditar la causal que sustentaba su recurso, después de oídos los intervinientes y habiéndose aceptado por mayoría de votos su incorporación como prueba, en definitiva, ella fue desestimada, acogiéndose la alegación del Ministerio Público en cuanto a que del documento presentado como prueba no constaba que fuera el ofrecido por la defensa, ni su autenticidad o integridad.

Oídos los intervinientes y teniendo presente:

I. Recurso Interpuesto por el abogado Señor Cristián Adolfo Briceño Echeverría, en la parte que resultó admisible:

PRIMERO: Que la defensa de los sentenciados Margarita Isabel Berrios Aguilera, Elena del Carmen Cavieres Isamit, Viviana Lorena Berríos Berríos, Pedro Gustavo González Díaz, Moisés Agustín González Berríos, Gustavo Rubén González Berríos, Juan Carlos Isamit Contreras y José Antonio Cavieres Isamit, interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia del Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago de 3 de mayo pasado, que condenó a todos ellos en calidad de autores del delito de tráfico ilícito de estupefacientes y asociación ilícita. El recurso se fundamentó en las causales de las letras a) y b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es en la circunstancia de haberse infringido sustancialmente durante el juicio o en el pronunciamiento de la sentencia derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales vigentes en Chile, y en la errónea aplicación del Derecho con influencia sustancial en lo dispositivo de la sentencia.

Deducido el libelo para ante la Excma. Corte Suprema, el máximo tribunal estimó que esta Corte era la competente para su conocimiento y le remitió los antecedentes, considerando que las circunstancias invocadas en relación a la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal, podrían constituir el motivo de la letra e) del artículo 374 del referido Código

El recurso sustentado por la causal del artículo 373 letra b) del Código citado se declaró inadmisible en la audiencia respectiva.

SEGUNDO: Que la defensa de los imputados ya individualizados señaló que se habrían vulnerado las normas del debido proceso al conculcarse sus derechos por acogerse la pretensión punitiva fiscal sobre la base de imputaciones de conductas genéricas y no sobre la base de una acusación que contuviera situaciones fácticas concretas; y al haberse desestimado la presunción de inocencia en contravención al estándar mínimo de convicción condenatoria.

Señala que la sentencia ha reproducido textualmente las imputaciones de conductas genéricas de tráfico efectuadas en la acusación del Ministerio Público – e indica la correspondiente a cada uno de sus defendidos por los delitos de asociación ilícita y tráfico –, agregando que la única prueba para acreditarlas son "interceptaciones telefónicas e interpretaciones subjetivas que de ellas hacen los funcionarios policiales que declararon en el juicio oral". De esta forma, existiendo varias dudas razonables, nacidas de la insuficiencia de la prueba, no debió condenar a sus representados por delitos que no se encuentran acreditados. Agrega que el fallo contradice en sus razonamientos los principios de lógica y las máximas de experiencia.

Para justificar además su pretensión de nulidad afirmó que no pudo arribarse a la convicción de la existencia del delito de tráfico atribuido porque la única sustancia encontrada (1 kilo de 1% de pureza y 25 gramos de 5.2 %) lo fue en el domicilio de la abuela de Franco Marchesotti y en poder de los demás imputados por este delito no se encontró droga alguna, ni laboratorios para su elaboración o sustancias esenciales u otros elementos destinados a la preparación o comercialización de drogas.

En cuanto a los elementos probatorios manifiesta que, de las escuchas telefónicas no puede concluirse inequívocamente que se refieran al tráfico de sustancias prohibidas, que se debe restar valor a la pericia de voz realizada por don Felipe Ochoa por no poder establecer a cual de las miles de llamadas se atribuye, que de las voces de dos de los imputados (Moisés González y José Antonio Cavieres) no hay registros y de otros dos (Pedro González y Elena Cavieres) sus registros no difieren sustancialmente de los del resto de la Población, que el teléfono de red fija de calle Venecia Nº 3425 era usado por varias personas sin que pueda determinarse los interlocutores concretos de alguna llamada en particular, que no se acreditó que celulares se habían incautado y a quién y, por último, no se incautó el teléfono celular que según la fiscalía servía para realizar las transacciones de droga.

Señala que los videos de seguimiento y vigilancia no muestran a sus defendidos importando, exportando, transportando, adquiriendo, transfiriendo, poseyendo, guardando o portando sustancias ilícitas, ni que de ellos aparezca –más allá de toda duda razonable– que en ese lugar se vendiera alguna de dichas sustancias, porque no existe numeración de las casas, a más que en poder de los que en esas imágenes aparecen no se encontró droga y no se empadronó a los supuestos compradores.

Agrega que los testigos de la fiscalía no son capaces de efectuar una imputación directa de tráfico y no dan razón de que elementos objetivos de investigación disponían para afirmar la existencia de la asociación ilícita; que, por lo demás, el testigo señor Alain Schmit, capitán del OS7 entrega antecedentes que impiden considerar la existencia de una asociación ilícita. La documental aportada en el juicio es insuficiente para acreditar que los inmuebles sean producto de una supuesta actividad ilícita o que su adquisición emane de contratos simulados, y además estos documentos carecen de vigencia y se contradicen con los dichos de los testigos de descargo; y, por último, la perita doña Patricia Ossandon reconoce que los resultados de su trabajo no son absolutos, de forma que todo lo anterior es resultado de la vulneración de la presunción de inocencia, contraviniendo en la valoración de la prueba señalada los estándares mínimos de convicción condenatoria.

Como consecuencia de los argumentos reseñados, solicita se anule el juicio oral y la sentencia, determinándose el estado en que debe quedar el procedimiento y ordenar la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda para la realización de un nuevo juicio oral.

II. Recurso deducido por la abogada señora Teresa Alvarez Bulacio.

TERCERO: Que en contra de la misma sentencia interpone recurso de nulidad la defensa de don Sergio Andrés González Mena, puesto que se le condenó en calidad de autor del delito de asociación ilícita. El recurso se fundamentó en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es en la circunstancia de haberse infringido sustancialmente durante el juicio o en el pronunciamiento de la sentencia derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales vigentes en Chile.

Direccionado el recurso para ante la Excma. Corte Suprema, ese Tribunal desestimó tal posibilidad y consideró que las circunstancias invocadas podrían constituir el motivo de la letra e) del artículo 374 del referido Código, remitiendo los antecedentes a esta Corte para su resolución.

También, y subsidiariamente, el libelo invoca la causal de la letra e) del artículo 374, por infracción a las disposiciones de las letras c), d) o e) del artículo 342 y, en subsidio de lo anterior, aduce la causal de la letra b) del artículo 373 del Código citado, esto es la errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo de la sentencia.

CUARTO: Que la impugnación – en cuanto a la primera causal – señala que se ha infringido

el principio de legalidad en tres aspectos, primero, haber acusado y condenado a su representado por hechos genéricos, que no se encuentran contemplados específicamente en el artículo 16 Nº 2 de la Ley 20.000, sino en la forma amplia de ".. o cualquier otra forma de colaboración para la consecución de los fines de la organización", sin que la sentencia estableciera la acción concreta que se imputa a su representado y de que forma otorgó impunidad o facilitó los fines de la asociación, esto es traficar sustancias sicotrópicas. Agrega que los antecedentes no permiten establecer la pertenencia a la organización, ni la forma en que se habría beneficiado de ella.

Utilizando la misma causal se da como infringido el principio de legalidad, ahora en cuanto a la inobservancia del principio de culpabilidad, ello porque falta el elemento objetivo que permite vincular a su defendido al hecho punible, porque no se probó que tuviera conciencia de pertenecer a la organización investigada, ni que conociera la vinculación de la persona con la que se relacionaba (Moisés González) en dicha organización.

También respecto al principio de legalidad, finalmente, considera infringido el principio "*non bis in idem*", al considerar que milita en contra de González Mena la calificante contemplada en el artículo 19 letra d) de la Ley Nº 20.000, porque su eventual pertenencia a la organización delictual tiene como fundamento su calidad de funcionario de carabineros, que es la que permite que participara de la asociación, de forma que aplicar la sanción correspondiente al delito aumentada en un grado por la aplicación de la calificante constituye una doble sanción por un mismo hecho.

En subsidio de lo anterior, solicita la nulidad de la sentencia y del juicio oral por la causal del artículo 373 letra e), por haber incumplido la sentencia con los requisitos señalados en la letra c) del artículo 342, esto es, consignar la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentan dichas conclusiones, valoración que se hará con libertad, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Debe, por esto mismo, hacerse cargo el Tribunal en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que tuvo en cuenta para ello. (artículo 297).

Según la letra d) del mismo artículo, -se dice- el fallo requiere señalar las razones legales o doctrinales que sirvieron para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias para fundar el fallo y, por último, de acuerdo a la letra e) corresponde la resolución de absolución y condena de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les hubiere atribuido; la que se pronunciare sobre la responsabilidad civil de los mismos y fijare el monto de las indemnizaciones a que hubiere lugar.

Funda su alegación en que los sentenciadores no señalaron en que consistió específicamente la acción que se imputa a su representado dentro de la asociación ilícita y como dicha acción colaboró para la consecución de los fines de la organización. Manifiesta que el fallo señala diez elementos como necesarios para la configuración de una organización ilícita que comercializa droga, a saber, pluralidad de personas, centro de poder, diversos niveles jerárquicos, existencia de distintas tareas o misiones compartimentadas, sometimiento a una férrea disciplina, intercambio y/o renovación de sus miembros, aplicación de tecnología, apariencia de legalidad o actividad derechamente clandestina y finalidad de lucro, poder, venganza o placer y en ellas solo se le imputan algunas conductas sin precisión de los medios de prueba que permiten establecer las actuaciones dolosas. De esta forma el fallo carece de fundamentación por no existir una exposición clara, lógica

y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, favorables o desfavorables a su representado, y la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones, toda vez que el Tribunal no se hizo cargo de toda la prueba producida y tampoco se consigno las razones legales o doctrinales que sirvieron para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias.

En subsidio de lo precedente, esgrime la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, porque los hechos establecidos en el fallo no dan cuenta de una asociación permanente, con una estructura orgánica compleja, destinada al estudio de planes estratégicos previos, logísticos, económicos, de personal, de armamentos o instrumentos delictuosos, jerarquía, financiamiento, órdenes que impliquen sanciones o uso de la fuerza para quienes no cumplen, imposibilidad de salirse en forma voluntaria de la asociación, una distribución inteligentemente concebida de las labores a desarrollar por cada nivel, inclusive de la búsqueda de la impunidad y de la distribución de los efectos del delito después de su consumación, reparto de utilidades, ni tampoco se dio por establecido el elemento subjetivo, esto es, aporte conciente y colectivo a una actividad de tráfico, con una asimilación exclusiva a pertenencia de grupo. Así, lo que se ha configurado -según los hechos establecidos en el fallo- corresponde al parecer de la recurrente, a una simple forma de coautoría para los que fueron acusados por tráfico de estupefacientes, en cuyo caso no se encuentra su representado.

Sostiene el escrito que el concepto de asociación ilícita para el tráfico de estupefacientes corresponde a una entidad importante que debe provocar conmoción, que los autores (cita entre otros a Antonio Garcia-Pablos de Molina) consideran que se contrapone al Estado con fines contrarios y antiéticos a los de éste, lo que no concurre en la especie, en que se trata de una más de las 12 bandas que operan en la población La Legua de Emergencia, que ni siquiera se logro establecer su financiamiento y que los bienes incautados, en que se incluyen los bienes raíces, vehículos, dinero efectivo y enseres domésticos, y la suma $112.000.000, no se condice con una asociación del carácter de la que se atribuye e integran los acusados.

III. Recurso patrocinado por el abogado señor Eduardo Camus Cruz

QUINTO: Que el libelo de nulidad presentado a favor de Elías Huerta Riquelme se sustenta de modo principal en la causal de la letra e) del artículo 374, en relación a la letra b) del artículo 342, ambos del Código Procesal Penal, y subsidiariamente en la causal de la letra b) del artículo 373 del mismo texto.

El motivo absoluto de nulidad se hace consistir en que la sentencia ha omitido las razones legales o doctrinales que sirvieron para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo en lo referente a su condena como autor del delito de asociación ilícita. Se enuncia, al respecto, que el fallo no explicita cual de las conductas incluidas en el artículo 16 de la Ley 20.000 le son atribuidas para condenarle, toda vez que la norma contiene varias conductas incriminadas e incluso penas distintas para cada una de ellas. Asimismo, no menciona en parte alguna porque la conducta que se le atribuye configura su participación en la asociación ilícita, ni se explica porque esa sola circunstancia permite relacionarlo en aquel delito.

Respecto al vicio sustantivo y subsidiario manifiesta el escrito que los hechos que se han dado por probados en su caso, no son constitutivos de participación en una asociación ilícita descrita en el artículo 16 de la Ley ya citada, en relación al artículo 15 N°1 del Código Penal. Precisa que de los elementos estructurales de ese ilícito que plantea el fallo, no se indica que adquiriera o vendiera la droga en un centro de poder, que la distribución obedeciera a una jerarquía en particular, o se debiese a una labor compartimentada, o bajo una férrea disciplina, o hubiese ocupado

tecnología o implementación logística, o bien una actividad relacionada con los otros elementos enumerados. En conclusión, afirma que tal error influyó en su condena como autor de asociación ilícita para traficar, en tanto que debió ser absuelto de ese delito.

IV. Recurso planteado por el abogado señor Nicolas Orellana Solari.

SEXTO: Que contra de la sentencia interpone recurso de nulidad la defensa de doña Katherine Santander Sereño, pues le condenó en calidad de autora del delito de asociación ilícita, recurso que fundamentó en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es haber hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por infringir la norma del artículo 16 de la Ley 20.000 en su numeral 2º, en relación con los artículos 15 Nº 1, 17 Nº 1 y 52 del Código Penal.

Señala que su defendida no reviste la calidad de autora directa del delito de asociación ilícita para el tráfico de sustancias sicotrópicas que le ha atribuido el fallo impugnado. En efecto, la conducta establecida es "…que en calidad de cónyuge de Gustavo Rubén González Berríos, dentro de la organización, cumplía las funciones de mantener bienes muebles e inmuebles a su nombre, los que eran adquiridos por otros miembros de la organización con dineros provenientes de la actividad del tráfico ilícito de drogas, con conocimiento y consentimiento de su origen ilícito", actividad que los sentenciadores han calificado de autoría en los términos del artículo 15 Nº 1, ya citado; no obstante que dicha conducta se enmarca dentro del encubrimiento conforme lo establece el artículo 17 Nº 1 del Código Penal.

Asevera que la autoría de los hechos que contempla el artículo 16 Nº 2 de la Ley 20.000. se refiere a suministrar vehículos, armas municiones, instrumentos, alojamiento, escondite, lugar de reunión o cualquier otra forma de participación para la consecución de los fines de la organización y, esos fines de las asociaciones a que se refiere esta Ley es el de cometer alguno de los delitos que ella contempla y que son los de tráfico de drogas y no los de adquisición o enajenación de bienes muebles o inmuebles con dineros provenientes del tráfico, de forma que la conducta que se imputa a su defendida no se encuentra dentro del tipo penal que establece la norma del artículo 16 tantas veces citado.

Agrega que la conducta acreditada en la sentencia a su respecto supone intervención posterior al cumplimiento del objetivo de la asociación ilícita para el tráfico, en tanto se aprovechó de los frutos de la asociación ilícita, facilitó, mediante una compraventa simulada, un inmueble para que fuera ocupado por miembros de la organización y usufructuaran de los efectos del delito. Actividad que tampoco se encuadra en "cualquier otra forma de colaboración", porque ella se refiere a obtener los fines de la organización, cuyo no es el caso de su defendida. Asimismo, que el artículo 16 de la Ley 20.000 en su inciso segundo, permite la figura de encubridor.

Estima, que si se hubiere calificado conforme a derecho la actividad desarrollada por su parte, se le atribuiría participación en calidad de encubridora, sancionándosele con una pena dentro del marco de presidio menor en su grado medio, en su mínimun por favorecerla una circunstancia atenuante.

Solicita, con todo, se anule la sentencia recurrida y en su reemplazo se dicte otra que disponga que la participación de su defendida es de encubridora de asociación ilícita, aplicándole la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio y se le otorgue el beneficio de remisión condicional de la pena.

V. Posición del Ministerio Público en relación a los recursos interpuestos y que fueron declarados admisibles por esta Corte.

SÉPTIMO: Que el Ministerio Público solicita el rechazo de los recursos intentados por la defensa porque su pretensión persigue

alterar los hechos establecidos en el fallo, convirtiendo esta vía en un verdadero recurso de apelación; porque el fallo cuestionado, en su concepto, se ha hecho cargo de toda la prueba producida y la ha valorado libremente al tenor de lo prescrito en el artículo 297 del Código del Ramo, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados; porque la existencia de la asociación ilícita se acreditó en el proceso más allá de toda duda razonable, y lo mismo ocurre con la participación de los condenados, señalándose la prueba producida en el juicio oral y que se encuentra debidamente analizada en el fallo. Hace presente que se trata en este caso de una organización con unidad de fines y propósitos, cuyo objetivo se traza en un plan criminal con fines de lucro; que el motivo 15º establece los 10 presupuestos fácticos de la asociación ilícita y que para el análisis de la prueba el fallo señala como primer asunto que el ilícito investigado es un delito de emprendimiento, configurando el hecho en su considerando 17º; de forma que el fallo no ha incurrido en las causales de nulidad invocadas por los recurrentes.

VI. Explicación previa sobre el modo de resolver los recursos.

OCTAVO: Que esta Corte por razones de orden lógico y a fin de no repetir argumentaciones sobre motivos de nulidad que se sustentan en causales idénticas, sea de estructuración formal del fallo impugnado o respecto a la aplicación del derecho a los hechos acreditados, procederá referirse a ellas atendiendo al defecto que se atribuye existir.

VII. En cuanto a la causal del articulo 374 letra e) del Código Procesal Penal.

NOVENO: Que, inicialmente, es menester aclarar en la perspectiva de la causal invocada que configura uno de aquellos denominados "motivos absolutos de nulidad", que el derecho al recurso constituye una prerrogativa procesal del imputado tendiente a asegurar que se observen ciertas garantías esenciales dentro del procedimiento; de modo que al Tribunal –por esta vía- no se le atribuye el pronunciamiento sobre un tema de fondo o sustantivo, sino acerca del adecuado ejercicio de aquellas garantías procesales. Y tanto es así que el advenimiento de causales de la naturaleza de la esgrimida permite obtener no sólo la anulación de la sentencia, sino de todo el juicio donde se produjo la inobservancia de aspectos fundamentales que deslegitiman la acción punitiva del Estado;

Específicamente la causal contemplada en el artículo 374 letra e) del Código del ramo por incumplimiento de las exigencias de las letras c), d) o e) del artículo 342, dice relación con la obligación de justificación de la sentencia en orden a permitir el control de lo resuelto por el tribunal del juicio oral, imperativo establecido para el evento de que "… los jueces de juicio oral se hubieren apartado en forma manifiesta y arbitraria de la prueba rendida (…). Si se apreció mal o bien la prueba, por tanto, no es un aspecto que esté sujeto al control de un tribunal superior. Otra cosa es la revisión que éste pueda hacer acerca de la revisión lógica entre la valoración de la prueba que los sentenciadores hacen y las conclusiones a que llegan en su fallo". (Informe del Senado citado por Julian López Masle en Derecho Procesal Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile Tomo II pag. 420.

Dicha causal obedece a que el órgano legislador quiso impedir que las sentencias condenatorias se aparten "manifiesta y arbitrariamente" de la prueba rendida en el proceso y que esa situación quedara fuera de control por un tribunal superior ante la inexistencia de recursos de instancia; teniendo para ello en consideración que ya se había estimado que el tribunal del juicio era el más idóneo para valorar la prueba y dictar sentencia, de forma que si se incurría en dicha situación se procediere no a anular solo el fallo y dictar sentencia de reemplazo, sino a ordenar la repetición del juicio oral.

DÉCIMO: Que, en definitiva, la causal señalada solo faculta a esta Corte para verificar

el cumplimiento del deber elemental aquel que posibilita reproducir el razonamiento que condujo a las conclusiones obtenidas en el fallo.

UNDÉCIMO: Que en la materia circunscrita, el libelo reseñado en el motivo primero y patrocinado por el abogado señor Cristián Briceño Echeverría se ha fundado en que el fallo contradice en sus razonamientos los principios de lógica y las máximas de experiencia, exponiendo que la prueba era insuficiente para llegar a una sentencia condenatoria y que se ha conculcado la presunción de inocencia, contraviniendo en la valoración de la prueba señalada los estándares mínimos de convicción condenatoria; todo, a la vez, porque se ha producido infracción en la aceptación de la pretensión punitiva fiscal sobre la base de conductas genéricas de tráfico y no en situaciones fácticas concretas.

DUODÉCIMO: Que, enseguida, el recurso interpuesto por la señora Teresa Álvarez Bulacio, en defensa de Sergio Andrés González Mena y que se ha descrito en el motivo tercero anterior, se sustenta en que la sentencia no estableció la acción concreta que se imputa a su representado y de que forma él otorgó impunidad o facilitó los fines de la asociación, esto es, traficar sustancias sicotrópicas. Agrega que los antecedentes no permiten establecer la sujeción a la organización y su conciencia de pertenecer a ella, o de que forma es su miembro y cómo habría obtenido un beneficio. Igualmente, se reprocha que el fallo carece de fundamentación por no existir una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, favorables o desfavorables a su representado, la valoración de los medios de prueba que respaldan dichas conclusiones, como también que el tribunal no se hizo cargo de toda la prueba producida y tampoco se consignó las razones legales o doctrinales que sirvieron para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias.

DÉCIMO TERCERO: Que, por último, la impugnación que se consigna en el considerando quinto precedente referida a Elías Huerta Riquelme, hace consistir el motivo absoluto de nulidad en que la sentencia ha omitido las razones legales o doctrinales que sirvieron para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo en lo referente a su condena como autor del delito de asociación ilícita. Se dice también que la resolución no explicita cual de las conductas incluidas en el artículo 16 de la Ley 20.000 le son atribuidas específicamente para condenarle, toda vez que la norma contiene varias conductas incriminadas e incluso penas distintas para cada una de ellas.

DÉCIMO CUARTO: Que según se observa de lo relacionado previamente acerca de los libelos, gran parte de los argumentos vertidos no importan la causal de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, porque se desarrollan en torno a cuestiones de valoración de la prueba producida durante el juicio, esto es al margen de los extremos que delimitan esta causal específica que sólo consulta un examen de legalidad formal del discurso justificativo de la sentencia.

En efecto, el mencionado motivo legal que constituye una norma de derecho estricto, atendiendo a su descripción pormenorizada, autoriza únicamente para verificar si la sentencia contiene una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297 de dicho texto; aludiéndose conjuntamente a las razones legales o doctrinales que sirvieren para calificar jurídicamente cada uno de esos hechos y sus circunstancias, y, por último, a la incorporación de las decisiones acerca de cada una de la peticiones de los intervinientes.

La alegación planteada entonces de que debió arribarse a otros hechos, constituye una cuestión de valoración y, como se ha dicho, no conforma la causal esgrimida, porque si bien el motivo de nulidad menciona que la prueba ha debido valorarse de la manera señalada en el articulo 297 del citado Código, no lo hace para autorizar a esta Corte la revisión de la ponderación efectuada por el tribunal del juicio, porque tal facultad es propia de los órganos de instancia. Dicha mención es simplemente a título referencial, y con la finalidad de que se verifique que el fallo recurrido exprese todo el razonamiento que ha debido hacerse conforme con dicho sistema de apreciación. La función atribuida por el recurso no consiste en evaluar de nuevo lo obrado por el tribunal de instancia, porque dicha actividad inequívocamente importa repetir lo realizado para concluir acerca de su corrección. Este es una tarea (de valoración) que excede el recurso por razones de texto y sistema, toda vez que esta Corte carece de la posibilidad de apreciar directa y sensorialmente las probanzas, conocimiento que es imprescindible para el trabajo de valoración al instaurarse como principio rector del procedimiento, el de la inmediación.

DÉCIMO QUINTO: Que, desde luego, las cuestiones de fondo utilizadas en orden a demostrar la insuficiencia del establecimiento de elementos que permitan configurar alguno de los ilícitos atribuidos por medio de una causal adjetiva, corresponde examinarlas, si es del caso, cuando se aborden los aspectos sustantivos del fallo y son, por tanto, consecuencialmente ajenas también al motivo absoluto de nulidad que se analiza.

DÉCIMO SEXTO: Que, en fin, en lo estrictamente concerniente a la debida justificación de la sentencia, motivo que considera la letra e) del tantas veces aludido artículo 374, es menester referirse -en la situación de los recurrentes ya aludidos- a la construcción argumental de la resolución que se obtiene y de cada uno de los aspectos que la conforman, en términos que se posibilite la reproducción del razonamiento empleado en la decisión y comprender su alcance, junto con observar como se produce la asimilación o no de toda la prueba producida y de las alegaciones que han formulado aquellas partes intervinientes;.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que el fallo en estudio utiliza una singular fórmula descriptiva en sus motivos décimo sexto y siguientes, en orden a establecer la existencia de los delitos atribuidos y la participación responsable de los imputados, por medio de enunciados del siguiente tenor: "Que para establecer la existencia de… se contó…", bien "Para acreditar dicha condición se contó…", o igualmente "para acreditar este elemento se aportaron", o "resulta clarificador" (ejemplos según el basamento décimo sexto). A ellos sigue una enumeración y descripción del contenido de los medios probatorios que considera en cada caso y, aisladamente, algunas conclusiones fácticas que se infieren de ciertas pruebas, omitiendo algunas definiciones y la ponderación que permitió obtenerlas. No obstante este reproche parcial, a partir del examen global de los razonamientos que contiene la sentencia, en especial de su conexión extendida expresamente por los jueces desde el considerando sexto hasta los apartados décimo séptimo, décimo octavo, parte final del trigésimo sexto, trigésimo séptimo (páginas 134 y 135), octogésimo, octogésimo primero y centésimo undécimo, pueden darse por salvados los requisitos formales de su expedición, teniendo en cuenta que si bien se produce repetición de las argumentaciones, o la incorporación de enunciados que correspondía analizarlos taxativamente en un ámbito distinto (como sucede con la participación de los imputados que se incluye también en la reflexión decimoséptima, verbi gracia página 90 (Pedro González) y página 91 (Moisés González); aquello no es obstáculo para entender satisfechos, si bien en su límite, los extremos que comprende la exigencia de motivación en orden a dar por justificadas cada una de las decisiones

que comprende el fallo, permitiéndose así -aún con dificultad- la reproducción de los razonamientos empleados para ello. También los sentenciadores se han hecho cargo de toda la abundante y categórica prueba producida, y de las alegaciones formuladas por las defensas en las oportunidades procesales correspondientes; consignándose, como era menester, las razones legales o doctrinales que sirvieron para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias.

DÉCIMO OCTAVO: Que en este orden de ideas, como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corte, ha de tenerse en cuenta que el artículo 342 del Código Procesal Penal, en sus letras c) y d) discurre sobre dos actividades jurisdiccionales: **1)** La motivación, esto es "las razones que hacen atendibles las peticiones de las partes, o bien la decisión del tribunal". Y ello supone: --describir las argumentaciones por las cuales se llega al establecimiento de los hechos y circunstancias probadas, y-- exponer clara y concatenadamente cada uno de esos hechos y circunstancias, y la manera por la cual el establecimiento de un hecho conduce a otro; y **2**) la fundamentación, o sea: --las explicaciones jurídicas**,** por las cuáles se califican en conformidad a derecho los hechos ya comprobados, según el procedimiento anterior, -y la justificación también jurídica de cómo se alcanzan todas las decisiones que compre el fallo.

Se dice que el razonamiento judicial, comprensivo de las dos actividades ya referidas: motivación y fundamentación, debe "ser concebido como un conjunto de argumentos distribuidos según diferentes niveles de justificación"**. (**Justificación de las sentencias penales. Editado por la Escuela Judicial del Salvador. Dr. Paulo Raúl Bonorino, 2004)

Existen 3 premisas básicas: **A.** Un argumento formado por la premisa fáctica, **B.** Un argumento constituido por la premisa jurídica, y **C.** Un argumento para justificar la decisión. Se deben agregar además todos los sub-argumentos que respaldan la adopción de cada una de las premisas utilizadas .**D**. Existe también una conclusión, que es el enunciado que se apoya en las premisas básicas mencionadas.

Las premisas, son expresiones linguísticas, que requieren se expresen todas, ordenadamente, con coherencia y cohesión, sin excluir las argumentaciones necesarias para obtener la debida comprensión de lo que en su conclusión se expresa.

Debe así analizarse, sin entrar a definir su verdad o falsedad por vía de esta causal, si están todas las argumentaciones que se requieren para obtener el resultado alcanzado: la decisión o conclusión particular. Esto es, las argumentaciones necesarias, íntegras, desarrolladas con coherencia y cohesión, para llegar a**:** -la conclusión fáctica, -la conclusión jurídica, y -a todas las decisiones que comprende la conclusión final.

DÉCIMO NOVENO: Que, como se ha dicho, la jurisprudencia de nuestros tribunales y en especial la de esta Corte de Apelaciones de San Miguel (fallos en las causas rol IC N° 740-2007 y Nº 865-2007) precisamente ha recogido dicha tesis, lo que ha ocurrido también cuando se expresa que la exposición de motivos de la sentencia se orienta "al objetivo inmediato de permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare el fallo**,** con el propósito final de velar porque se respete seguidamente la restricción legal en la valoración de la prueba. Se dice que los jueces están "obligados a exteriorizar las reglas que observaran para asegurarse de que su discurrir haya sido certero o los juicios derivados de la observación del medio o del entorno, con arreglo a los cuales consideraron que una consecuencia determinada era o no esperable; todo en función de aceptar o descartar (después) la probabilidad del hecho a inferir". Ha de posibilitarse escrutar el proceso de reflexión empleado por ellos, en el derrotero seguido (esto es si hay cohesión o se produce elípsis, o algún salto argumentativo), en términos de poder identificar (sólo eso en esta

causal) las razones de lógica, de experiencia o vinculadas a conocimientos científicamente afianzados, merced a las cuales se establecieron o no los hechos relevantes del juicio (fallo dictado el 10 de noviembre de 2006 de la Corte de Apelaciones de Santiago en causa rol N° 1988-2006, al pronunciarse sobre un recurso de nulidad).

VIGÉSIMO: Que considerando todo lo anterior, en el examen sobre la justificación de la sentencia materia de reproche es posible identificar: **a)** las reglas que utilizaron los jueces para alcanzar las conclusiones fácticas, **b)** los juicios derivados de la observación del medio o del entorno, con arreglo a los cuales se consideró que una consecuencia determinada era o no esperable, llevando aquello a aceptar o descartar la probabilidad de existencia de un hecho determinado, **c)** la existencia de armonía en el procedimiento racional empleado, de forma que tiene coherencia en todas sus partes, y por último **d)** que las afirmaciones del fallo, respecto del contenido de los medios de prueba analizados, concuerdan con el sentido y extensión de la probanza aludida y en los términos que se consignó en la audiencia respectiva del juicio oral (se estima también que la utilización de las reglas de la lógica, ha supuesto que las bases hipotéticas descansan en elementos fidedignos).

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, específicamente en el caso de Elías Juan Huerta Riquelme, se ha cumplido con los parámetros antes expresado, permitiéndose la sustentación de los cargos formulados que se identifican según lo consignado expresamente en los fundamentos décimo sexto, décimo séptimo, décimo octavo y vigésimo séptimo, como "integrante" de la asociación ilícita y no en su "dirección"; acotados –afirman los jueces- al tipo penal que describe el artículo 16 de la Ley 20.000, en relación a los artículos 1º y 3º de la misma Ley;

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que de lo expuesto en los motivos precedentes aparece que no se ha producido el motivo absoluto de nulidad a que se refiere la letra e) del artículo 374 del Código ya mencionado, teniendo en cuenta además que ninguno de los recursos ha señalado expresamente alguna trasgresión a las prescripciones de la lógica argumental, esto es una vulneración a las reglas objetivas de razonamiento que constituyen aquella disciplina, tales como las de no contradicción y razón suficiente, puesto que simplemente se han limitado a denunciar transgresiones de esta clase completamente indeterminadas y genéricas, modalidad claramente inaceptable por esta vía.

VII. En relación a la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal:

VIGÉSIMO TERCERO: Que la defensa de Sergio González Mena señala resumidamente por medio de esta causal que los hechos establecidos en el fallo son insuficientes para configurar el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas, toda vez que no existirían los supuestos fácticos que permiten definir la organización a que se refiere el artículo 16 de la Ley Nº 20.000 y que detalla en su recurso. Precisa que los sucesos descritos en la sentencia, en concepto de la recurrente, corresponden a una simple forma de coautoría para quienes fueron acusados por tráfico de estupefacientes, en cuyo caso no se encuentra su representado. Asimismo, no habría coincidencia entre las conductas atribuidas a González Mena en relación a los elementos que consideró el tribunal para estimar que se produjo la asociación ilícita.

En un segundo aspecto, el libelo reprocha a los jueces su transgresión al principio non bis in idem por imponerle una pena más grave por uso de la circunstancia de agravación descrita en el artículo 19, letra d) de la Ley aludida, en tanto que su calidad de funcionario público perteneciente a Carabineros ya había sido considerada para justificar los requisitos del tipo penal y, por ende, su reproche como autor de la asociación ilícita destinada a traficar droga. Se denuncia la infracción al artículo 19 N° 3 inciso 8° de la Constitución Política de la República, en relación al artículo 63 del Código Penal. Tal

causal, ha de asimilarse a la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por atribución de competencia que efectuó a esta Corte de Apelaciones la Excma. Corte Suprema con fecha 20 de junio de 2007.

VIGÉSIMO CUARTO: Que en la perspectiva de la causal sustantiva esgrimida por errónea aplicación del derecho que permitió estimar configurado el delito de asociación ilícita y la participación responsable de Sergio González Mena, los hechos fijados por los jueces de grado resultan inalterables, por lo que a esta Corte sólo le corresponde verificar si los sucesos reconocidos como ciertos en el fallo se adecuan a la norma penal abstracta cuya trasgresión se ha denunciado, contravención que claramente en la especie no ocurrió.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, en efecto, en los motivos Décimo Séptimo, Décimo Octavo, Trigésimo Segundo y Octogésimo del fallo impugnado se consignó que hasta el 20 de abril de 2006, operó en la Población La Legua Emergencia una organización del tipo informal, en la que había una jerarquización de sus integrantes, con un centro de poder identificable, que cumplían diversas tareas compartimentadas, que se regían por una disciplina con principios claros, profesionalizada, conformada con el fin de dedicarse a actividades ilícitas y obtener de esta manera lucro. Asimismo, que dicha organización denominada "Los cara de Pelota" estaba destinada a la adquisición, comercialización, acopio, transporte y distribución de droga al interior de la Población ya referida, y que con el dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas procedieron a la adquisición de numerosos bienes muebles e inmuebles, procurándose además una red de protección integral para la consecución de los fines ilícitos propuestos

También los jueces dan por cierto que el imputado Sergio Andrés González Mena realizó los siguientes hechos: que en su calidad de "funcionario de Carabineros de Chile, participaba en la organización criminal proporcionando información a Moisés González Berríos, acerca de la existencia de operativos policiales en la Población La Legua o investigaciones en curso respecto a la organización, verificaba patentes de vehículos que le aportaba uno de los miembros de la organización para su consulta, manteniendo a Moisés González Berríos actualizado del accionar policial. Por estos servicios era retribuido mediante la entrega de dinero, especies y otros servicios".

Circunstancias que, inequívocamente, integran el conjunto de hechos que pormenorizadamente fueron atribuidos y que en su conjunto tienen por finalidad la ejecución de conductas que denotan la existencia de una asociación ilícita destinada al trafico ilícito de sustancias estupefacientes, comprendida en las descripciones del artículo 16 de la Ley Nº 20.000; por lo que no ha podido tener lugar este motivo de invalidez bajo la convicción de que la disposición legal referida ha sido aplicada a una situación fáctica relacionada con Sergio González Mena y perfectamente coincidente con la previsión normativa en ella contenida.

VIGÉSIMO SEXTO: Que, en cuanto a la causal de agravación impugnada que describe la letra d) del artículo 19 de la Ley 20.000, esta consiste en cometerse el delito "por funcionarios públicos aprovechando o abusando de su calidad de tales", y se consideró su presencia sobre la base que se comprobó en el juicio que Sergio González Mena cumplía una función pública como integrante de Carabineros de Chile, y que obró precisamente aprovechándose o abusando de tal condición (basamento centésimo undécimo del fallo);

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que la norma del artículo 19 N° 3 inciso 8° de la Carta Fundamental contiene junto con el principio de legalidad en la descripción de conductas punibles y su sanción, lo que se ha llamado "la certeza y taxatividad" que le es inherente y conlleva la prohibición de la doble valoración de la conducta que se expresa en el mandato del artículo 63 del Código Penal al impedirse

que aumenten la pena "las circunstancias que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo o penarlo", y tampoco "lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no pueden cometerse".

Lo que no acepta el legislador es utilización de una misma conducta que se encuentre descrita, contenida o implícita substancialmente en un tipo penal, para a su vez configurar una circunstancia de agravación de la responsabilidad.

En el caso en estudio, el hecho punible denominado de asociación ilícita para el tráfico consiste en la existencia de una organización que presenta los elementos que describe el apartado décimo sexto de la sentencia en revisión, destinada a la adquisición, comercialización, acopio, transporte y distribución de droga, penalizándose a quienes realicen alguna de las conductas que describen los N° s 1 y 2 del artículo 16 de la Ley 20.000, entre cuyas acciones no se adscribe expresa o implícitamente de modo trascendental la circunstancia de que en su ejecución se produzca "aprovechamiento o abuso de la calidad de funcionario público". Mas bien la causal de agravación de responsabilidad de la letra d) del artículo 19 de la Ley ya citada, se trataría de una situación fáctica que atribuye mayor reproche a la actuación de quienes formando parte de la organización criminal y contribuyendo a sus fines, tengan precisamente la calidad de funcionarios públicos y se aprovechen para ello de tal calidad.

En conclusión, no se produce la vulneración que por vía del recurso se reclama, respecto del artículo 19, letra d) de la Ley 20.000, en relación al artículo 63 del Código Penal y éste a su vez en relación al artículo 19 N° 3 inciso 8° de la Constitución Política de la República.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que el recurso que se deduce por Elías Huerta Riquelme, se asila, subsidiariamente, en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal, por errónea aplicación del artículo 16 N° 2 de la Ley 20.000, en relación al artículo 15 N° 1 del Código Penal, argumentándose que se le condena como autor de asociación ilícita para el tráfico de estupefacientes, sin atribuírsele ningún hecho o actuación constitutiva de participación en ese delito.

VIGÉSIMO NOVENO: Que ello no es efectivo desde que en complemento de lo ya reseñado en el motivo vigésimo quinto anterior se consigna por los jueces de grado que Huerta Riquelme, al interior de la organización adquiría droga a la familia González y la comercializaba entre consumidores y traficantes, siendo el proveedor de Carlos París Gómez y María Sánchez Páez y en el mismo motivo décimo sexto, (páginas 24 y 55 y décimo octavo del fallo en estudio) se señala que "tambien forman parte de esta organización…, uno de los distribuidores de la droga Elias Huerta Riquelme,...".

TRIGÉSIMO: Que, a su vez el artículo 16 de la Ley 20.000, sanciona a los que "se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en esta ley", enumerando en el N° 2 "al que suministre vehículos, armas, municiones, instrumentos, alojamiento, escondite, lugar de reunión o cualquiera otra forma de colaboración para la consecución de los fines de la organización".

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que entonces contrastando los hechos descritos en los dos motivos anteriores, esto es los consignados en la sentencia y los definidos en la norma legal, es claro que se produce su correspondencia, considerando que la conducta descrita en la norma se refiere a actividades taxativamente mencionadas y a una genérica de colaboración para la consecución de los fines de la organización.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que en efecto, según lo estableció el Tribunal a quo, los miembros tenían diversas tareas y misiones compartimentadas. En el caso de Huerta, claramente su tarea y participación era

distribuir la droga a grupos más pequeños o a microtraficantes realizando también una labor de difusión de la existencia de la organización y de la calidad de la mercancía, teniendo conocimiento de quienes eran los jefes de las misma, cuyo poder reconocía y respetaba, y si bien actuaba con una relativa independencia siempre mantuvo la lealtad con sus asociados, todo lo cual se acreditó durante el juicio. Luego, la acción desarrollada por este acusado queda evidentemente enmarcada dentro de la fórmula legal que consiste en "**cualquiera otra forma de colaboración para la consecución de los fines de la organización**".

TRIGÉSIMO TERCERO: Que en consecuencia, no existe el error de derecho que la defensa del condenado Elías Huerta Riquelme, le atribuye al fallo recurrido, al condenarle como autor del delito de asociación ilícita y aplicar la sanción que corresponde a esta participación culpable y penada por la ley.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que la nulidad intentada por Katherine Santander Sereño se refiere a la infracción de los artículos 1°, 3, 16 N° 2 de la Ley 20.000 y artículos 15 N°1, 17 N°1 y 52 del Código Penal, cuestionando la participación que se le ha asignado en el delito de asociación ilícita. Indica que se produjo una incorrecta aplicación de esas normas al determinar los jueces que los hechos que se le imputan se refieren a la acción de autor directo, en circunstancias que no corresponden a actuación ilícita alguna en la asociación ilícita para traficar droga o, a lo más se trata de encubrimiento a la figura prevista en el artículo 16 Nº 2 de la Ley de Tráfico. Se dice entonces que la conducta acreditada en la sentencia a su respecto significa una intervención posterior al cumplimiento del objetivo de la asociación ilícita para el tráfico, en el entendido que se aprovechó de los frutos de la asociación ilícita y facilitó mediante una compraventa simulada un inmueble para que fuera ocupado por miembros de la organización y usufructuaran de los efectos del delito.

TRIGÉSIMO QUINTO: Que además de los hechos ya reseñados precedentemente en el considerando vigésimo cuarto, primera parte, los jueces de grado dieron por efectivo en los motivos décimo octavo y vigésimo cuarto que Katherine Santander Sereño "en su calidad de cónyuge de Gustavo Rubén González Berríos, dentro de la organización cumplía la función de mantener bienes muebles e inmuebles a su nombre, los que eran adquiridos por otros miembros de la organización con dineros provenientes del tráfico ilícito de drogas, con consentimiento y conocimiento de su origen ilícito" e incluso cumplía la misión de "blanquear" esos bienes, ocupados, como el caso del ubicado en Salar de Talcote N° 10.232 de la comuna de la Florida, en Santiago, por Pedro González Díaz, líder de la organización (reflexión décimo sexta, páginas 55 y 94). Por todo lo cual se le tiene como autora del delito de asociación ilícita criminal para el tráfico ilícito de estupefacientes;

TRIGÉSIMO SEXTO: Que la actuación prohibida por el artículo 16 Nº 2º de la Ley 20.000, que es la atingente en este caso, consiste en suministrar vehículos, armas municiones, instrumentos, alojamiento, escondite, lugar de reunión o cualquiera otra forma de colaboración para la consecución de los fines de la organización, esto es, para cometer alguno de los delitos contemplados en esa ley –traficar las sustancias sicotrópicas prohibidas, entre otros–, actuación que debe ser concertada o coincidente con la de otros para así alcanzar los objetivos de la organización-.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que si se relacionan los hechos descritos en los dos motivos anteriores, esto es, los consignados en la sentencia y los definidos en la norma legal, es claro que se produce su congruencia, habida cuenta del consentimiento prestado para obtener el resultado pretendido por medio de la comunión de los partícipes, del conocimiento del origen ilícito del dinero que

se utilizó para la adquisición de los bienes y su blanqueo, y de la circunstancia que al menos uno de los inmuebles era ocupado por el jefe de la banda en momentos que se desplegaba la actividad de la organización.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que de esta manera no se produce una errada aplicación del derecho al atribuir a Katherine Santander Sereño participación de autora en el delito de asociación ilícita, pues su actuación se adecua a la gestión descrita en el artículo 15 del Código Penal, de modo tal que tampoco adviene la causal de nulidad que emplea su defensa para impugnar la sentencia en revisión.

TRIGÉSIMO NOVENO: Que en las condiciones antes pormenorizadas, lo recursos deducidos por los imputados Margarita Isabel Berrios Aguilera, Elena del Carmen Cavieres Isamit, Viviana Lorena Berríos Berríos, Pedro Gustavo González Díaz, Moisés Agustín González Berríos, Gustavo Rubén González Berríos, Juan Carlos Isamit Contreras y José Antonio Cavieres Isamit, por el imputado Sergio González Mena, por el imputado Elías Huerta Riquelme y por la sentenciada Katherine Santander Sereño; no han de prosperar y corresponde su desestimación.

Por estas consideraciones, de acuerdo con lo que previenen los artículos 352, 372, 373 letra b), 374 letra e), 375, 376 y 384 del Código Procesal Penal, se declara que:

I.- Se rechazan los recursos de nulidad interpuestos por la defensa de los sentenciados Margarita Isabel Berrios Aguilera, Elena del Carmen Cavieres Isamit, Viviana Lorena Berríos Berríos, Pedro Gustavo González Díaz, Moisés Agustín González Berríos, Gustavo Rubén González Berríos, Juan Carlos Isamit Contreras, José Antonio Cavieres Isamit, por el imputado Elías Huerta Riquelme, por el condenado Sergio Andrés González Mena y por la imputada Katherine Santander Sereño, *y se declara que la sentencia del Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago de tres de mayo de dos mil siete, dictada en los autos RIT Nº 19-2007* ***no es nula*** *a su respecto.*

II. Según lo dispuesto en el artículo 375 del Código Procesal Penal, se corrige el error no esencial, consistente en que en el considerando Décimo Octavo del fallo individualizado se señala "el día 20 de abril de 2006", debiendo decir "hasta el día 20 de abril de 2006".

Acordada con el voto en contra de la Ministra señora Cabello en la parte que rechaza el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de Katherine Santander Sereño y estuvo por acogerlo, teniendo para ello en consideración:

PRIMERO: Que, el hecho declarado respecto de Catherine Santander Sereño en el considerando vigésimo cuarto del fallo que se revisa, y que se ha calificado de autoría de delito de asociación ilícita criminal para el trafico ilícito de estupefacientes consistió en "que en su calidad de cónyuge de Gustavo Rubén González Berríos, dentro de la organización cumplía la función de mantener bienes muebles e inmuebles a su nombre, adquiridos por otros miembros de la organización con dineros provenientes del tráfico ilícito de drogas, con conocimiento y consentimiento de su origen ilícito.

SEGUNDO: Que la actuación prohibida por el artículo 16 nº 2º de la Ley 20.000, que es la que aparentemente podría ser la del caso, consiste en suministrar vehículos, armas municiones, instrumentos, alojamiento, escondite, lugar de reunión o cualquiera otra forma de colaboración para la consecución de los fines de la organización, esto es, para cometer alguno de los delitos contemplados en esta ley –traficar las sustancias psicotrópicas prohibidas en dicha norma–, actuación que debe ser concertada o coincidente con la de otros para así alcanzar dichos fines.

TERCERO: Que contrastando los hechos descritos en los dos motivos anteriores, esto es, los declarados en la sentencia y los establecidos en la norma, es claro que no se corresponden porque no se ha tenido por acreditado que esta

imputada hubiere facilitado los medios para la consecución de los fines de la organización, esto es, para cometer los delitos de tráfico de sustancias prohibidas. La sentencia no establece esta exigencia del tipo, toda vez que sin explicar el sentido de los hechos, se limita a declarar su ocurrencia, esto es, no establece que fueron funcionales para desarrollar la decisión de traficar ilícitamente las sustancias prohibidas.

En consecuencia, los hechos citados relativos a la recurrente, cuya ocurrencia no puede ser discutida, no han podido calificarse de autoría del delito de que se trata.

CUARTO: Que de esta manera se ha hecho una errada aplicación del derecho al atribuirle a Catherine Santander Sereño participación de autora, en circunstancias que la actuación que se le atribuye en el fallo, no se adecua a ninguna de las formas previstas en el artículo 15 del Código Penal, la que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo porque de tal yerro derivo una sanción superior a la prevista para su actuación.

En efecto, de haberse calificado correctamente los hechos declarados, habría debido imponérsele la sanción correspondiente a los encubridores, porque con conocimiento del origen de los bienes saco provecho de ellos y permitió que los autores del delito hicieren otro tanto.

En estas condiciones en concepto de la disidente, concurre la causal de nulidad invocada.

Se previene que la Ministra señora Cabello estima innecesarios los razonamientos Décimo Quinto a Vigésimo, porque con lo expresado en el Décimo Cuarto se entrega a los destinatarios del fallo todos los motivos tenidos en cuenta para rechazar la petición de nulidad. La previniente tampoco comparte el párrafo 2º del considerando Vigésimo Tercero y los motivos Vigésimo Sexto y Vigésimo Séptimo porque esta Corte no puede emitir pronunciamiento acerca de la transgresión de garantías fundamentales denunciada en el recurso, tanto porque esta materia es de competencia de la Excma. Corte Suprema de Justicia, esto es se trata de una cuestión de legalidad orgánica, cuanto porque este Tribunal ya rechazó tal posibilidad indicando que la alegación podría constituir la causal de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, sobre la cual versan los razonamientos noveno a vigésimo de esta sentencia.

Regístrese y comuníquese.

Nº 1009-2007 – R.P.P.

RUC 0500322293-6.

RIT 19-2007.

Pronunciado por los Ministros Sr. Roberto Contreras Olivares, Sra. Lya Cabello Abdala y Sra. Lilian Medina Sudy.

- **Señala que si bien no existe definición legal respecto de la convivencia, la interpretación judicial la podrá encontrar en todas aquellas situaciones familiares que presenten características basadas en la estabilidad del vínculo y la unión afectiva.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Iquique.

Resumen:

La Defensa interpuso un recurso de nulidad en contra de la sentencia que condenó a su representado por el delito de parricidio aduciendo la causal del artículo 374 letra e), y en subsidio, la del artículo 373 letra b), ambos del Código Procesal Penal. Fundamentó su recurso en el hecho de estimar que la sentencia no había dado los fundamentos legales y doctrinarios que fundaran la calificación de convivientes de la víctima y el victimario, y en subsidio, que de los hechos presentados en juicio no cabía desprender que efectivamente existía la antedicha relación entre ellos. La Corte rechazó el recurso, señalando respecto de la primera causal, que de la lectura del fallo era posible desprender que el Tribunal sí dio cuenta de las razones legales y doctrinarias que hacían posible concluir que entre la víctima y el acusado existió una relación de convivencia. Respecto de la segunda, recordó que el recurso de nulidad es un recurso de derecho estricto que prohíbe analizar los hechos establecidas en la sentencia, atribución exclusiva de los jueces del fondo, agregando que concretamente en el fallo recurrido resultaba posible establecer la cuestionada relación de convivencia a partir de los hechos que se tuvieron por acreditados, como fueran la estabilidad del vínculo y la unión afectiva.

Texto completo:

Iquique, nueve de agosto de dos mil siete.

Visto:

Que en estos autos RUC Nº 0500667758 6, una Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de esta ciudad dictó sentencia con fecha veintiocho de mayo del presente año, condenando al acusado Rubén Alberto Castro Miranda, a la pena de presidio perpetuo simple y accesorias legales por la responsabilidad que le asiste como autor del delito de parricidio. El Defensor Penal don Héctor Álvarez Fortte, en representación del enjuiciado ya mencionado, dedujo recurso de nulidad, fundado en la existencia de la causal de nulidad prevista en el artículo 374 letra e), y en subsidio, en aquella contemplada en el artículo 373 letra b), ambos del Código Procesal Penal, solicitando la anulación del juicio oral y de la respectiva sentencia, disponiéndose la realización de uno nuevo, por el tribunal no inhabilitado que corresponda, o en su caso, la invalidación de la sentencia recurrida y la dictación de otra de reemplazo.

En la audiencia dispuesta para el conocimiento del recurso, compareció dicho letrado, quien reiteró los argumentos del mismo, en tanto que por el Ministerio Público asistió el Fiscal don Enrique Rodríguez Casanova, manifestando su oposición a que se le prestara acogida.

Oído y Considerando:

PRIMERO: Que en cuanto a la causal de nulidad alegada en forma principal, esto es, la señalada en la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, sostuvo el recurrente que la sentencia ha incurrido en una omisión relevante, por cuanto no contiene las menciones exigidas por la letra d) del artículo 342 del texto legal ya citado. Explica que, al ser el concepto de "conviviente un concepto jurídico legal y un elemento del tipo, requiere el sentenciador fundarlo en antecedentes legales o doctrinarios, cosa que no ocurrió. Añade que dado que el legislador no ha definido el concepto de "convivencia , el fallo recurrido, para hacerlo aplicable al caso en estudio, debía analizar si la relación que existía entre el imputado y la víctima encuadraba en dicho concepto, debiendo valerse en ese evento de la ley y la doctrina. Agrega que la defensa planteó razones de derecho comparado, de doctrina y de jurisprudencia nacional, para fundamentar que en la especie no existía la convivencia que se pretende, pero el fallo aludido no hace

referencia a ninguno de estos elementos, incumpliendo la obligación legal de señalar las razones legales o doctrinales en que se basaba la sentencia. En este caso, precisamente la calidad de convivientes del imputado y la víctima debió ser resuelta fundada en el derecho, situación que –a juicio del recurrente– no se reflejó en el fallo, constituyendo esta omisión un vicio insubsanable, por cuanto ello ha impedido a la defensa impugnar la conclusión o los fundamentos por los cuales se tuvo por acreditada dicha relación.

SEGUNDO: Que esta causal de nulidad será desestimada, por cuanto de la simple lectura y examen del contenido de la sentencia impugnada, en particular sus fundamentos séptimo, octavo y duodécimo, se advierte con claridad las razones legales y doctrinales que han tenido en cuenta los jueces para atribuir a la relación existente entre la víctima y el imputado el carácter de convivencia, y de esa forma calificar jurídicamente los hechos imputados por el ente persecutor, arribando a la conclusión que constituían el delito de parricidio. El fundamento desarrollado por el recurrente para sustentar esta causal de nulidad se orienta más bien a pretender un cambio en la calificación jurídica del delito, lo cual escapa del ámbito de aplicación del recurso de nulidad, debiendo igualmente tenerse presente que el tribunal se hizo caso cargo de los argumentos esgrimidos por la defensa, tendientes a cuestionar, tanto en los hechos como en el derecho, la existencia de una relación de convivencia que vinculaba a su defendido con la víctima.

TERCERO: Que de manera subsidiaria, la defensa del acusado invocó como fundamento de su recurso, aquella contemplada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, es decir, cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, la cual está dada precisamente en función de uno de los elementos del tipo penal de parricidio, en concreto, respecto del concepto de "conviviente . Plantea que éste ha dejado de ser solamente uno de carácter social, para elevarse a la categoría de concepto jurídico legal, por lo que corresponde su definición a la ciencia del derecho con preeminencia de otra ciencia social. Sostiene que la sentencia no se conforma a derecho sobre el particular, pues en los fundamentos respectivos estableció la existencia de convivencia, a partir de la estabilidad del vínculo y de la unión afectiva entre el sentenciado y la víctima, situaciones de las cuales discrepa, añadiendo, en cuanto al primero, que el fallo recurrido no da razón alguna para concluir por qué un período de sólo 9 meses es suficiente para estimar que la relación es permanente y estable, en circunstancias que tanto la legislación comparada, como la jurisprudencia han señalado plazos superiores a aquél para considerar una relación de convivencia, en tanto que el proyecto de ley que "Establece regulación para las uniones de hecho , contenido en el Boletín Nº 4153 18, de fecha 12 de abril de 2006, fija un período no inferior a tres años para acogerse a dicha ley. Tampoco es un elemento a considerar –en opinión del recurrente–, la residencia en un mismo inmueble, pues ella no era estable ni duradera, dado que como expresó uno de los testigos, la víctima concurría a su inmueble, donde se bañaba, pernoctaba, comía y visitaba a sus hijos.

CUARTO: Que asimismo, en cuanto a la unión afectiva entre el sentenciado y la víctima, también cuestiona los argumentos del tribunal, pues considerar al consumo de drogas como un "proyecto de vida resulta alejado de la realidad y atenta contra la lógica, ya que el hecho que dos personas consuman habitualmente drogas en caso alguno puede constituir un proyecto de vida conjunta. En ese sentido, aduce el recurrente que los antecedentes de la causa apuntan a que lo que existía entre el sentenciado y la occisa era una relación funcional, basada en el provecho o utilidad

que una de las partes reporta a otra, pero no en vínculos afectivos u emocionales.

En suma, concluye que el tribunal no realizó un análisis completo sobre los elementos constitutivos de la convivencia, y en tal virtud ha hecho una errónea aplicación del derecho, por cuanto estimó configurado un elemento del tipo que en la especie no concurre, influyendo sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues se impuso una pena de parricidio a un hecho que no reunía las condiciones para tener por establecida una relación de convivencia, debiendo ser calificado de homicidio simple.

QUINTO: Que en primer término, cabe tener presente la naturaleza del recurso de nulidad, vale decir que se trata de uno de derecho estricto, de lo cual se sigue que atendidas sus características este Tribunal cuenta con una competencia limitada para la revisión del fallo, y por ende no constituye una instancia en la que se puedan analizar los hechos establecidos en el juicio, sea para modificarlos o alterarlos. Luego, en la medida que por su intermedio se pretenda cambiar la situación de hecho que los jueces del fondo, en el ámbito de sus atribuciones propias y exclusivas, han tenido por acreditada y respecto de la cual efectuaron su calificación jurídica, dicho recurso debe ser desestimado.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe también señalar que la determinación sobre la calidad de conviviente que tenía la víctima respecto del imputado, para los efectos de establecer una correcta calificación del delito, es una cuestión de hecho que, por mandato legal, ha quedado entregada a los sentenciadores, quienes, en el caso en comento, actuaron en uso de sus facultades y con el conocimiento que de los antecedentes tuvieron de manera directa e inmediata, fundamentando adecuadamente sus conclusiones, por lo que mal puede atribuírseles una errónea aplicación del derecho, toda vez que su actuar no fue ni arbitrario ni infundado, como se desprende, en particular, de la lectura del considerando séptimo del fallo impugnado.

En efecto, conforme a la modificación introducida al Código Penal, a través de la ley 20.066, de fecha 7 de octubre de 2005, por medio de ella se incorporó como posible sujeto pasivo del delito de parricidio al conviviente. Ahora bien, tal como lo anota el recurrente, el legislador no definió en este caso el concepto de conviviente, sin embargo debe tenerse que el mayor desvalor asignado a este delito radica en que con él se atenta contra el orden de las familias, por lo que se ha equiparado, para efectos penales, el vínculo de convivencia al del matrimonio, reconociendo una realidad que era posible advertirla con nitidez en la evolución social de la familia.

SEXTO: Que por lo anterior, es perfectamente posible, tal como ha sido sostenido por el Tribunal recurrido, que para que una relación de hecho pueda tener el mismo trato que el matrimonio ésta deba cumplir una serie de características, basadas principalmente en la estabilidad del vínculo y la unión afectiva existente entre el sentenciado y la víctima, razonamiento con el cual esta Corte concuerda. En esa misma línea, atendido a que el legislador tampoco estableció un periodo mínimo de duración de la relación de hecho, ni fijó algún plazo u otra característica temporal, corresponde a los jueces determinar bajo qué circunstancias un lapso concreto de tiempo pudo llegar a constituir y dar cuenta de una situación de convivencia, lo cual, a la luz de los fundamentos contenidos en la sentencia recurrida, aparece establecido en armonía con otros elementos de hecho, los que de manera inequívoca condujeron a dicha conclusión, según fuera ponderado, analizado y manifestado debidamente en ella.

SEXTO: Que por lo expuesto precedentemente, sólo cabe concluir que no se ha configurado ninguna de las causales de nulidad invocadas, y en esa virtud no

corresponde sino desestimar, en todas sus partes, el recurso de nulidad.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del acusado Rubén Alberto Castro Miranda en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique con fecha veintiocho de mayo del año en curso, en Sala integrada por los Jueces señores Felipe Ortiz de Zárate Fernández, Andrés Provoste Valenzuela y Carlos Cosma Inojosa, la que no es nula.

Regístrese, dése a conocer a los intervinientes, sin perjuicio de su notificación por el estado diario. Devuélvase la carpeta con su respectivo registro de audio.

Redacción del Ministro señor Pedro Guiza Gutiérrez.

Rol I. Corte Nº 71 2007.

- **Declara que el estándar de convicción respecto de la peligrosidad de un enajenado mental es más bajo que el requerido para condenar en un juicio oral.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Talca.

Resumen:

El Ministerio Público interpuso un recurso de nulidad en contra de la sentencia que negó lugar a decretar medidas de seguridad en contra de un acusado declarado inimputable por el artículo 10 Nº 1 del Código Penal en un delito de violación. Fundamentó su petición en el artículo 374, en relación con el artículo 342 letras c) y d), ambos del Código Procesal Penal, por estimar que el texto del fallo recurrido no daba las razones legales o doctrinarias que permitieron arribar a la decisión de no considerar acreditada la peligrosidad del acusado. La Corte acogió el recurso señalando que de una interpretación armónica de las normas del Libro IV, Título VII y sus reglas subsidiarias del Libro II del Código Procesal Penal, sólo cabía concluir que el estándar de convicción exigido para estimar la peligrosidad de un enajenado mental es más bajo que el requerido para condenar en un juicio oral, requiriéndose en el primer caso sólo la presencia de presunciones basadas en antecedentes que no necesitan ser calificados, porque cuando el legislador ha querido establecer exigencias más altas lo ha dicho expresamente, como es el caso del artículo 140 letra b) del mismo código. Agregó que si bien la sola declaración de un médico puede no ser suficiente para obligar a decretar medidas de seguridad, el fallo recurrido adolece de los análisis necesarios para poder conocer el sustento doctrinal y legal de su decisión, lo cual la hizo incurrir en la causal de nulidad invocada por el recurrente.

Texto completo:

Talca, diecisiete de agosto de dos mil siete.

Visto:

En lo principal del escrito de fs. 11 don Jorge Aravena Rojas, Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Parral, en causa sobre solicitud de medida de seguridad Ruc 0400336439 4, Rit 10 2007, interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia de nueve de julio último, escrita a fs.1 de esta carpeta judicial, mediante la cual el Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Cauquenes no accedió a la solicitud de imposición de medida de seguridad al requerido José Antonio Salgado Lara, como autor del delito consumado de violación de la niña de iniciales M.M.M., cometido en fecha indeterminada del año 2003, en el sector La Obra de la comuna de Parral, y condenó al Ministerio Público y al querellante, en representación del Servicio Nacional de Menores, al pago de las costas de la causa por haber resultado ambos totalmente vencidos.

Funda el recurso en las causales establecidas en el artículo 373 letra b) y en el artículo 374 en relación con lo dispuesto en el artículo 342, letras c) y d), todos del Código Procesal Penal, las que plantea de manera conjunta.

Sostiene que la sentencia recurrida ha incurrido en errónea aplicación del derecho, con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, reparable únicamente mediante la declaración de nulidad de éste y la realización de un nuevo juicio oral, pues de la sola lectura de los considerandos octavo, noveno y décimo se deduce mediante un simple ejercicio lógico la peligrosidad manifiesta del imputado Salgado Lara, no obstante que en el considerando undécimo se argumenta no tener medios de convicción suficientes para tenerla justificada, incurriendo en una manifiesta inconsistencia porque al dar por acreditadas violaciones reiteradas contra una menor, no puede menos que considerarse la conducta como peligrosa en sí misma, entendiéndolo así la gran mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, tanto es así que es uno de los elementos que el legislador consideró para solicitar la cautelar de prisión preventiva; que el juicio de peligrosidad debe considerar toda la conducta del imputado y no dejar afuera los hechos investigados, cobrando especial importancia la aplicación del artículo 10 Nº

1 del Código Penal; en cuanto al concepto de locura o demencia todos los autores están de acuerdo que el sistema legal chileno sobre imputabilidad se basa en un criterio biológico o psiquiátrico, estableciéndose una presunción legal de inimputabilidad para las personas que al cometer el delito padecen una enfermedad mental, como ocurre con el imputado Salgado Lara, el que padece un retardo mental leve y epilepsia grave, endógena y degenerativa, y que fue refrendada categóricamente por el perito don Pedro Segura Díaz, por lo que no puede dudarse que la padecía al momento de cometer el hecho, la que es endógena; tampoco tiene control de impulsos, lo que es consustancial a su enfermedad, y menos que es demenciante (sic) porque el perito explicó latamente los efectos de ataques epilépticos reiterados durante toda la vida, estableciendo que en la convivencia diaria son un peligro latente y que se puede esperar cualquier trastorno conductual. Así, el loco o demente, en términos jurídicos implica un trastorno, perturbación o enfermedad siquiátrica grave que destruye, anula o desordena psicopatológicamente, en forma más o menos permanente, las facultades o funciones psiquiátricas superiores, como la inteligencia, voluntad y conciencia en tal grado, que elimina en la persona su inimputabilidad, concepto en que concuerda la doctrina y la jurisprudencia desde 1917, por lo que el concepto de locura no ha sido aplicado correctamente en la sentencia recurrida, ignorándolo derechamente o dándole un contenido de actos violentos estereotipados que no se condicen con su contenido más evidente.

Añade que la aplicación vaga, imprecisa y contradictoria del concepto jurídico de loco o demente que se ha hecho en el considerando undécimo, ha impedido ver al tribunal la verdadera dimensión de la enfermedad demenciante (sic) que padece el imputado.

Señala que la correcta interpretación de locura la da el criterio biológico o psiquiátrico, que supone, necesariamente, un informe pericial de una persona idónea, experimentada y especializada como lo es el perito Pedro Segura Díaz, quien es perito psiquiatra legista de la unidad de Psiquiatría Legista de la Unidad de Psiquiatría Forense de Alta Complejidad del Hospital Psiquiátrico Philiph Pinel, el que fue categórico y rotundo en sus juicios, estimándolo como peligroso e inimputable, por lo que procede dar lugar a la medida de seguridad solicitada.

En cuanto a la segunda causal invocada relata que la sentencia recurrida ha omitido los requisitos que exige el artículo 342, letras c) y d) del Código Procesal Penal, pues no cumple con la exposición clara, lógica y completa de cada una de las circunstancias que se dieren por probadas, sean favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 297 de dicho Código, sin que tampoco se señalen las razones legales o doctrinales que sirvan para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias para fundar el fallo, lo que es reparable con la declaración de nulidad del juicio oral y la sentencia definitiva recurrida.

Hace presente que no se pueden dar por probadas violaciones reiteradas contra una menor de 13 años y estimar que el hecho así descrito no configura peligrosidad en los términos exigidos por la legislación procesal penal para aplicar una medida de seguridad y estimar además que un retardo mental leve, una epilepsia grave, endógena degenerativa, puede no considerarse locura en términos jurídicos, contraviniendo toda lógica, máximas de la experiencia y, especialmente, conocimientos científicamente afianzados, ya que el mundo jurídico debe ser capaz de digerir los conceptos elaborados por disciplinas científicas, incorporarlos, comprenderlos y aplicarlos.

Representa que no se ven citadas en el fallo recurrido las razones doctrinales o legales que sirvieren para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo, especialmente, no se refiere de

manera alguna al concepto de loco o demente ni a los requisitos que deben cumplirse para considerarlo así, y menos por qué no se cumplen éstos, y las razones legales y doctrinales para considerarlo normal e imputable, puesto que es lo que en definitiva hace el fallo en la parte final del considerando undécimo.

Afirma que los vicios invocados son de tal entidad que no pueden subsanarse sino anulando el juicio y la sentencia, pues de haber respetado las exigencias legales en el pronunciamiento de ésta, el veredicto hubiere sido muy diferente y el imputado Salgado Lara estaría seguro, impedido de causar mal a otras personas dentro de un centro especializado.

Concluye solicitando se acoja el presente recurso y se declare la nulidad de la sentencia definitiva y del juicio, ordenando la realización de una nueva fecha para audiencia de procedimiento oral, ordenándose la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado, para que éste disponga la prosecución del procedimiento con arreglo a la ley.

A fs. 33, previa declaración de admisibilidad, se concedió el recurso, e ingresado a esta Corte el 23 de julio último, se lo mantuvo en secretaría para los efectos de lo dispuesto en el artículo 382 inciso primero del Código Procesal Penal.

El 27 de dicho mes el abogado don Christian Juillerat Oliva, abogado del Sename, se adhirió al recurso de nulidad en referencia, en términos absolutamente idénticos a éste.

Habiéndose procedido a la vista del recurso y su adhesión, quedó en acuerdo, según constancia de fs. 36.

Considerando:

PRIMERO: Que en la especie el imputado José Antonio Salgado Lara fue declarado inimputable de conformidad a lo dispuesto en el artículo 10 Nº 1 del Código Penal en relación con el artículo 462 del Código Procesal Penal, siendo objeto de requerimiento del Ministerio Público en razón de los siguientes hechos contenidos en el auto de apertura del juicio oral: Que entre los meses de octubre a diciembre de 2003,en circunstancias que la menor M.M.M., de 13 años de edad, se encontraba viviendo en el domicilio de su tío, ubicado en el sector La Obra, de Parral, el imputado José Antonio Salgado Lara procedió a acceder carnalmente por vía vaginal a la menor, en forma reiterada, aprovechándose que quedaba sola, amenazándola con agredirla si contaba a alguien de tal situación; lo que hacía ejerciendo fuerza en su contra, toda vez que la obligaba para que no pudiera resistirse a dichas acciones, hechos que, en concepto del Ministerio Público configuran el delito de violación de menor, descrito y sancionado en el artículo 361 Nº 1 del Código Penal, correspondiéndole al acusado participación de autor de acuerdo al artículo 15 Nº 1 del Código Penal, al actuar en su perpetración de una manera inmediata y directa, sin que concurran circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

SEGUNDO: Que el tribunal a quo en el motivo undécimo del fallo en revisión sostiene que con la prueba de cargo rendida hubo mérito suficiente para estimar acreditados, tanto el hecho típico y antijurídico así como la participación que, en calidad de autor, cupo en él al requerido Salgado Lara.

Añade la sentencia impugnada que, no obstante lo anterior, en lo que respecta a la prueba de la peligrosidad del imputado, el Ministerio Público y el querellante presentaron como único medio de prueba de tan crucial elemento que hace procedente una medida de seguridad respecto de un encausado enajenado mental, la declaración, en calidad de perito, del psiquiatra forense Pedro Gastón Segura Díaz, quien en la parte conclusiva de su pericia indicó que el requerido, a quien entrevistó en noviembre de 2006 en el hospital Phillipe Pinel, de Putaendo, es un paciente epiléptico endógeno, crónico, demenciado, con cierto grado de retardo mental, que había tenido episodios de impulsividad y de estrechamiento de conciencia que probablemente motivaron el delito, agregando que la pérdida de control de los impulsos y de la estrechez de conciencia

es la regla en estos pacientes, al igual que la personalidad enequética, que significa lentitud en el pensamiento; que frente a las preguntas del fiscal del Ministerio Público, señaló básicamente lo mismo, en el entendido que cualquier paciente epiléptico crónico sin tratamiento, es peligroso por su escaso control de impulsos, indicando además que, respecto del imputado, desconocía si tenía tratamiento y, si lo tenía, cuál era, señalando que sólo le efectuó una entrevista clínica de aproximadamente una hora, además de un examen psicométrico, encontrándose fuera de su experticia determinar qué clase de medicamentos o tratamiento clínico era aconsejable, pues para ello era necesario efectuar una serie de exámenes, que en el hospital donde se desempeña no se realizan, atendido su alto costo.

El fallo, haciéndose cargo del contenido de la declaración del perito indicado, hace presente que si bien es efectivo que cualquier paciente epiléptico crónico sin tratamiento, es un sujeto peligroso, atendido su escaso control de impulsos, no es menos efectivo que dicho perito, en la libre exposición de su pericia, jamás indicó el nombre del paciente periciado, haciendo mención sólo a su edad y enfermedad, así como a las características de ésta, pero al entender del a quo dicha caracterización la efectuó en un sentido bastante amplio, refiriéndose en general a cualquier paciente epiléptico crónico sin tratamiento, sin que indicara si Salgado Lara tenía o no algún tipo de tratamiento médico, y en razón de ello, esto es, al hecho de haberse referido al "epiléptico promedio", y no al imputado, estima que ello resta vigor o credibilidad a la aseveración de peligrosidad del requerido José Antonio Salgado Lara.

Agrega el fallo en el citado motivo que resulta difícil comprender que, por una parte el Ministerio Público y el querellante presentan a juicio a un perito, quien indica que el requerido es un sujeto peligroso, con nulo o escaso control de impulsos, y por otra parte, presentan a una víctima, quien señaló que el requerido para accederla carnalmente esperaba la soledad del hogar, que las veces que la accedió nunca la golpeó, que sólo la amenazaba con eventuales golpes si contaba lo sucedido, y que después de estos episodios la vigilaba y controlaba sus amistades, deponiendo en el mismo sentido la testigo Petronila Pereira; que los policías Méndez Díaz y Arellano Ceballos manifestaron que no percibieron en Salgado Lara ningún tipo de problema mental; y a su turno el testigo presentado por la defensa, Carlos Leal Pumarino, indicó que el requerido es una persona retraída o introvertida, que no sabe si tiene o no un trastorno mental, pero que sí sabe que no es un sujeto violento, a pesar de sufrir de epilepsia.

En definitiva, la sentencia del a quo hace presente que teniendo en cuenta todos estos medios de prueba, no sólo asisten a los sentenciadores dudas respecto de la supuesta peligrosidad de Salgado Lara, sino además en cuanto a su demencia en los términos del artículo 10 Nº 1 del Código Penal en el tiempo que accedió carnalmente, vía vaginal, a la menor M.M.M., porque tal como probó el Ministerio Público, los hechos atribuidos al requerido no ocurrieron en el contexto de un arrebato emocional o sexual, sino que por el contrario, el imputado esperaba la ocasión propicia para lograr su designio delictual, estar a solas con ella, no la golpeaba, sólo profería amenazas de ejercer otro tipo de violencia física en su contra si es que develaba lo que sucedía.

TERCERO: Que en primer lugar, cabe desestimar la duda que reseña el fallo en análisis relativa al estado de enajenación mental en que se hallaba el requerido al cometer los ilícitos que se le imputaron, pues dicha materia no ha sido objeto del requerimiento de autos, sino que por el contrario, constituye un presupuesto de éste. Y es así como la propia sentencia impugnada en su parte expositiva da por sentado que José Antonio Salgado Lara fue declarado inimputable en conformidad a lo dispuesto en el artículo 10 Nº 1 del Código

Penal en relación con el artículo 462 del Código Procesal Penal.

CUARTO: Que de conformidad a lo prevenido en el artículo 455 del Código Procesal Penal, sólo puede aplicarse una medida de seguridad al enajenado mental que hubiere realizado un hecho típico y antijurídico y siempre que existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que atentará contra sí mismo o contra otras personas.

QUINTO: Que a su turno, el artículo 456 del mismo cuerpo jurídico establece que el procedimiento para la aplicación de medidas de seguridad se rige por las reglas contenidas en el Título VII de su Libro Cuarto y en lo que éste no prevea expresamente, por las disposiciones del Libro Segundo, en cuanto no fueren contradictorias.

SEXTO: Que como puede apreciarse, el Libro Segundo del Código Procesal Penal, que regula el procedimiento ordinario, y dentro de él, el juicio oral, reciben aplicación supletoria en la adopción de las medidas de seguridad de que se trata. En consecuencia, la acreditación del estado de peligrosidad del imputado enajenado mental se rige por las normas propias contenidas en el aludido Título VII del Libro Segundo de dicho Código, y es precisamente la primera de ellas, esto es, el citado artículo 455 el que sólo exige para la aplicación de esta clase de medidas, antecedentes calificados que permitan presumir un atentado en contra del propio enajenado o en contra de terceros.

SÉPTIMO: Que en consecuencia, resulta indubitado, en concepto de esta Corte, que el estándar de convicción que exige el legislador para determinar la procedencia de una medida de seguridad respecto de un imputado enajenado es más bajo que el necesario para condenar a un acusado en el juicio ordinario, a que se refiere el artículo 340 del Código Procesal Penal, convicción que debe formarse sobre la base de la prueba producida durante dicho juicio, pues sólo se precisa de la concurrencia de presunciones, basadas en antecedentes, las que ni siquiera debieran reunir la calificación de fundadas, pues cuando el legislador quiso adicionar tal condición lo dijo expresamente, como ocurre con el requisito necesario para decretar las medidas cautelares personales respecto de un imputado, según lo previenen el artículo 140 letra b) y el inciso final del artículo 155.

OCTAVO: Que vinculado a lo anterior, si bien es cierto que en materias como la presente, la opinión de un perito médico de la especialidad correspondiente constituye un antecedente relevante a la hora de pronunciarse acerca de la pertinencia de la aplicación de una medida de seguridad respecto de un imputado enajenado mental, por cierto que no es el único, y el fallo que se pronuncie sobre el particular no puede girar, fundamentalmente, acerca de la completitud de contenido de sus dichos y afirmaciones, pues de así procederse, se corre el riesgo que el ejercicio de la función jurisdiccional, atributo y deber exclusivo y excluyente del órgano investido constitucional y legalmente para ello, se entienda delegado en profesionales de ciencias diversas a la jurídica, respecto de la cual en materia de decisión de conflictos de interés de relevancia jurídica revisten el carácter de otros tantos elementos a considerar en el juicio jurisdiccional correspondiente.

NOVENO: Que en este orden de ideas, y atendida la naturaleza de la materia en cuestión, se echa de menos en la sentencia en estudio la mención y análisis de razones doctrinales que, en conjunto con las pertinentes de carácter legal, sirvieran de sustento a la decisión adoptada, omisión que la hace incurrir en la causal de nulidad prevista en el artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra d), ambos del Código Procesal Penal.

DÉCIMO: Que así las cosas, no cabe sino concluir que el presente recurso de nulidad será acogido, atendido lo que ha quedado dicho en el motivo que antecede, sin emitirse pronunciamiento respecto de las otras causales

invocadas por el recurrente y el adherente, por ser innecesario.

Por estos fundamentos y lo dispuesto en los artículos 342 letra d), 352, 358, 360, 374 letra e) y 384 del Código Procesal Penal, SE ACOGE el recurso de nulidad interpuesto en lo principal del escrito de fs. 11 por el fiscal adjunto de la Fiscalía local de Parral, don Jorge Aravena Rojas, al que se adhirió, dentro de plazo don Christian Juillerat Oliva, abogado del Servicio Nacional de Menores y, en consecuencia, se declara la nulidad de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cauquenes el 9 de julio del año en curso, que se lee a fs. 1 de esta carpeta judicial, así como el juicio en que ella recayó, debiendo procederse a la realización de uno nuevo por el tribunal no inhabilitado correspondiente.

Agréguese materialmente a la carpeta el escrito de adhesión. Insértese en el acta respectiva.

Complétese la foliación por la señora Secretaria de esta Corte. Regístrese y devuélvase.

Léase en la audiencia del día de hoy.

Redacción del Ministro don Eduardo Meins Olivares.

Rol Nº 380 2007.

CORTE SUPREMA

- **Señala que una vez detenida una persona por orden judicial, esta orden se agota y no faculta a más diligencias por parte de los funcionarios aprehensores.**

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

La Defensa interpuso un recurso de nulidad en contra de la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal invocando la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, por estimar que se habían infringido los derechos a la inviolabilidad del hogar y a un debido proceso. La Corte acogió el recurso señalando que en virtud de la orden de detención que sustentó la actuación de los funcionarios aprehensores, y por la cual detuvieron al acusado en las inmediaciones del domicilio de su madre, no estaban autorizados para, ya detenido, llevarlo hasta su domicilio y ahí proceder a registrar su casa. En seguida, encontrándose las diligencias posteriores a la detención fuera del ámbito de la licitud, la incautación del arma motivo del proceso seguido en contra del acusado resultaba ser una prueba ilícita sin la aptitud para fundar una sentencia condenatoria, siendo lo contrario una vulneración al principio del debido proceso.

Texto completo:

Santiago, seis de junio de dos mil siete.

Vistos:

Por sentencia de quince de enero de dos mil siete, dictada por el Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, constituido por los jueces señores José Marinello Federici, quien presidió la audiencia, Karina Ormeño Soto y Héctor Plaza Vásquez, en la causa RIT N° 148-2006, se condenó a Carlos Alberto Muñoz Aceituno, cédula nacional de identidad número 9.480.738-7, apodado "Maradona", 44 años, nacido el 27 de junio de 1962, comerciante, domiciliado en calle Lenka Franulic número 4.455, Macul y en Los Diamelos N° 8447, comuna de La Florida, a la pena de quinientos cuarenta y un días 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, como autor del delito de tenencia ilegal de arma de fuego con su número de serie borrado, cometido el 9 de febrero de 2006.

Por no reunir los requisitos legales, no se concede al sentenciado ninguno de los beneficios establecidos en la Ley N° 18.216, debiendo cumplir la pena impuesta de manera efectiva, la que se le empezará a contar desde que se presente o sea habido, sirviéndole de abono los cuatro días que estuvo privado de libertad, entre el 9 y el 12 de febrero de 2006, según se desprende del auto de apertura de juicio oral.

Se decreta el comiso del revólver marca HS, calibre 32 con su número de serie borrado, de los seis cartuchos calibre 32 y de los dos calibre 6,35 milímetros incautados al acusado e incorporados al juicio como evidencia material, los que deberán ser remitidos a los Arsenales de Guerra del Ejército.

La sentencia condenatoria fue acordada con el voto en contra del Magistrado Sr. José Marinello, quien fue del parecer de absolver a Muñoz Aceituno de la acusación sostenida en su contra por el Ministerio Público.

En contra de esa sentencia, la Defensoría Penal Pública interpuso recurso de nulidad fundado en las siguientes causales:

A) Como causal principal: letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por cuanto, expresa, en la tramitación del juicio al imputado se ha visto infringida sustancialmente su garantía constitucional sobre la inviolabilidad del hogar.

B) En subsidio de la anterior, la misma causal de nulidad contemplada en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, pero

ahora por haberse infringido sustancialmente la garantía al debido proceso.

C) En subsidio de la anterior, invoca la causal de nulidad contemplada en la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, en relación al requisito de la sentencia contemplado en la letra c) del artículo 342 del mismo cuerpo legal, específicamente, en cuanto se habría omitido valorar, al menos en su integridad, la declaración prestada por el imputado en el desarrollo del juicio oral.

Solicita que, de acogerse la causal de nulidad prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, por cualquiera de los dos motivos o capítulos antes señalados, así como también por la causal subsidiaria del artículo 374 letra e), se invalide el juicio oral y la sentencia definitiva recaída en él, pronunciada por el Séptimo Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, con fecha 15 de enero de 2007 mediante la que se le condenó como se ha dicho y se ordene la realización de un nuevo juicio oral, por tribunal no inhabilitado, determinando que el estado en que debe quedar el procedimiento sea el de fijarse nuevo día y hora para la realización de la audiencia de juicio oral.

Oídos los intervinientes y considerando:

PRIMERO: Que, como puede verse, el recurso en estudio impugna el juicio y la sentencia definitiva de que se trata en estos antecedentes, atribuyéndole, en la primera parte, el haberse vulnerado durante su tramitación derechos o garantías constitucionales del imputado que, según se dice, serían dos: el derecho a la inviolabilidad del hogar y al debido proceso, circunstancias que constituyen capítulos o motivos que se ajustan a la causal contemplada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal. En subsidio de dicha causal, se invoca el motivo absoluto de nulidad a que se refiere el artículo 374 letra e), en relación a la letra c) del artículo 342, todas del mismo código ya citado, que impone como uno de los requisitos de la sentencia criminal el que deba ésta contener "la expresión 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 de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297". El recurrente echa de menos, en este rubro de nulidad, la valoración, al menos en su integridad, de la declaración prestada por el imputado en el desarrollo del juicio oral.

El efecto de ambos vicios es la nulidad tanto del juicio oral como de la sentencia, según lo disponen las respectivas disposiciones legales ya citadas.

SEGUNDO: Que en cuanto a la causal primera o principal de nulidad, esto es, el haberse infringido sustancialmente, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, contemplada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, que comprende dos motivos o capítulos, a saber, el derecho a la inviolabilidad del hogar y el derecho al debido proceso, cabe advertir, en primer lugar, que aún cuando en el recurso se dice que tales motivos se proponen subsidiariamente, es lo cierto que sus respectivos fundamentos, principalmente fácticos, se entrelazan y confunden, redundando definitivamente en la sola causal a que pertenecen, por lo que su análisis y decisión se hará en conjunto, desde que, además, el propio artículo 378 inciso 2° del ordenamiento procesal penal, al referirse al planteamiento conjunto o subsidiario, lo hace en relación a las causales y no a los capítulos o fundamentos de la misma.

TERCERO: Que para el adecuado conocimiento y resolución de la nulidad invocada por la recurrente, se hace necesario señalar cuáles son los hechos materiales fijados en la causa y que constituyen el

fundamento de lo discutido en el presente recurso. Conforme al mérito de la sentencia definitiva condenatoria que ahora se impugna, los dichos de los comparecientes en estrados y también, en lo pertinente, el mérito de la prueba documental rendida por la defensa del imputado durante la audiencia respectiva en esta Corte -la cual no mereció objeción alguna por parte del abogado del Ministerio Público- ha de tenerse por tales los siguientes:

Que el día 09 de febrero de 2006, cerca de las 16:00 horas, tres funcionarios de la Policía de Investigaciones, Eduardo Cerna Lozano, Eric Muñoz Ordenes y Carmen Ortega Palma, dando cumplimiento a una orden de detención librada en contra del imputado Carlos Alberto Muñoz Aceituno, emanada del 30° Juzgado del Crimen de Santiago, por quebrantamiento de condena, lo aprehendieron en las afueras del domicilio de su madre, ubicado en calle Lenka Franulic N° 4455, de la comuna de Macul; y, una vez detenido, fue trasladado, esposado, en el vehículo institucional hasta su domicilio particular, ubicado en calle Los Diamelos N° 8447, comuna de La Florida, al que ingresaron los funcionarios aprehensores, encontrando incautando allí un revólver marca Smith & Wesson, con su número de serie borrado, seis cartuchos calibre 22 y dos calibre 6,35 mm., para cuya tenencia el imputado no contaba con autorización. Esta arma de fuego, objeto del juicio, fue la evidencia material que permitió dictar sentencia condenatoria en contra del nombrado Muñoz Aceituno.

CUARTO: Que, a juicio de la defensa del imputado, todo lo acontecido con posterioridad a la detención del acusado y de lo cual dieron testimonio los funcionarios de la policía que atestiguaron en el juicio, particularmente en cuanto a la obtención de la especie materia del ilícito que persiguiera el Ministerio Público en este caso, fue realizado con vulneración de garantías constitucionales, pues se probó que la orden de detención que facultaba la aprehensión del acusado se logró, sin oposición alguna, en las afueras del domicilio de Lenka Franulic N° 4455, comuna de Macul, de manera que, habiéndose cumplido el objeto de la decisión jurisdiccional y no tratándose de un delito flagrante, no cabe duda alguna que el posterior proceder de la Policía de Investigaciones, esto es, el allanamiento del domicilio ubicado en calle Los Diamelos Nº 8447, comuna de La Florida, a más de treinta cuadras de distancia, fue efectuado en contravención a las normas constitucionales y legales que regulan la materia, tanto en su procedimiento como en el fondo, máxime si a dicha fecha se encontraba en vigencia la Reforma Procesal Penal en la Región Metropolitana. Lo anterior, a su vez, deriva en el irregular inicio y posterior desarrollo del juicio seguido en su contra y por el que se le condenó como autor del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, violentando las reglas del debido proceso, que le garantiza la Carta Fundamental.

QUINTO: Que aún cuando pudiere creerse -como lo sostiene el Ministerio Público y se desprende de la sentencia respectiva- que el ingreso y registro del domicilio particular de Muñoz Aceituno encontraría su sustento legal en la orden judicial de detención emanada de un tribunal del crimen de Santiago, que facultaba, en caso necesario, el allanar y descerrajar los dos domicilios que del recurrente se tenían; en la supuesta autorización verbal del dueño de la casa, esto es, del propio imputado; como también en la orden verbal del juez que decretó la aprehensión, en tanto dispuso verificar el segundo domicilio del recurrente, la verdad es que ello no es suficiente para tal pretensión y, más aún, inclusive antes de considerar su procedencia y legitimación, cabe considerar que todo ello resulta irrelevante a los alcances de este recurso. En efecto, claro está que el revólver materia de la persecución penal que se impugna fue retirado por los policías desde el domicilio particular de Muñoz, ubicado en la comuna de La Florida, en circunstancias que dicho imputado, también allí presente, ya estaba en calidad de detenido por los mismos agentes policiales, motivo por el cual,

básicamente y habida consideración al preciso y determinado objeto de la orden judicial que se despachó por la autoridad correspondiente, esto es, detenerlo para ser puesto a disposición del tribunal, ésta ya se había cumplido a cabalidad y por tanto, agotado. Del mismo modo, y razonando conforme a las reglas pertinentes al ingreso y registro en lugar cerrado, no se advierte razón o motivo alguno para que, aún con autorización del propietario, la policía hubiese ingresado a ese domicilio particular y procedido a su registro e incautación de especies, con lo que transformó de hecho la aprehensión en una verdadera orden amplia de investigar. Por otro lado, no existen elementos que permitan suponer una determinada situación de flagrancia delictual, ni sospechas de la comisión de un hecho punible que estuviere siendo materia de alguna investigación y cuyo medio de comprobación pudiera encontrarse en ese lugar, ni menos que allí se oyeran llamados de auxilio de personas que eventualmente pudieran ser víctimas de un delito. En consecuencia, el ingreso, registro e incautación de que se trata en autos, practicado en el momento que su dueño se encontraba detenido y allí presente, no se ajusta a las normas legales que establecen los artículos 205 y siguientes del código procesal del ramo, siendo del caso dejar constancia que, aún volviendo a la situación de tratarse de un ingreso con autorización del dueño de la propiedad, y en tal evento, si se encontraren objetos que permitan sospechar la existencia de un hecho punible distinto al del procedimiento por el que se allanó, tampoco podrían haber procedido a su incautación sin orden judicial previa.

SEXTO: Que, como ya se dijo en el considerando segundo que precede, los argumentos de derecho antes referidos, que se relacionan con los hechos ya asentados, se dirigen, entrelazándose y complementándose, hacia conclusiones que apuntan a los dos capítulos de la causal de nulidad en análisis. Así, entonces, se desprende que de una actuación policial ilegítima se obtuvo un elemento material que ha sostenido la formalización, acusación y condena de un imputado, es decir, ha sido el fundamento de todo un juicio criminal, en circunstancias que aquéllo -la conducta inicial de la policía- constituye violación de una garantía constitucional específica, la inviolabilidad del hogar del imputado, por lo que el proceso penal que se derivó no puede conformarse a las reglas constitucionales pertinentes del debido proceso y así, de ese modo, es claro que en el presente caso se han vulnerado ambas garantías, las que protegen expresamente tanto nuestra Carta Fundamental -en su artículo 19 N° 5° y 3°, respectivamente- como los Tratados Internacionales suscritos por Chile y actualmente vigentes, como lo es el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través del llamado Pacto de San José de Costa Rica.

Por consiguiente, el recurso en estudio debe ser acogido y por ello corresponde declarar la nulidad del juicio oral y de la sentencia.

SÉPTIMO: Que, en todo caso, cabe dejar constancia que aún cuando previamente, durante la preparación del juicio oral, la defensa del sentenciado trató de excluir el arma de fuego como prueba ilícita ante el juez de Garantía -quién desestimó la solicitud- ello no limita a esta Corte para revisar el procedimiento por esta vía y concluir como aquí lo ha hecho, pues se trata de dos estadios procesales diferentes y que, en el presente caso, existiendo quebrantamiento constitucional, procede la presente revisión, siendo de advertir que la expresión "cualquier etapa del procedimiento" ha de comprenderse conforme a la extensión que a ello da el artículo 7 inciso 2° del Código Procesal Penal, que dispone entender como primera actuación del procedimiento "cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se

atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible."

Octavo: Que atendido lo anterior, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 384 del Código Procesal Penal, al acogerse la primera causal de nulidad invocada se hace innecesario analizar y pronunciarse sobre la otra, la nulidad absoluta que se opuso en el carácter de subsidiaria.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 205, 206, 215, 297, 342, 372, 372, 376, 384, 386 del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de nulidad deducido por la defensa del imputado Carlos Alberto Muñoz Aceituno, por la causal principal, esto es, la del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, por haber sido quebrantadas las garantías constitucionales de inviolabilidad del hogar y al debido proceso, declarándose por consiguiente la nulidad del juicio oral y de la sentencia de quince de enero de dos mil siete, dictada en estos antecedentes por el Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, debiendo fijarse nuevo día y hora para la realización de la audiencia de un nuevo juicio oral, ante tribunal no inhabilitado.

Redactó el Ministro señor Dolmestch.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Rol N° 678-07.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y Hugo Dolmestch U.

- **Señala que en el robo con homicidio la muerte puede deberse a una acción cometida con dolo eventual en pos de la intención de asegurar el éxito de la apropiación, vale decir, no matar para robar, sino al robar.**

  Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

Las Defensas de los condenados interpusieron sendos recursos de nulidad en contra de la sentencia definitiva aduciendo las causales de las letras a) y b) del artículo 373 del Código Procesal Penal. Ello, porque estimaban que se habían infringido la debida imparcialidad judicial, sostenían que los jueces debieron ser inhabilitados dada su abierta predisposición a condenar; la garantía de la tipicidad, por haber condenado por robo con homicidio sin que se cumpliera con acreditar el dolo homicida; la garantía de un procedimiento racional y justo, por no haberse hecho cargo el Tribunal de las graves patologías que sufría la víctima y que en su opinión explicaban su muerte; la garantía del non bis in idem, por haber considerado la actuación dentro de la morada de la víctima tanto en la figura del robo con homicidio como en la agravante del artículo 12 N° 18 del Código Penal; el derecho a una sentencia fundada y motivada, desde que no explicaría el por qué de la imposición de la pena en sus rangos más altos, además de una doble valoración al haber actuado de a dos, como coautoría y agravante, y en el hogar de la víctima, como robo con homicidio y agravante; el derecho a la propiedad, por haberlos condenado en costas pese a ser representados por la Defensoría Penal Pública. También, por haber comunicado el eventual ánimo de matar de quien golpeó a la víctima al otro acusado, quien sólo se limitara a efectuar acciones de apropiación, y por haber considerado dos agravantes con abierta infracción al derecho, agravando la pena más allá de lo correspondiente. La Corte rechazó el recurso haciéndose cargo de cada uno de los argumentos esgrimidos por la Defensa. Así, respecto de la supuesta parcialidad del Tribunal, señaló que la inhabilitación intentada careció del requisito legal de señalar la causal precisa que les afectaría, además de no constituir prueba de esta supuesta falta de parcialidad los dichos dados por uno de los jueces a un periodista y la coordinación con el Ministerio Público para poder dar a conocer a más público la audiencia celebrada, como bien lo contrarrestara la Fiscalía con su prueba demostrando que el periodista usó palabras propias en su artículo y que la coordinación se produjo luego de instancias de la propia Defensa. En cuanto a la calificación de robo con homicidio de los hechos juzgados, declaró que este tipo se satisface con dolo eventual, y en los hechos así fue como actuaron los condenados. Ahondando en el razonamiento, agregó que con ocasión del robo, en el ánimo de apropiarse de bienes muebles, los acusados actuaron con dolo eventual de matar, porque la violencia ejercida sobre la víctima se ejecutó con el fin de lograr su seguridad o impunidad, vale decir, no mataron para robar sino que mataron al robar. Bajo el mismo punto, y analizando la alegación de la Defensa en torno a la supuesta incomunicabilidad del ánimo de matar de uno de los acusados respecto del segundo, señaló que su actuación fue de colaboración conciente, y en dicha acción se mantuvo hasta la completa consumación del objetivo buscado, cual fue la apropiación de bienes de la víctima, sin haber pretendido auxiliarla o desistirse de su actuar delictivo, cumpliéndose cabalmente con todos los requisitos para ser considerado coautor. Del mismo modo, tampoco estimó que se hubiera conculcado el derecho a un procedimiento racional y justo por una supuesta desestimación sin fundamentos de las patologías previas que sufría la víctima, porque en el juicio quedó demostrado que la causa directa de su muerte fue el golpe que uno de los condenados le propinó en la cabeza, así como que sus dolencias se encontraban tratadas y compensadas. En lo referido a la doble valoración del hecho de haber actuado en el hogar de la víctima, la Corte declara que las circunstancias de la agravante del artículo 12 N° 18 del Código Penal no son inherentes al tipo de robo con homicidio, siendo los hechos que determinan la concurrencia de la agravante y aquellos que tipifican el delito de robo con homicidio diversos y, por tanto, pueden coexistir. Tampoco estimó conculcado su derecho a la propiedad por haber sido condenados en costas, desde que ser eximidos de ellas es una facultad de que goza el Tribunal para casos fundados que no estimó concurrentes en la especie. Finalmente, en cuanto a una supuesta infracción al derecho por haber considerado dos agravantes determinando la pena en sus grados superiores, recuerda que a partir de los hechos que se tuvieron por probados, concurrían todos los requisitos legales para tener por configuradas ambas agravantes: al haber actuado de a dos evidentemente aumentaron tanto sus posibilidades de éxito, como la imposibilidad o dificultad de repeler el ataque por parte de la víctima, y efectivamente ésta fue golpeada al interior de su casa apenas les permitió la entrada. Añadió

que aún sin el reconocimiento de las agravantes cuestionadas, al haber existido sólo una atenuante la ley ordena no imponer la pena en su máximo, como de hecho no se hizo, para uno de los recurrentes, y que aún ante la presencia de tres minorantes, la ley da al Juez la facultad de rebajar la pena no siendo ilegal que no lo haga, respecto del otro.

Texto completo:

Santiago, a doce de julio de dos mil siete.

Vistos:

En estos autos rol único 0600038768-K e interno del tribunal 13 – 2007 se registra la sentencia dictada, en procedimiento ordinario de acción penal pública, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt de cuatro de mayo recién pasado, por la cual se condenó a Alex Patricio Escalante San Martín a sufrir veinte años de presidio mayor en su grado máximo y accesorias legales y a Gonzalo Fernando Caetano Urruzuno, a quince años de presidio mayor en su grado medio y accesorias legales pertinentes, además de solucionar las costas de la causa por partes iguales, por su responsabilidad de coautores del delito consumado de robo con homicidio, perpetrado el quince de enero de dos mil seis, en la ciudad de Puerto Montt.

En contra de este veredicto los defensores penales Germán Echeverría Ramírez, en representación del encartado Alex Patricio Escalante San Martín; y Jorge Matzner Gajardo por el imputado Gonzalo Caetano Urruzuno, dedujeron sendos recursos de nulidad, sustentándose ambos en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en concordancia con los artículos 5° y 19, N° 2°, inciso 2°, N° 3°, incisos cuarto y quinto, y N° 24°, de la Constitución Política de la República, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, subsidiariamente, por el motivo de invalidación consagrado en el literal b) del referido artículo 373, en conexión con los artículos 456 bis, N° 3°, y 12, N° 18°, del Código Penal.

Instan a que, acogida la causal principal de nulidad promovida, se decrete la anulación del juicio oral y su fallo respectivo, determinando el estado en que quedará el procedimiento y ordenando la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda para la celebración de un nuevo pleito. En subsidio, por la motivación b) del artículo 373, se invalide sólo la sentencia definitiva y se dicte, sin nueva audiencia, pero separadamente, la decisión de reemplazo que se ajuste a la ley y se imponga en definitiva una sanción que, para el caso de Escalante San Martín, no exceda de los quince años de privación de libertad y, para Caetano Urruzuno, se regule un castigo inferior al establecido en el dictamen en uno, dos o tres tramos en relación al mínimo asignado por la ley, o la inferior dentro del grado aplicado en el pronunciamiento recurrido, esto es, diez años y un día de presidio mayor en su grado medio.

Este tribunal estimó admisibles los recursos, dispuso pasar los antecedentes al señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la vista de la nulidad impetrada, como aparece de fojas 362.

La audiencia pública se verificó el veintiséis de junio último, con la concurrencia y alegatos de los letrados señores Germán Echeverría y Cristián Arias Vicencio, en representación de los imputados, por sus respectivos recursos, la abogado Sra. María Soledad Santana, por el Ministerio Público y, por la parte querellante, el profesional señor Patricio Navarro, y luego de la vista del recurso, se citó a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta que obra a fojas 410.

Considerando:

PRIMERO: Que el recurso que rola de fojas 139 a 208, descansa, de manera principal, en la letra a) del artículo 373 de la recopilación procesal penal, que dispone su procedencia si en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados

por Chile y en actual vigor, concretando el defecto en la inobservancia a la salvaguardia fundamental de la imparcialidad del juzgador, amparada por el artículo 19, N° 3°, inciso cuarto, de nuestra Carta Magna.

SEGUNDO: Que sobre este tópico invoca el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que prescribe que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra.

El artículo 19, N° 3°, de la Carta Fundamental precisa, en su inciso cuarto, que "nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho".

En la especie, el Juez Presidente del Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt y Presidente de la Sala del mismo tribunal que conoció de la acusación en cuya virtud se condenó al recurrente como autor del delito de robo con homicidio, quebrantó su obligación de imparcialidad. En efecto, el Juez Presidente de la sala, Francisco del Campo Toledo vulneró el deber de imparcialidad que lo legitimaba para juzgar al recurrente, hecho que se desprende de la circunstancia que con motivo de conceder el viernes trece de abril de dos mil siete –dos días antes del inicio del juicio oral– una entrevista publicada en el diario El Llanquihue de Puerto Montt, en ella aparece calificando la muerte de la víctima como asesinato, al propalar la publicación lo siguiente: "En cuanto a la seguridad fuera del tribunal, el magistrado advirtió que es muy probable que los familiares de los imputados y los amigos del sacerdote asesinado puedan encontrarse ..."

En el mismo artículo se indica que "el Juez del Campo manifestó que la comunidad debe estar tranquila, pues se va a cumplir con lo dispuesto por la ley", afirmación que crea un peligro real de afectar su imparcialidad toda vez que la víctima era el rector del Liceo de Hombres de Puerto Montt e Hijo Ilustre de la misma comunidad a la que el magistrado tranquiliza.

En la parte inferior de la misma página del artículo aparece una nota titulada "Magistrado incluso ha sentenciado a Pena de Muerte", donde se subraya la severidad del juez Francisco del Campo Toledo.

Con ello, sostiene la defensa, alimentó en el recurrente el surgimiento de legítimas dudas sobre la parcialidad del juzgamiento que debería soportar, por cuanto el presidente del tribunal y de la sala encargada de conocer el caso aparecía públicamente calificando el hecho de la muerte de la víctima como un asesinato. Tal aprensión fundada, al terminar el juicio fue confirmada con la pena de veinte años de presidio mayor en su grado máximo impuesta en un juicio en el que, desde un punto de vista sustantivo, no se consideró ninguno de los argumentos de la defensa y se condenó por robo con homicidio a pesar de los peritajes médicos que reconocieron que las graves enfermedades que padecía la víctima fueron determinantes en el resultado de la muerte.

En una publicación anterior del diario El Llanquihue, difundida el ocho de abril de dos mil siete, el juez presidente del Tribunal Oral en Lo Penal de Puerto Montt y presidente de la sala llamada a conocer y decidir el caso, dijo que era primera vez que un juicio oral genera tanto interés público. "Esta demanda motivó que la magistratura se coordinara con el Ministerio Público y ambos acordaran que esta última institución sea la que entregue las herramientas técnicas para efectuar la transmisión en la segunda sala del Tribunal Oral en lo Penal". Con ello, confirió al juicio ribetes de espectáculo en una decisión que fue adoptada unilateralmente por el juez Presidente del Tribunal, quien debía velar por los derechos y garantías de todos los

intervinientes y que, sin embargo, obtuvo apoyos tecnológicos y logísticos de uno de los litigantes ante su tribunal y que al final del juicio fue favorecido con la plena satisfacción de todas sus pretensiones de penalidad y de circunstancias agravantes alegadas en la acusación fiscal.

Tales convenciones entre el Juez presidente y los representantes del Ministerio Público no se debatieron en audiencia pública, ni tampoco se notificó de resolución alguna que diere cuenta de los términos y alcances del referido convenio.

El veintitrés de marzo de dos mil siete, el juez Presidente del Tribunal y de la Sala dispuso se notificara a los intervinientes de la realización del juicio, audiencia que se programó para el dieciséis de abril del mismo año, a las nueve horas. Esa resolución dispuso la integración de la sala por don Francisco Javier del Campo Toledo, quien la presidiría; y los magistrados doña Ivonne Avendaño Gómez y don José Ignacio Bustos Valenzuela. Sorpresivamente, el veintiséis de marzo recién pasado, se notificó a los contendientes una decisión del siguiente tenor: atendida la readecuación de funciones respecto a las Audiencias de Juicios Orales programadas, y por razones de mejor servicio, se decreta la sustitución del magistrado don José Bustos Valenzuela, quien será reemplazado en las mismas funciones por la juez titular doña Patricia Miranda Alvarado, sin mayor fundamentación.

Esto, comentado por la prensa local fue interpretado como una señal de "endurecimiento" del tribunal que juzgaría a los acusados del caso Piccardo.

A través de una nota divulgada en el diario La Tercera el veinticuatro de abril de dos mil siete, luego de entrevistado el magistrado José Bustos señala "Por razones personales de mi colega (Patricia) Miranda hicimos el cambio, ella me lo pidió porque necesitaba estar en Puerto Montt toda esa semana con motivo de su tesis, porque ella hizo un magíster en derecho penal y tenía que hacer trámites de su tesis en Puerto Montt. Yo acepté y me fui a Coyhaique en lugar de ella".

La información no hizo más que agudizar los temores en torno a la ausencia de imparcialidad del juez presidente. Se supo además que el magíster que cursa la magistrado no se realiza en Puerto Montt sino en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Valdivia.

Antes de iniciarse el juicio oral se incidentó por la defensa, solicitando la inhabilidad de oficio de los jueces cuya imparcialidad aparecía dudosa. El mismo tribunal resolvió su rechazo. Se pidió derechamente la inhabilidad del juez presidente, incidente que fue resuelto por los mismos jueces, o sea, con la concurrencia del juez respecto de quien se solicitaba la inhabilidad, en circunstancias que las mínimas normas destinadas a cautelar la imparcialidad del juzgador exigen que en tribunales colegiados ese debate se resuelva con exclusión del miembro o miembros de cuyo cuestionamiento se trata, tal como expresamente lo prescribe el artículo 203 del Código Orgánico de Tribunales.

El magistrado del Campo concurre a resolver su propia objeción por falta de imparcialidad.

El día dieciocho de abril de dos mil siete, cuando se desarrollaba el tercer día de audiencias, el diario El Llanquihue publicó un recuadro "JUEZ VERSUS DEFENSOR", dando cuenta de la molestia que provocaba en el magistrado el ejercicio del defensor Echeverría de los derechos que le asisten al procesado (uno de ellos, oponerse y evitar que los jueces incorporen al margen del artículo 329 del Código Procesal Penal información incriminatoria que afecte al encausado).

TERCERO: Que de la manera que viene de señalarse, censura el recurrente, la transgresión a la garantía de imparcialidad del juzgador influyó en lo dispositivo del fallo, pues contaminó el acuerdo de la sala y contribuyó a formar la voluntad de un tribunal colegiado

en cuya virtud se condenó a Escalante San Martín como autor de un robo con homicidio, con abierta contravención a las garantías constitucionales que a continuación se pormenorizan, pero que en resumen le permitieron calificar como robo con homicidio una apropiación violenta a partir del exclusivo resultado de la muerte, sin razonar ni acreditar ninguno de los elementos normativos del delito de homicidio.

Infracción a la garantía del tipo penal:

El artículo 19, N° 3°, de la Constitución Política, según recuerda, asegura a todas las personas que ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se castiga esté expresamente descrita en ella. El principio o garantía de reserva legal se manifiesta en la denominada tipicidad legal de la acción incriminada. A su turno, el artículo 433, N° 1°, del Código Penal, reprime al culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o la intimidación tenga lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad.

Para condenar por robo con homicidio, el Tribunal Oral en Lo Penal conculcó la garantía de la tipicidad legal de la conducta reprochable, pues, utilizando una analogía en desmedro de los enjuiciados, volvió equivalentes las expresiones homicidio y muerte, valorando de modo idéntico una locución esencialmente normativa como el homicidio con otra puramente descriptiva como la muerte. En el laudo no se advierte fundamentación alguna destinada a configurar el homicidio exigido por el artículo 433, N° 1°, del Código Penal precisamente porque los juzgadores entienden que el hecho natural de la muerte es sinónimo de la noción típica de homicidio. Se arrogaron la facultad de crear un nuevo delito en que el robo con violencia se califica con el solo resultado de la muerte, sin necesidad de demostrar la concurrencia de un homicidio cometido con motivo u ocasión de un robo, como imperativamente exige el aludido artículo 433, N° 1°, del ordenamiento punitivo.

El tribunal no razona sobre la descripción objetiva del homicidio, no establece ni acredita la concurrencia de una acción típicamente homicida, ni reflexiona jurídicamente acerca del carácter de nexo causal que normativamente permite atribuir a la voluntad del autor un resultado de muerte a título de homicidio, ni indaga en torno a la faz subjetiva de la figura. El fallo no atribuye a Escalante un dolo homicida en su actuar, a lo menos imprudente o, en su defecto, tampoco se pronuncia respecto de un colofón de muerte que, en relación con la voluntad del mismo Escalante, pudiera ser considerado como meramente fortuito. Los jueces califican el reproche penal sobre la base del puro resultado mortal. En el considerando décimo cuarto del dictamen los jueces sostienen que el delito de robo con homicidio es un ilícito contra la propiedad y el móvil ha de ser siempre el robo, lo que quedó demostrado en el juicio, hubo apropiación de cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño, el ánimo de lucro y el propósito de violencia, que en la especie se refiere específicamente a la muerte de la víctima. En el suceso, la violencia ejercida sobre el ofendido se ejecutó con ocasión del robo, vale decir, el homicidio es una manera de lograr seguridad o impunidad, no es matar para robar, sino matar al robar.

La fórmula del fallo pretende que el ilícito de robo con homicidio sea calificado por el resultado, desconociendo la tesis del delito complejo, integrado por dos acciones que, separadamente consideradas, constituyen dos injustos, en que ambos deben quedar abarcados por el dolo del actor. En este orden de ideas, la Ley N° 13.303, de treinta y uno de marzo de mil novecientos cincuenta y nueve, cuyo artículo 3° reemplazó del Código Penal la frase "con motivo u ocasión el robo resultare homicidio ..." por la que aparece en el texto actual "con motivo u ocasión del robo se cometiere, además, homicidio", refuerza

la figura del delito complejo y no un ilícito calificado por el resultado.

Infracción a la garantía de un procedimiento racional y justo:

La protección del artículo 19, N° 3°, inciso quinto, de la Constitución exige del juzgador el examen de la prueba producida y que la sentencia que resuelva el conflicto jurídico penal sea razonable. El Tribunal Oral en lo penal desconoció la seguridad referida desde que dejó de analizar la prueba de cargo y descargo que indicaba que las graves enfermedades preexistentes que padecía el occiso fueron relevantes en la causa de su defunción. Al omitir esa información el razonamiento judicial que decidió el asunto y atribuyó a unas lesiones menos graves y no mortales -constatadas en el cuerpo de Benedicto Piccardo- capacidad para producir por sí solas la muerte del ofendido, resolvió la controversia de modo irrazonable y contrario a las normas vigentes, pues condenó a Escalante como autor de un robo con homicidio sin comprobar los elementos objetivos y subjetivos del referido delito. Las graves enfermedades cardiorrespiratorias preexistentes y presentes en la víctima fueron relevantes y determinantes en la causa del fallecimiento. La omisión en que incurre la acusación fiscal, como la trascendencia que tuvieron en el origen de su muerte, fue reiterada por el Tribunal Oral en lo penal en su razonamiento y decisión judicial, reforzando así las aprensiones sobre la falta de imparcialidad. El veredicto no sólo omite estas graves patologías sino que tampoco tiene por comprobado que los convictos conocieran de su existencia y, en consecuencia, estuvieran en posición de saber o prever que bajo tales especiales circunstancias –reducir a la víctima– podía contribuir a descompensarla al punto de desencadenar la serie de fenómenos fisiopatológicos que terminaron con su vida. El tribunal discurre sobre la causa de la muerte, pero con una reflexión ilógica descarta el aporte de las enfermedades a la realización de su deceso. Por una parte los sentenciadores reconocen que la lesión en la zona temporal derecha de la víctima sólo es capaz y apta para dejarla inconsciente, por ende, no es una acción homicida. Luego aceptan que el ofendido efectivamente padecía patologías cardio pulmonares previas y que era obeso, pero descartan su aporte al resultado de la muerte porque el paciente estaba compensado médicamente. Señala el recurrente que los tratamientos paliativos en un enfermo crónico no hacen desaparecer el peligro que para la vida de Piccardo representaba la aguda insuficiencia cardiaca que padecía y que se originaba en un corazón cuyo peso era de ochocientos veinticuatro gramos, es decir, tres veces más grande que un corazón normal. El tribunal no excluyó el carácter menos grave o leve de la herida de la víctima, pero razonando contra legem construyó un homicidio. Entonces, las lesiones atribuidas a los encartados no satisfacen las exigencias de imputación objetiva de la acción homicida. La adhesión a la teoría de la condictio sine qua non o equivalencia de las condiciones y en cuya virtud los jueces tuvieron por demostrado un robo con homicidio, violenta la garantía de un procedimiento racional y justo, cuestión que se expresa en el considerando décimo. El pronunciamiento no acreditó el dolo homicida, que no es otra cosa que probar que Escalante actuó con pleno conocimiento del hecho que integra el tipo penal del robo con homicidio. El estudio de los elementos subjetivos del homicidio no fue asunto sobre el cual los jueces deliberaran, tampoco indagaron sobre un posible actuar culposo de los agentes. Destaca que la muerte del difunto ocurre una vez que los hechores abandonaron el departamento.

Infracción a la garantía del non bis in idem que prohíbe el juzgamiento o valoración múltiple de un mismo hecho:

La Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíben el juzgamiento múltiple o que un mismo hecho sea valorado dos veces a efectos de agravar la pena. Estos principios constituyen un límite al ejercicio de la soberanía de acuerdo a lo prescrito en

el artículo 5° de la Constitución Política. A nivel local, este principio es recogido por el artículo 63 del Código Penal. Sin embargo, en el basamento décimo del fallo se tuvo por comprobado que Piccardo abrió la puerta de su departamento a los agresores franqueándoles su ingreso. A pesar de ello, el Tribunal Oral en lo penal estimó concurrente la agravante del artículo 12, N° 18°, del estatuto punitivo, esto es, cometer el delito en la morada de la víctima, aspecto que por disposición expresa de la ley ya se encuentra considerado y aprehendido en la mayor penalidad asignada a la figura calificada del robo con homicidio, según se desprende del artículo 453 del Código Penal. El *plus* del desvalor de la agravante radica en el ataque contra la libertad de la morada, lo que se eclipsa con el reconocimiento que hace el Tribunal Oral que el ofendido voluntariamente permite el ingreso de los incriminados.

Infracción a la garantía que asegura el derecho a una sentencia fundada y motivada a fin de proscribir la arbitrariedad de las resoluciones judiciales.

Tal protección se consagra en el artículo 19, N° 2°, inciso segundo, de la Constitución Política y también se expresa en el artículo 36 del Código Procesal Penal. Al imponer el fallo a Escalante una pena de veinte años de presidio mayor en su grado máximo, la situó en el límite superior, sin raciocinio ni explicación.

Agravó también la sanción impuesta al valorar el resultado de la muerte como homicidio y, con violación del non bis in idem, ignoró el tenor del artículo 453 precedentemente citado al incorporar una agravante (12, N° 18°) ya considerada en la mayor penalidad

Valora dos veces la pluralidad de agentes; primero para tener por configurada la coautoría de los imputados en el delito y luego, esa misma circunstancia numérica, fue estimada para tener por concurrente la agravante del artículo 456 bis, N° 3°, del Código Penal.

Por último, el tribunal sorprende con un incremento de pena al regularla en el límite superior del grado.

Infracción a la garantía que asegura el derecho de propiedad:

La seguridad del artículo 19, N° 24°, de la Constitución Política se atropella al condenar a ambos convictos al pago de las costas del litigio, las que deberán satisfacer por partes iguales, pues el artículo 45 del Código Procesal Penal debe interpretarse en armonía con el 600 de su homónimo Orgánico de Tribunales. Los dos convictos fueron representados por la Defensoría Penal Pública, razón por la cual gozan por el solo ministerio de la ley de los beneficios contemplados en los incisos segundo y tercero del artículo 591 del estatuto orgánico. A mayor abundamiento, el artículo 593 de esa compilación establece como presunción legal de pobreza la circunstancia de encontrarse preso.

CUARTO: Que, finalmente, este compareciente solicita que se declare la nulidad de la sentencia y del juicio oral respectivo por el ordinal esgrimido, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y disponiendo la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado, para que se proceda a realizar un nuevo juicio oral.

QUINTO: Que la motivación subsidiaria del arbitrio intentado reposa en la errónea aplicación del derecho derivada de la apreciación de las agravantes de los artículos 456 bis, N° 3°, y 12, N° 18°, del Código Penal, materia sobre la cual, indica, existen distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores.

Tales circunstancias, explica, se asientan en hechos que ya fueron necesariamente considerados para tener por demostrado el delito del artículo 433, N° 1°, del Código Penal, con lo cual los juzgadores incumplieron el artículo 63 del mismo cuerpo legal, que recoge el principio y garantía del non bis in idem (motivo 22° del fallo).

La agravante del 456 bis, N° 3°, debe fundarse en algún *plus* que supere la sola circunstancia del número, debiendo acreditarse que en el caso concreto la multiplicidad de autores represente un disvalor que sobrepase el simple hecho de la apropiación. La circunstancia agravante del 456 bis, N° 3°, ya fue valorada en la reflexión 15ª del laudo. No cabe duda que en los hechos comprobados hubo pluralidad de autores, quienes mantuvieron el dominio funcional de la acción, al punto que cada uno de ellos por sí solo estuvo en condiciones de hacerlo fracasar y, por consiguiente, jurídicamente son coautores. Entonces, si la concurrencia plural ya fue justipreciada a propósito de la distribución de funciones para calificar la participación de los agentes a título de autores, constituye un error de derecho estimar por segunda vez dicha circunstancia. De este modo, en el mismo hecho que sirvió para establecer la adecuación típica (distribución del trabajo entre los coautores) se asienta el fundamento de una agravación de la penalidad.

Respecto de la agravante del artículo 12, N° 18°, del Código Penal, o sea, cometer el delito en la morada del ofendido, cuando él no haya provocado el suceso, a pesar de estar acreditado que la víctima voluntariamente y sin engaño abrió la puerta de su departamento a los hechores, consintiendo en que ingresaran, el Tribunal Oral en lo penal estima concurrente la agravante de cometer el delito en la morada del agredido, aspecto que por disposición de la ley ya aparece considerado con la mayor penalidad del delito de robo con homicidio, pues es inherente al tipo, por mandato del artículo 453 del Código Penal.

SEXTO: Que, por este motivo subsidiario, solicita el recurrente que se acoja el recurso y se proceda a anular la sentencia y el juicio oral, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento ordenando la remisión al tribunal no inhabilitado que corresponda para que este disponga la realización de un nuevo juicio oral y, subsidiariamente, se proceda sólo a la invalidación del fallo y dicte, sin nueva audiencia, pero separadamente, el correspondiente de reemplazo que se arregle a la ley y que, en definitiva se imponga una pena de presidio mayor en su grado mínimo que en ningún caso supere los quince años de privación de libertad (sic).

SÉPTIMO: Que, el otro recurso de nulidad, que figura de fojas 234 a 302, se construye en función al artículo 373, ordinales a) y b), del Código Procesal Penal, en términos prácticamente idénticos al arbitrio recién analizado, con las adiciones y modificaciones que pasan a detallarse.

OCTAVO: Que dentro de la causal genérica de nulidad contenida en la letra a) del artículo 373, la defensa del condenado Caetano Urruzuno denuncia quebrantamiento de la garantía de reserva legal o tipicidad de la conducta referida a la comunicabilidad.

En este sentido expone que era un hecho sabido desde el comienzo que Caetano no había ejercido violencia ni ocasionado lesión alguna a Piccardo. El propio dictamen admite que fue Alex Escalante quien, con ánimo de apropiación, golpeó con un objeto contundente a la víctima. La mera convergencia en el ánimo apropiatorio es insuficiente para incorporar a la faz subjetiva del delito en lo que respecta a Caetano, la acción lesionadora ejecutada por el otro imputado. Así entonces, la sola circunstancia de concurrir junto a Alex Escalante al domicilio del señor Piccardo y encontrarse presente cuando éste es golpeado por aquél, no resulta bastante para transmitirle dicha acción en carácter de homicida, a menos que se pruebe lo contrario.

Esta infracción influyó en lo dispositivo de la sentencia pues permitió a los juzgadores imponer a Caetano una pena de quince años de presidio mayor en su grado medio al condenarlo como autor de un delito más grave que el que efectivamente resultó probado en la litis.

También aduce este recurrente que se ha contravenido la **garantía de la no presunción de derecho de la responsabilidad penal**, desde que no es posible, sin el pertinente

esclarecimiento del concierto para cometer el delito de robo con homicidio, que a Caetano, por el solo hecho de haber acompañado a Alex Escalante al lugar del suceso, se le comunique la circunstancia dada por acreditada en el fallo que éste golpeó con un objeto contundente al señor Piccardo y que sirve a su vez de base para que los sentenciadores califiquen el hecho como robo con homicidio. La sentencia no aborda ni explica como la acción, realizada por otro tiene el efecto de transformar la responsabilidad de Caetano. Éste sólo realiza actos de naturaleza apropiatoria y termina condenado como autor de robo con homicidio.

Semejante transgresión trajo aparejado el corolario de haber sido sancionado como autor de robo con homicidio a la pena de quince años de presidio mayor en su grado medio, castigo muy superior al que legalmente correspondía.

NOVENO: Que por el motivo de nulidad formalizado en carácter de principal impetra que, acogiendo el recurso, se proceda a anular la sentencia y el juicio oral, determinándose el estado en que debe quedar el procedimiento y se ordene la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere a fin de que este disponga la realización de un nuevo juicio oral.

A su turno, por la motivación subsidiaria contemplada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, pide se proceda a anular la sentencia y el juicio oral determinando el estado en que debe quedar el procedimiento y ordene la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado competente para que disponga la realización de un nuevo juicio oral o, en subsidio, proceda a invalidar sólo el veredicto, dictando el correspondiente fallo de reemplazo que se conforme a la ley, aplicando una pena inferior a la determinada en la resolución recurrida en uno, dos o tres tramos en relación al mínimo fijado en la ley, o la inferior dentro del grado aplicado por el laudo recurrido, a saber, diez años y un día de presidio mayor en su grado mínimo (sic).

DÉCIMO: Que, en virtud de lo preceptuado en el artículo 359 del ordenamiento procesal penal, la defensa de los imputados Escalante San Martín y Caetano Urruzuno, a fin de probar sus asertos, ofrecieron prueba documental, rindiéndose en la oportunidad procesal correspondiente únicamente la suministrada por el abogado defensor Germán Echeverría Ramírez, en representación de Escalante San Martín, sin objeción por parte de los demás intervinientes, y que consistió en lo siguiente:

1.- copia del artículo publicado en el diario El Llanquihue el trece de abril de dos mil siete, donde el juez Presidente del Tribunal Oral en lo Penal, Francisco del Campo, aparece explicando detalles sobre el juicio oral del caso Piccardo;

2.- copia del artículo divulgado en el diario El Llanquihue el ocho de abril pasado, donde el juez presidente del Tribunal Oral en lo penal de Puerto Montt, magistrado Francisco del Campo, se refiere al acuerdo que suscribió con el Ministerio Público para trasmitir el juicio oral con equipos que le fueron facilitados por dicha institución;

3.- copia del artículo difundido por el diario El Llanquihue el dieciocho de abril último, titulado Juez versus Defensor, donde se da cuenta de la molestia y reacción del juez presidente del Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt, magistrado Francisco del Campo, ante las objeciones planteadas por el defensor Echeverría;

4.- copia de la resolución de veintitrés de marzo pasado que notificó a los intervinientes la fecha de juicio oral y nombre de los jueces del Tribunal Oral en Lo Penal de Puerto Montt que integrarían la sala a cargo del conocimiento y fallo de la acusación;

5.- copia de la resolución de veintiséis de marzo último que notificó a los litigantes la sustitución del magistrado José Bustos Valenzuela por la juez Patricia Miranda Alvarado;

6.- copia del artículo inserto en el portal del diario La Tercera donde se menciona al juez José Bustos quien señala que por motivos personales de la magistrado Patricia Miranda le pidió que la reemplazara en un juicio oral que se desarrollaría en la XI Región, debido a que ella necesitaba quedarse en Puerto Montt para realizar trámites de su tesis de grado.

UNDÉCIMO: Que de conformidad a lo estatuido en el artículo 336 del Código Procesal Penal, luego de incorporada la documental de la defensa, el Ministerio Público ofreció y rindió la siguiente prueba a efectos de esclarecer la veracidad, autenticidad o integridad de la que acaba de reseñarse, lo que se admitió por el tribunal en carácter de prueba sobre prueba y que no fue materia de reparos por los contendientes:

1.- certificado otorgado por doña Claudia Oyarzún Cárdenas, Administradora del Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Puerto Montt donde consigna que "la reunión de 03 de Abril de 2007 a las 15:00 horas realizada en el Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt, previa al Juicio Oral decretado en Rit 13-2007, no correspondió a una audiencia pública atendido que los temas a tratar eran netamente administrativos, según solicitud formulada por el abogado defensor del acusado Alex Escalante San Martín, Sr. Germán Echeverría Ramírez". En la parte final añade que pese a haber sido notificado telefónicamente, el defensor del enjuiciado Alex Escalante San Martín, abogado Germán Echeverría, no asistió a la reunión, indicándole a la administradora del Tribunal Oral que asistiría el defensor Jorge Matzner y la encargada de la unidad de atención a testigos e imputados de la Defensoría Regional de Los Lagos.

2.- certificado suscrito por doña Claudia Oyarzún Cárdenas donde asegura que, a propósito de la reunión de coordinación sostenida el día martes tres de abril de dos mil siete en dependencias del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, y que se gestó atendida la sugerencia planteada por el señor Germán Echeverría Ramírez, defensor del encausado Alex Patricio Escalante, a la que asistieron don Francisco Javier del Campo Toledo, juez presidente; doña Claudia Oyarzún Cárdenas, administradora del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt; doña María Soledad Santana Cardemil, Fiscal adjunto de Puerto Montt, fiscal de la causa Rit 13-2007; don Nain Salvador Lamas Caamaño, fiscal local jefe de Puerto Montt; don Jorge Matzner Gajardo, defensor penal público, defensor del encartado Gonzalo Caetano Urruzuno en la causa Rit 13-2007; y, doña Gerly Vidal Shaw, asistente social, encargada de la unidad de atención a testigos e imputados, defensoría regional de Los Lagos. Que dentro de los temas tratados se incluyó:

- estimación aproximada por los fiscales de la duración de la rendición de su prueba, para los efectos solicitados por el defensor Echeverría;
- seguridad en el Tribunal,
- horarios en que se desarrollaría la audiencia,
- definición del horario de almuerzo,
- disposición de una mayor cantidad de asientos para el público,
- evacuación de fiscales, querellante y defensores por pasillo interior del tribunal.

Agrega la certificación que se informó que atendida la probable expectación pública del juicio y no disponiendo la Corporación Administrativa del equipamiento necesario, se había tomado contacto telefónico con el señor Jorge Montaña, jefe de la unidad de gestión e informática de la Fiscalía Regional, a fin de que facilitara el equipamiento necesario para poder proyectar el litigio en una sala contigua del tribunal y de esa manera permitir que todo el público que no alcanzara a ingresar en la principal, pudiera presenciar el pleito en esa otra dependencia. Que el equipamiento e instalación de los equipos de circuito cerrado de televisión a utilizarse para dar cobertura en directo del desarrollo del juicio oral, lo

proveería el Ministerio Público de la misma forma en que se procede para las declaraciones en video conferencia en cualquiera otra litis. Sobre esto no hubo otras observaciones.

3.- copia de la solicitud de recusación planteada por el abogado Germán Echeverría respecto de los jueces señor Francisco del Campo y señora Patricia Miranda, ingresada a la Corte de Apelaciones de Puerto Montt el dieciséis de abril de dos mil siete, bajo el N° 88-2007 y su correspondiente resolución, de la misma fecha, que en lo pertinente decide "Que del mérito de la solicitud no aparece que ésta contenga fundamentos de hecho ni explicite la causal de recusación, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 119 del Código de procedimiento Civil, se desecha desde luego lo solicitado a fojas 1."

4.- ejemplar del periódico El Llanquihue, de martes diecisiete de abril retropróximo pasado, que en la parte final de la primera columna de la página A9 anota "Al respecto, nuestro medio aclara que la oración a la que se refirió el defensor no se trató de una cita textual, pues no estaba entrecomillada, es decir, era sólo una frase explicativa en que se informaba que el juez se había referido a que los familiares de los imputados y los amigos del sacerdote, se podían encontrar en alguno de los dos ascensores que son las únicas entradas públicas hacia el recinto. El adjetivo "asesinado" fue colocado por el periodista para hacer más comprensible la frase a los lectores."

DUODÉCIMO: Que el recurso de nulidad reglado en el estatuto procesal penal ha sido instituido por el legislador para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva o solamente ésta, por las causales expresamente señaladas en la ley, esto es, por contravenciones precisas y categóricas cometidas en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento del veredicto, abriendo paso a una solución de ineficacia de todos aquellos actos en que se hubieren violentado sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes -artículo 373, letra a), o cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una inexacta aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo -artículo 373, letra b)-.

DÉCIMO TERCERO: Que, en lo que toca al primer motivo de impugnación, hecho valer en términos idénticos por la defensa de ambos convictos, como ya se anticipara, se asila en un supuesto único, cual es, la falta de imparcialidad del juzgador, grave violación que según reprueban los oponentes influyó en lo dispositivo del fallo al contaminar el acuerdo de la sala y contribuir a formar la voluntad de un tribunal en cuya virtud se condenó a los acusados Escalante San Martín y Caetano Urruzuno como autores de un robo con homicidio, con abierta vulneración a las garantías que expresan en cada uno de sus recursos, latamente expuestos en los motivos precedentes. Vale decir, esa ausencia de imparcialidad en definitiva llevó al tribunal a prescindir del mandato del texto constitucional y los tratados internacionales que se invocan.

DÉCIMO CUARTO: Que en materia de inhabilitación de los jueces del tribunal del juicio oral, el artículo 76 del Código Procesal Penal gobierna el procedimiento para su formalización, manteniéndose, en todo, las causales taxativas que al efecto contemplan los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales.

DÉCIMO QUINTO: Que en este contexto, el tribunal llamado a decidir acerca de tales solicitudes de inhabilitación es aquel a quien incumbe conocer del litigio, según expresamente dispone la norma procesal citada en el fundamento precedente y, en cuanto a la oportunidad, también perentoriamente se indica que deberán plantearse, a más tardar, dentro de los tres días siguientes a la notificación de la resolución que fijare fecha para el juicio oral, las que se resolverán con antelación al inicio de la respectiva audiencia; o bien, al inicio del juicio oral, en incidente

previo, si los hechos que constituyeren la causal de implicancia o recusación llegaren a conocimiento de la parte con posterioridad al vencimiento del plazo previsto en el inciso primero de la disposición en comento.

DÉCIMO SEXTO: Que del texto del recurso, no hay una invocación precisa a causal legal de inhabilidad del juzgador, sólo referencia a hechos consistentes en comentarios del juez presidente del tribunal oral vertidos a través de medios de comunicación que, para la defensa, configuran la violación a la protección de imparcialidad recogida en el artículo 19, N° 3°, inciso cuarto, de la Carta Fundamental y, a nivel internacional, en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que como aval de sus pretensiones, la defensa de Escalante San Martín rindió la prueba detallada en la reflexión décima precedente, contradicha y sometida a refutación por el Ministerio Público de conformidad a lo ordenado en el artículo 336, inciso segundo, del Código Procesal Penal, quien ofreció y rindió la documental referida en el razonamiento undécimo.

Por lo que concierne al artículo publicado en el diario El Llanquihue del trece de abril de dos mil siete, reprocha la defensa los dichos del magistrado Francisco del Campo al aludir que "la comunidad debe estar tranquila, pues se va a cumplir lo dispuesto por la ley...". Esa cita, aún aislada, como se la plantea, no revela indicio o animadversión que pudiere importar una eventual afectación de los derechos de los incriminados, por el contrario, es labor de la magistratura ejercer su función con estricto apego a la ley para otorgar a todos los intervinientes seguridades de un justo proceso. Las conclusiones que extrae la defensa de tales expresiones con creces rebasan su contenido. En efecto, tal afirmación se encuentra comprendida en un relato del juez presidente a propósito de las medidas de resguardo adoptadas a fin de velar por el orden y disciplina entre los asistentes para que los intervinientes puedan ejercer sus acciones con tranquilidad.

En la misma página del periódico se lee "Magistrado incluso ha sentenciado a pena de muerte". Al igual que en el caso anterior, esa referencia a la labor del juez del Campo se pretende descontextualizar y extraer de ella conclusiones huérfanas de todo asidero. Lo cierto es que procurar discutir la imparcialidad de la labor de la judicatura a través de alusiones parciales de informes de prensa no son suficientes en concepto de este tribunal para el pretendido fin. En el ejercicio de la función jurisdiccional, la imposición de la pena prevista por la ley en los casos que sea procedente, constituye un imperativo, no una señal de severidad, como tampoco puede ser manifestación de tolerancia, una decisión de absolución ni la aplicación de penas de escasa envergadura.

Por último, ese extracto del periódico refiere que el juez calificó de "asesinato" la muerte del sacerdote. A ese antecedente no se le dará valor alguno, pues de la prueba que sobre el particular aportara el Ministerio Público ha quedado en evidencia que se ha atribuido al magistrado del Campo expresiones que él no ha manifestado. Es el mismo periódico quien se encargó de rectificar la confusa información de días antes que había difundido adjudicando al juez calificativos que, con fines que no corresponde aquí analizar, son de exclusiva responsabilidad del periodista autor de la nota informativa.

También se funda el cuestionamiento a la magistratura en supuestas negociaciones efectuadas con el Ministerio Público. Sobre este punto la defensa rindió la documental consistente en una publicación de prensa relativa a un acuerdo alcanzado entre el tribunal y esa institución a fin de que ésta proveyera las herramientas técnicas para efectuar la transmisión del juicio. No se dará valor al referido antecedente porque de la documental proporcionada por el Ministerio Público queda en evidencia que se ha pretendido dar

un alcance y significación diversa al real a tal nota periodística. Así, la defensa silenció el contenido de la reunión sostenida en dependencias del tribunal oral en lo penal de Puerto Montt a propósito de la realización del litigio en que se trataron tópicos calificados como administrativos y de coordinación, entre ellos, precisamente, la provisión de equipamiento y equipos técnicos para dar cobertura directa al desarrollo del pleito. Si bien es verdad que el defensor Germán Echeverría no estuvo presente en aquella reunión, ella se verificó respondiendo a sus propias sugerencias, se le comunicó personalmente de su realización, y éste manifestó que asistirían el defensor Jorge Matzner y la encargada de la unidad de atención a testigos e imputados de la Defensoría Regional de Los Lagos, lo que efectivamente ocurrió, según consta del documento individualizado en el número 2 del acápite undécimo, prueba a la que se atribuye suficiencia para esclarecer la objeción a la imparcialidad del juez que pretende la defensa.

Tampoco se dará valor para los fines que se persiguen a la documental consistente en la comunicación de la integración del tribunal encargado de conocer del juicio oral y la posterior sustitución del magistrado José Bustos Valenzuela por doña Patricia Miranda Alvarado pues, a este respecto, no se ha rendido ninguna probanza que advierta de ello proceder ajeno a la normal organización de la labor del tribunal. No se menciona en el recurso ninguna causal que configure inhabilidad de la indicada juez para el ejercicio de su labor por lo que, carece de todo sustento esta alegación, más bien constituye una suposición proscrita en un recurso de esta naturaleza.

El documento aportado por el Ministerio Público consistente en la copia de la solicitud de recusación a la Corte de Apelaciones de Puerto Montt viene a reafirmar las mismas conclusiones, es decir, la ausencia de causal legal que inhabilite a los jueces en el ejercicio de sus funciones.

Finalmente, la nota del dieciocho de abril del año en curso del diario El Llanquihue titulada "Juez versus Defensor", no envuelve ninguna manifestación de parcialidad del magistrado, sólo informa, en palabras de un periodista, lo que parece ser el ejercicio de la facultad que el inciso cuarto del artículo 329 del Código Procesal Penal confiere al tribunal.

DÉCIMO OCTAVO: Que, con el mérito de los elementos esgrimidos por la defensa, y con la prueba incorporada en apoyo de sus alegaciones, detallada precedentemente, valorada con libertad y con arreglo a los principios de la lógica y las máximas de la experiencia, no resulta configurada la falta de imparcialidad de la magistratura, fundamento cardinal de la motivación de nulidad contemplada en la letra a) del artículo 373 del estatuto procesal del ramo, lo que unido a los antecedentes y normativa que se han revisado en las reflexiones precedentes, se infiere que en lo que atañe a este primer motivo de invalidación resulta suficiente para desestimar los recursos por su causal principal.

DÉCIMO NONO: Que en nada altera lo expuesto, las alegaciones formuladas en estrados por la defensa de Caetano Urruzuno atinentes a la "apariencia de imparcialidad del juzgador", tema que, además de no tener reconocimiento legal, sobrepasa los términos en que se basó el recurso contrariando el texto del artículo 379, inciso segundo, del Código Procesal Penal.

VIGÉSIMO: Que así las cosas, tal como se estructuran los recursos, las garantías constitucionales que se dicen desconocidas responden a la carencia de imparcialidad del juzgador, según expresamente lo manifiestan ambos comparecientes por lo que, y desestimada que fuera tal premisa, quedan huérfanas de soporte las eventuales anomalías que se delatan.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que sin embargo, no obstante lo ya decidido, sólo a mayor

abundamiento y a fin de dar respuesta a algunas de las pretensiones de los recurrentes, cabe tener en cuenta las precisiones y reflexiones que a continuación se desarrollan. Los hechos que se asentaron en juicio son los siguientes: "El 15 de enero del año 2006, en horas de la tarde, los acusados Gonzalo Caetano Urruzuno y Alex Escalante San Martín, concurrieron hasta el Departamento N° 305 del Edificio Los Castaños, del Condominio Las Encinas Seminario, ubicado en calle O´Higgins 595 de esta ciudad y que correspondía al domicilio de don Bernardo Piccardo Olivos, sacerdote de 79 años de edad. En dichas circunstancias, luego que el señor Piccardo les abrió la puerta de su departamento, permitiendo su ingreso, y una vez en el interior de éste, con la finalidad de sustraer especies, el acusado Alex Escalante San Martín lo golpeó en la cabeza con un objeto contundente, producto de lo cual la víctima cayó al suelo, siendo tomado, arrastrado e inmovilizado por ambos acusados, le ataron sus extremidades y le amordazaron la boca con distintas cintas adhesivas. Posteriormente y al tener reducida a la víctima, sustrajeron la suma aproximada de $1.000.000. en dinero en efectivo, además de una suma no determinada de dólares. Luego, ambos acusados huyeron del lugar con las especies sustraídas y además, al salir del departamento, sustrajeron el vehículo marca Peugeot, patente UU-7690 de propiedad de la misma víctima, el que fue recuperado finalmente en la ciudad de Osorno.

Producto de la agresión sufrida, la víctima resultó, entre otras, con las siguientes lesiones: excoriación y equimosis violácea en pabellón auricular y región temporal derecha, con infiltración sanguínea en la región temporal derecha; lesión que en definitiva le causó la muerte."

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que tales hechos fueron calificados como constitutivos del delito de robo con homicidio, previsto y sancionado en el artículo 433, N° 1°, del Código Penal, en concatenación con los artículos 432 y 439 del mismo cuerpo legal, en grado consumado.

VIGÉSIMO TERCERO: Que como es sabido, el robo con homicidio es un delito complejo o de dos acciones separadas una de otra y que, aisladamente consideradas, constituyen dos ilícitos: por una parte una sustracción y, por la otra, un homicidio. Ambos deben ser cubiertos por el tipo subjetivo, cuestión que supone desechar la afirmación que esta figura sea un injusto calificado por el resultado.

Ahora bien, en el caso de marras, en lo que al tipo subjetivo de homicidio se refiere, resulta indiscutible que los agentes actuaron al menos con dolo eventual.

En efecto, *el consentimiento del resultado como elemento decisivo para distinguir el dolo eventual de la culpa consciente, no significa que éste deba necesariamente satisfacer los deseos del autor. Puede darse dolo eventual incluso cuando el acaecimiento del resultado sea algo que resulte indeseable para dicho autor, sin embargo, éste aprueba el resultado en sentido jurídico, cuando de acuerdo con el objetivo que ambiciona, necesariamente, esto es, por no alcanzar dicho objetivo de otra manera, se conforma con que su acción cause el resultado en sí mismo no deseado y, por todo ello, para el caso concreto, lo quiere"* (Ramón Ragués I. Vallés: "El dolo y su Prueba en el proceso penal", J.M. Bosch Editor, año mil novecientos noventa y nueve, páginas 85 y 86).

VIGÉSIMO CUARTO: Que sobre este elemento la sentencia impugnada en las reflexiones décima y décima cuarta razona de manera acuciosa y detallada en los siguientes términos: la única explicación razonable en relación a la conducta desplegada por los encausados, reside en la resolución firme de robar a un anciano diversas especies de valor que tenía en su domicilio. Alex Escalante estaba al tanto de las condiciones de vida de la víctima dado que anteriormente se había desempeñado como conserje en el condominio en que residía ésta. El golpe que se propina al ofendido se

produce casi inmediatamente al ingreso de los delincuentes al departamento, a escasos pasos de la puerta de acceso -cuestión que hace a los sentenciadores descartar por incoherente que el móvil de los hechores haya sido sexual o carnal-. El golpe le produce la inconsciencia. Luego es atado en sus extremidades superiores e inferiores y amordazado en la boca, para luego proceder al registro y posterior retiro del departamento, huyendo en el vehículo de propiedad del occiso, dejando la puerta del departamento con llave, tanto de la chapa como del seguro.

Por otra parte, en lo que al tipo subjetivo de homicidio apunta, de las declaraciones de los peritos médicos, el tribunal concluye que la causa de la muerte de Benedicto Piccardo Olivos es atribuible al golpe que recibe en su cráneo lado temporal derecho que le provocó ruptura del hélix, infiltración sanguínea o hemorrágica de todo el espesor del cuero cabelludo y músculo temporal con micro fracturas de la lámina esponjosa de la misma zona. El golpe le provocó un tec que lo llevó a perder la conciencia de inmediato, cae al suelo, en la caída se golpea el lado izquierdo con menor violencia que el derecho. Debido a la contundencia del impacto en el lado derecho no recuperó la conciencia. En este escenario es amarrado de las cuatro extremidades y amordazado en la boca. Queda en posición horizontal e inmóvil. En este estado al corazón se le hace más difícil bombear sangre dejando como remanente líquido acumulado en el pulmón e hígado, lo que provoca una falla cardiaca. Dado que nunca recuperó la conciencia debido al tec se produce el deceso. El tribunal concuerda con la opinión del doctor Belletti en que existe una clara relación de causalidad entre el golpe en el cráneo que provoca la pérdida de conocimiento y la muerte subsecuente. La opinión del perito doctor Valdés (de la defensa) sólo hace una suposición del desencadenamiento de una arritmia maligna final, lo que no está avalado por otros elementos, ya que su patología cardiopulmonar de base estaba tratada y compensada.

Por último, en el basamento décimo cuarto se razona latamente acerca de la concurrencia del dolo en el proceder de los enjuiciados. Señalan los sentenciadores que el tipo objetivo de esta figura penal, requiere de una actividad de apoderamiento de la cosa mueble ajena y de la provocación de la muerte de una persona con motivo u ocasión de ese apoderamiento, con fines de lucro. Lo anterior significa que subjetivamente el sujeto activo debe actuar con dolo, que ha de extenderse tanto a la acción de apropiación como a la del homicidio, que en la alternativa de cometer el delito "con motivo", necesariamente requiere de una determinación previa, aunque sea condicionada, en este caso, el dolo de homicidio generalmente habrá de ser directo. El eventual, normalmente se produce "con ocasión", en otras palabras, debe de existir dolo de apropiarse de la especie, con iguales características a la del hurto y dolo de matar a lo menos eventual. En el juicio, la violencia ejercida sobre la víctima se ejecutó con ocasión del robo, o sea, el homicidio es una manera de lograr su seguridad o impunidad; no es matar para robar sino matar al robar.

VIGÉSIMO QUINTO: Que en lo que respecta a la violación a la garantía de reserva legal o tipicidad de la conducta referida a la comunicabilidad, sustentada por la defensa de Caetano Urruzuno, el fallo razona sobre la base que éste concurrió al sitio del suceso, colaboró en forma activa en la ejecución del hecho de manera directa e inmediata, cooperó en amordazar y atar a la víctima, sin cuestionamiento alguno, teniendo posibilidades de retirarse, no lo hizo, esperó a Escalante y luego huyen del lugar con las especies en su poder. Nada lo detuvo, consciente del estado del ofendido y teniendo oportunidades para avisar a un centro asistencial o policial, no lo hizo, al contrario, continuó con Escalante, para adoptar una actitud contraria. No es dable pensar que no sabía lo que hacía y que sólo se limitó a obedecer a Escalante. El tenía conocimiento de la acción desplegada,

es más, estuvo alrededor de dos horas en el departamento, aceptando sus consecuencias. Por último, recibe de Escalante dinero que pertenecía al extinto.

En definitiva, la participación que se atribuye a Caetano no es colofón de la comunicabilidad o que se le haya comunicado la autoría que se achaca a Escalante, sino porque en su proceder se reúnen todos los supuestos objetivos y subjetivos que supone el delito de robo con homicidio.

VIGÉSIMO SEXTO: Que tampoco se advierte en el fallo atacado vulneración a la garantía del racional y justo procedimiento, que de acuerdo al parecer de los recurrentes se configuraría al no dar valor y dejar de examinar la prueba que indicaba que las graves enfermedades preexistentes de que padecía el difunto fueron relevantes en la causa de su muerte.

Sobre el particular, no cabe afirmar que se haya omitido tal información del razonamiento judicial y posterior decisión del asunto, como se pretende, como ya se señalara en el fundamento vigésimo cuarto precedente y en el párrafo sexto de la foja 249 del fallo es precisamente esa circunstancia la que conforme a las pautas del artículo 297 del Código Procesal Penal se dilucida: *"no queda lugar a dudas que sin el TEC, habría sido otro el resultado"*.

A mayor abundamiento, el motivo décimo segundo sentencia que la lesión que se provocó al ofendido le produjo el deceso.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que con respecto a la supuesta doble valoración, corolario del principio non bis in idem, de la agravante del artículo 12, N° 18°, del Código Penal no tiene consistencia la alegación formulada que se trate de una circunstancia inherente al tipo de robo con homicidio. A diferencia de lo que expresa el recurrente, los hechos que determinan la concurrencia de la agravante y aquellos que tipifican el delito de robo con homicidio son diversos y pueden coexistir, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá sobre la causal subsidiaria de nulidad planteada.

Lo propio a propósito de la contravención a la garantía que asegura el derecho a una sentencia motivada y fundada, impugnación que se relaciona con la determinación del quantum de la pena, defensa también comprendida en la errónea aplicación de la ley penal y que es fundamento de la causal de nulidad del artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, que en lo pertinente de este fallo se analiza

VIGÉSIMO OCTAVO: Que con respecto a la inobservancia de la protección del derecho de propiedad que se hace consistir en la imposición de condena en costas a los sentenciados, cabe precisar que las disposiciones consagradas en el Párrafo 7° del Libro I del Título II del Código Procesal Penal, en tanto precepto especial, prima sobre cualquier otro general o contemplado en algún cuerpo normativo diverso y expresamente prescriben que las costas serán de cargo del condenado, sin perjuicio que el tribunal, por razones fundadas, pueda eximir total o parcialmente de su pago a quien deba soportarlas, aspecto que en la especie, no aconteció.

VIGÉSIMO NOVENO: Que, desechado el motivo principal, corresponde pronunciarse sobre la causal subsidiaria de invalidación, a saber, la errónea aplicación del derecho derivada de las agravantes de los artículos 456 bis, N° 3°, y 12, N° 18°, del Código Penal.

Al efecto, en el basamento vigésimo segundo del dictamen criticado, se razona como sigue: a propósito de la agravante de ser dos o más los malhechores, una interpretación sistemática del Código Penal permite concluir que la agravante debe fundarse en algún plus que exceda la sola circunstancia del número. Así, los sentenciadores fundamentan su concurrencia en la mayor indefensión que genera para la víctima el hecho que quienes lo atacan sean dos individuos, ello indudablemente disminuyó la capacidad de aquélla de resistir al despojo y a la posibilidad cierta o eventual de una reacción

defensiva. Además de lo anterior, eso procuró a los autores mayor seguridad en su actuar que ciertamente contribuyó al éxito de las acciones apropiatorias.

Efectivamente, tal es el sentido de esta circunstancia especial de agravación, la presencia de ambos sujetos en el sitio del suceso unido a la circunstancia que los dos participaran materialmente en los acontecimientos, cercenó cualquier posibilidad de protección y defensa del agredido.

En cuanto a la concurrencia de la agravante del artículo 12, N° 18°, del ordenamiento punitivo, se tuvo por configurada con el hecho que el ofendido descansaba en su hogar cuando llegan los procesados, quienes lo golpean en su propia casa y le sustraen el dinero que ahí guardaba, además de las llaves de su vehículo, del que también se apropian. Por otra parte, el afectado no provocó el suceso, como se tuvo por acreditado, sino que fue atacado con un objeto contundente a los pocos instantes de abrir la puerta de su domicilio a los encartados, lo que le provocó un tec, perdiendo el conocimiento, con las consecuencias posteriores conocidas.

Es así como, no puede haber error de derecho en la calificación de los hechos que constituyen la referida agravante de responsabilidad, como quiera que concurren todos los supuestos que, para la segunda hipótesis del precepto exige el legislador. Yerra el oponente en cuanto procura darle un alcance diverso a la frase "cuando el ofendido no haya provocado el suceso", por cierto que el sentido de la regla no es como se pretende, de asimilar esa acción a la circunstancia que la víctima haya abierto la puerta de su morada a los agresores. La provocación sugiere su aptitud en parangón a la gravedad del atentado de que es objeto el ofendido, suficiencia que aquí no existe, con lo que la agravante converge.

TRIGÉSIMO: Que, en todo caso, el recurso de nulidad, como mecanismo de invalidación, requiere para su éxito la influencia sustancial en lo dispositivo del pronunciamiento del vicio que se reclama. Para el caso de Escalante San Martín de no concurrir las dos agravantes de responsabilidad consideradas por el juzgador, militaría en su favor una sola minorante, situación en la cual el legislador impide aplicar al sentenciado la sanción asignada al injusto en su grado mayor. En la especie, la pena aparejada al ilícito pesquisado es presidio mayor en su grado medio a perpetuo calificado, lo que equivale, desde el grado 4° al 1° de la Escala N° 1°, del artículo 59 del Estatuto Criminal, por lo que al imponer los jurisdicentes presidio mayor en su grado máximo, tercer grado de la escala reseñada, no han transgredido mandato legal alguno. Similar situación acontece con lo planteado por la defensa de Caetano Urruzuno, aún con la concurrencia de tres mitigantes, sin agravantes, el artículo 68, inciso tercero, del mismo ordenamiento legal, otorga una facultad al juez para imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, es decir, constituye una prerrogativa discrecional para el juzgador rebajar la penalidad de la forma antes indicada por lo que, no hacerlo, no puede erigir un error de derecho en la aplicación de la ley penal.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, entonces, el hecho que el recurrente no esté de acuerdo con los raciocinios y conclusiones adoptadas por los jueces del fondo sobre estas materias, en modo alguno autorizan la procedencia del recurso de nulidad, pues al no existir anomalía formal alguna, los sentenciadores son soberanos en la apreciación de los hechos que constituyen las circunstancias agravantes de responsabilidad que en el caso convergen, y no comprobándose la existencia de las deficiencias delatadas, ni apreciándose otras equivocaciones, hacen concluir que el arbitrio instaurado, en cuanto persigue tener por configurado el vicio de nulidad develado, carece de base legal y, por lo tanto, también este medio, por la causal subsidiaria, tendrá que ser denegado.

Por estas consideraciones y lo estatuido en los artículos 372, 373, letra a), 374, letra e), 376 y 384 del Código Procesal del ramo, **SE RECHAZAN** los recursos de nulidad

entablados de fojas 139 a 208 y de fojas 234 a 302, por los defensores penales Germán Echeverría Ramírez, en representación del agente Alex Patricio Escalante San Martín, y Jorge Matzner, por Gonzalo Caetano Urruzuno, respectivamente, en contra de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Puerto Montt, el cuatro de mayo recién pasado, que corre de fojas 1 a 138 de este cuaderno, la que, en conclusión, no es nula.

Regístrese y devuélvanse.

Redacción del Ministro señor Rodríguez Espoz.

Rol N° 2426-07.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y Hugo Dolmestch U. No firman los Ministros Sres. Chaigneau y Segura, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en con permiso y en comisión de servicios, respectivamente.

- **Declara que en un juicio simplificado no se requiere detallar los puntos sobre los cuales declarará un testigo para que su testimonio pueda ser presentado como prueba.**

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

El Ministerio Público interpuso un recurso de nulidad en contra de la sentencia absolutoria dictada por el Juez de Garantía en procedimiento simplificado, invocando la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal por estimar que se había vulnerado su derecho a un debido proceso. La Defensa solicitó se declarara inadmisible el recurso fundada en que al Ministerio Público le estaría vedado invocar la garantía del debido proceso. La Corte acogió el recurso señalando, en primer lugar, que la Constitución asegura a todos, sin distinción, el derecho a un debido proceso, no existiendo en el Código Procesal Penal u otro texto legal alguna disposición que pudiere fundar una razón jurídica para negarle la garantía constitucional invocada al Ministerio Público. En cuanto al fondo del recurso, coincidió con los argumentos del recurrente declarando que el fundamento del Juez para negar lugar a la declaración de los funcionarios aprehensores, por haber faltado el requisito de señalar los puntos sobre los cuales habrían de declarar según lo establecido en el artículo 259 inciso 2º del Código Procesal Penal, no procedía toda vez que el artículo 389 del mismo cuerpo legal establece que las normas del juicio oral sólo se aplicarán supletoriamente en la medida que se adecuen a la brevedad y simpleza del juicio simplificado, agregando, a mayor abundamiento, que el artículo 259 se refiere al contenido de la acusación, trámite procesal que en el juicio simplificado no existe. Añadió que los artículos 391, 393 y 396 regulan la prueba en este tipo de procedimiento, no siendo posible desprender de ellos que sea requisito para recibir la declaración de testigos la expresión de los puntos sobre los cuales habrá de versar su testimonio, de hecho, en este tipo de juicio no se requiere que se expresen detalladamente los medios de prueba.

Texto completo:

Santiago, veintinueve de agosto de dos mil siete:

Vistos:

En estos autos Rol Único de causa 0700430624-9 e Interno del tribunal 1118-2007, se registra la sentencia dictada en procedimiento oral simplificado por el Juzgado de Garantía de Laja, de fecha veintidós de Junio del presente año, en la que se absolvió a Jiuliano Antonio Díaz Carvajal del requerimiento deducido por el Ministerio Público, como autor del delito contemplado en el artículo 288 bis del Código Penal, sin costas de cargo del Ministerio Público, por haber tenido motivos plausibles para perseguir el delito imputado.

En contra de esa decisión, el Fiscal Adjunto Jefe de la Fiscalía Local de Yumbel, dedujo un recurso de nulidad fundado en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en concordancia con el artículo 19 Nº 3º, inciso 5º de la Constitución Política de la República, solicitando que se acoja en todas sus partes, se anule el juicio simplificado y la sentencia impugnada y se disponga la realización de un nuevo juicio ante el juez no inhabilitado que corresponda.

Este tribunal estimó admisible el recurso, y dispuso pasar los antecedentes al señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la vista de la nulidad impetrada, como aparece a fojas 29.

La audiencia pública se verificó el nueve de Agosto último, con la concurrencia y alegatos de los letrados señores Hernán Ferrera, en representación del Ministerio Público y el abogado señor Cristián Arias por la Defensoría Penal Pública, y luego de la vista del recurso, se citó a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta que obra a fojas 36.

Considerando:

PRIMERO: Que, el recurso de nulidad interpuesto en lo principal de fojas 6 a 18 de estos antecedentes, se sustenta en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal,

que dispone que dicho arbitrio es procedente si en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y en actual vigor, concretando el defecto en la inobservancia a la salvaguardia fundamental del debido proceso, amparada por el artículo 19, Nº 3°, inciso quinto, de la Carta Fundamental;

SEGUNDO: Que, el recurrente sostiene que el imputado fue requerido por el siguiente hecho: "El día 7 de Junio de 2007, aproximadamente a las 22:25 horas, en calle El Pino, esquina El Mirador de la localidad de Laja, don Juliano Antonio Díaz Carvajal, ya individualizado, fue sorprendido por personal de Carabineros portando un arma blanca, hoja de metal de 42 centímetros, de tipo hechiza, sin justificar razonablemente su porte". Los hechos referidos, en su concepto constituyen el delito de porte ilegal de arma blanca, previsto y sancionado en el artículo 288 bis del Código Penal, cometido por el imputado en calidad de autor, en grado de ejecución de consumado. Solicitó la imposición de una pena de 540 días de presidio menor en su grado mínimo, de las accesorias legales y el comiso de los efectos del delito, todo con expresa condenación al pago de las costas de la causa. Consideró, además, que el imputado registraba una condena como autor del delito de lesiones menos graves, otra por el delito de amenaza con arma blanca, y que se encontraba sujeto a prisión preventiva por el delito de robo con violencia.

El requerimiento fue comunicado al imputado verbalmente, como lo autoriza el artículo 393 bis del Código Procesal Penal, procediendo de inmediato a la preparación del juicio simplificado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 395 bis del cuerpo legal citado.

Para acreditar los hechos del requerimiento, el Ministerio Público ofreció prueba en la oportunidad legal. Así, expresó que en el juicio oral simplificado deberán rendirse, entre otras, las siguientes pruebas del requirente: las declaraciones de los Carabineros, especificando el contenido de éstas.

En la audiencia del juicio simplificado, resolvió el Juez de Garantía que los testigos Marcos Salgado Montecinos y José Jaque Vergara no podían declarar, en decisión adoptada luego que estos fueran llamados a estrados, se les tomara juramento o promesa acerca de lo que se les iba a interrogar, e incluso, después que el Ministerio Público les dirigiera la primera pregunta.

Se reprocha al Ministerio Público, que en la audiencia de preparación del juicio oral simplificado, que no expresó sobre qué puntos depondrían los testigos, y en virtud de ello se le privó de prueba fundamental, cuya ausencia derivó en la absolución del imputado, a pesar que los testimonios en referencia se hicieron valer en tiempo y forma ante el órgano jurisdiccional competente.

El primer cuestionamiento que hace el recurrente ante la decisión aludida, dice relación con el hecho que la medida adoptada constituye una trasgresión a la naturaleza del procedimiento y, a lo dispuesto en el artículo 389 del Código Procesal Penal, que establece que las normas del procedimiento ordinario tendrán el carácter de supletorias en este procedimiento.

Añade, que la exigencia que se indique sobre qué puntos declararán los testigos, infringe también las características de brevedad y simpleza del procedimiento simplificado, imponiendo un requisito no contemplado en la ley, que sí es obligatorio en el procedimiento ordinario.

La aplicación supletoria de las reglas del juicio ordinario, entre ellas la del artículo 259 del Código Procesal Penal, está supeditada a que las propias reglas del procedimiento simplificado nada proveyeren sobre la materia.

El artículo 391 del Código Procesal Penal establece cuál es el contenido del requerimiento, mientras que el artículo 259

regla el contenido de la acusación. Y más particularmente el artículo 391, en relación con la prueba, exige en la letra "d) La exposición de los antecedentes y elementos que fundaren la imputación", mientras que el artículo 259 exige mencionar los medios de prueba, y además, si se trata de testigos, se debe indicar los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones.

Arguye el recurrente, que el tema tiene expresa regulación en el artículo 391 del Código Procesal Penal, que no exige la referencia a los puntos sobre los que deben declarar los testigos, de manera que no procedía aplicar en este caso, ni aún en forma supletoria, lo dispuesto en el artículo 259 del Código Procesal Penal.

Así, con evidente infracción sustancial a los derechos o garantías asegurados por la Constitución Política de la República, el sentenciador no permitió que prestaran declaración los testigos.

Continúa expresando, que aún si se aplicara el artículo 259 del Código Procesal Penal, es evidente que el reparo dice relación con el supuesto incumplimiento de un requisito formal de la prueba, y por lo tanto una cuestión de admisibilidad, todo lo cual debió plantearse en la audiencia de preparación, y como aquello no se hizo, no pudo revisarse posteriormente, como lo hizo el Juez de Garantía de Laja, privando al procedimiento de las características de racionalidad y justicia.

Aduce por último, que en el auto de apertura, entre los antecedentes que fundaban la imputación, se daba cuenta de la declaración de los mismos testigos acerca de los hechos del requerimiento, circunstancia que no fue considerada al no permitirse la declaración de los testigos ofrecidos y presentados por su parte;

TERCERO: Que, en primer lugar, cabe analizar lo sostenido por la Defensoría Penal Pública respecto de la petición que se rechace el recurso por aspectos formales, porque al Ministerio Público le estaría vedado invocar la garantía del debido proceso, tal cual aparece como fundamento de su recurso de nulidad;

CUARTO: Que, a este respecto se tiene presente que ni la Constitución Política de la República, ni el Código Procesal Penal, o cualquier otro texto legal, excluyen al Ministerio Público como titular de la garantía del debido proceso contemplada en la Carta Fundamental.

En efecto, el artículo 19 dispone que "La Constitución asegura a todas las personas". Sin excluir ni hacer distinción de personas naturales ni jurídicas, de las garantías y derechos que contempla, entre ellos la del Nº 3º, inciso 5º, que ordena: "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos".

No fluye de dicha norma constitucional, la exclusión de persona alguna, como lo sostiene la Defensoría Penal Pública; no existe una razón o un argumento especial en la referida disposición que lleve a descartar al Ministerio Público de la posibilidad de asilarse en dicha garantía constitucional, al encontrarse sometido a la autoridad judicial durante el desarrollo de un juicio.

En consecuencia, se desestimarán por lo anteriormente razonado estas alegaciones efectuadas por la defensa del acusado durante la vista del recurso de nulidad;

QUINTO: Que, seguidamente, debe resolver esta Corte si el Ministerio Público, al presentar la prueba testimonial que pretendía hacer valer en el juicio oral simplificado, nombrando solamente los testigos que debían deponer, cumplió o no con las formalidades y requisitos legales que el Código Procesal Penal establece en el procedimiento simplificado, o por el contrario, debió haber dado cumplimiento a la exigencia de indicar también los puntos sobre los cuales iban a declarar.

Corresponde entonces dilucidar si rige el artículo 391 del Código Procesal Penal,

como lo sostiene el Ministerio Público, o por el contrario, aplicándose supletoriamente las normas del procedimiento ordinario, se debe otorgar vigencia a la disposición del inciso 2º del artículo 259 del mismo texto legal;

SEXTO: Que, en apoyo de su pretensión, el Ministerio Público acompañó como prueba el auto de apertura del juicio oral simplificado, donde se anuncia que como testigos van a declarar los funcionarios de Carabineros Marco Iván Salgado Montecinos y José Enrique Jaque Vergara, consignándose, además, lo que ellos voluntariamente han declarado.

Asimismo, consta que en la misma oportunidad la defensa del imputado manifestó que depondrían como testigos Edith Carvajal, Paola Bozal y Soledad Carvajal, domiciliadas en el sector El Pino con intersección de calle Waldemar Schultz, quienes declararían acerca de los hechos ocurridos el día 7 de Junio del año 2007, en el sector El Mirador.

También como prueba fue incorporada la sentencia definitiva dictada en la causa, donde consta el motivo que deja asentado el sentenciador para no acoger las declaraciones de los dos funcionarios de Carabineros.

En el curso de la vista, se escuchó el registro de audio, donde se advierte que el abogado defensor, una vez que ya se le ha dirigido la primera pregunta a uno de los funcionarios de Carabineros, se opone a que declare porque no se ha especificado en el auto de apertura los puntos sobre los cuales declarará;

SÉPTIMO: Que, para la adecuada resolución de la cuestión planteada, de que depende el destino del recurso en estudio, es preciso describir, a lo menos someramente la ritualidad del Procedimiento Simplificado que el Código Procesal Penal, contempla en el Título I, del Libro Cuarto.

Se aplica al conocimiento y fallo de las faltas y también a los hechos constitutivos de simples delitos para los cuales el Ministerio Público requiriere una pena que no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo.

Se trata de un procedimiento, como se designa, "simplificado", que se caracteriza por dicha circunstancia, que permite la realización del juicio oral ante el Juez de Garantía, un tribunal unipersonal, sin necesidad de efectuarlo ante el Tribunal de juicio Oral, desprovisto de las formalidades, exigencias, preparación y desarrollo del juicio que se lleva a cabo ante el tribunal colegiado, siendo sus etapas las siguientes: se inicia con la solicitud o requerimiento del Ministerio Público, que constituye la acusación formulada en términos simples en contra del imputado, pidiéndose su citación a juicio, debiendo cumplir las exigencias que prevé el artículo 391 del Código Procesal Penal, que en lo que se refiere a la prueba, dispone en la letra d) que debe contener "la exposición de los antecedentes o elementos que fundamentaren la imputación".

El Juez de Garantía recibido el requerimiento, lo examinará para comprobar si cumple los requisitos que establece el artículo 391, y citará al imputado a una audiencia, en la que se llevarán a efecto las actuaciones que siguen: el tribunal realizará una breve relación del requerimiento y de la querella si la hubiere, instruirá a la víctima si estuviere presente y al imputado sobre la posibilidad de poner término al procedimiento mediante acuerdos reparatorios, en caso contrario requerirá del imputado si admite responsabilidad, si así ocurre y no hay necesidad de realizar otras diligencias dictará sentencia de inmediato, en caso contrario, se lleva a cabo el juicio, se rendirá la prueba y oído el imputado, a quién se le concederá el derecho a la última palabra, pronunciará sentencia;

OCTAVO: Que, en la normativa dispuesta en los artículos 388 a 399 del Código del Ramo, sobre el procedimiento simplificado, se refieren a la prueba las disposiciones siguientes: artículo 391, anteriormente citado, que contiene como exigencia del requerimiento o acusación "la exposición de los antecedentes o elementos que fundamentaren la imputación"; artículo 393 inciso 3º, que dice relación con la citación

de los peritos y testigos; artículo 396, que regla la realización del juicio, en cuyo transcurso se debe recibir la prueba y ordenar su citación y comparecencia si se solicitare;

NOVENO: Que, respecto del procedimiento simplificado en examen, el Título I que contempla la normativa que regula su funcionamiento, contiene una disposición de carácter supletoria, el artículo 389, concebido en los términos siguientes: "Art. 389.-Normas Supletorias. El procedimiento simplificado se regirá por las normas de este Título y, en lo que éste no proveyere, supletoriamente por las del Libro Segundo de este Código, en cuanto se adecuen a su brevedad y simpleza".

A su turno el Libro Segundo de este Código, en sus Títulos I, II y III, artículos 166 a 351, regula el Procedimiento Ordinario, cuyas normas, según lo establece el artículo 391 antes transcrito, se aplicarán supletoriamente en el procedimiento simplificado;

DÉCIMO: Que, la aplicación supletoria de las normas del procedimiento ordinario al procedimiento simplificado, no es general, no significa que todo lo que no esté regulado en el segundo, deban aplicarse las normas del anterior sin otra consideración.

El texto del artículo 389 en cuestión limita y restringe la aplicación supletoria de normas que contempla en la frase "en cuanto las del procedimiento ordinario se adecuen a la brevedad y simpleza del procedimiento simplificado".

De esta manera, es de la esencia y naturaleza del procedimiento simplificado, el factor que regula la aplicación supletoria de normas en comento, puesto que, como se dijo en consideraciones anteriores, el procedimiento simplificado tiene una ritualidad especial, que se distingue por su brevedad, sólo una o dos audiencias, la pedida en el requerimiento o acusación y la solicitada para la citación judicial de peritos y testigos, y de inmediato deviene la dictación de la sentencia. Constituyen juicios orales simples que se llevan a cabo ante el Juez de Garantía cuando se imputan faltas o simples delitos, hay en él, como también ya señalamos sólo la acusación, que es el requerimiento, luego una o dos audiencias, no hay audiencia ni actuación de preparación del juicio de la complejidad de aquella reglamentada en el Título II del Libro II del Código del Ramo;

UNDÉCIMO: Que, la limitación y restricción que contempla la norma sobre la vigencia supletoria aludida, que exige que la disposición que se pretenda aplicar en esa forma, se adecue a la brevedad y simpleza del procedimiento simplificado, sobre cuyas características ya se ha reflexionado, impide absolutamente la aplicación supletoria de la normativa del artículo 259 del Código del Ramo, que se refiere al contenido de la acusación, que precede a la audiencia de preparación del juicio oral, un procedimiento que no guarda similitud con el simplificado, y que atendida la circunstancia de ser parte de un procedimiento complejo y detallista, que reglamenta la institución de la "acusación", previa a la audiencia de preparación, su naturaleza y esencia excede aquellas del juicio oral simplificado, de manera que no se adecua en lo absoluto a su brevedad y simpleza, basta leer su inciso 1º que detalla las exigencias que debe contener, entre ellas, la individualización de los acusados y su defensor; la relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos y de su calificación jurídica; la relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurrieren, aún subsidiariamente de la petición principal; la participación que se atribuye al acusado; la expresión de los preceptos legales aplicables; el señalamiento de los medios de prueba de que el ministerio público pensare valerse en el juicio; la pena cuya aplicación se solicitare, y en su caso, la solicitud de que se proceda de acuerdo al procedimiento abreviado, con lo que excede largamente las exigencias del requerimiento en el procedimiento simplificado (Art. 391 del Código Procesal Penal).

A mayor abundamiento, constituye un argumento ya indiscutible el contenido del inciso 2º, que a la letra dispone: "Si, de conformidad a lo establecido en la letra f)

de este artículo, el fiscal ofreciere rendir prueba de testigos, deberá presentar una lista individualizándolos con nombres y apellidos, profesión y domicilio o residencia, salvo en el caso previsto en el inciso segundo del artículo 307, y señalando, además, los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones. En el mismo escrito deberá individualizar, de igual modo, al perito o los peritos cuya comparecencia solicitare, indicando sus títulos y calidades.

Si el legislador hubiere estimado procedente hacer regir estas enunciaciones tan completas, lo habría establecido claramente, y no habría dejado a la discusión doctrinaria ni judicial una cuestión tan evidente. Abona la tesis que exponemos, el texto del inciso final de la disposición, que se refiere a que la acusación sólo podrá aludir a hechos y personas incluidas en la formalización de la investigación, trámite que no existe en el procedimiento simplificado.

Será cuestión de estudio particular de cada norma del procedimiento ordinario, para decidir si es supletoria o no. Sí deberán tenerse muy presente, en cada caso, las restricciones que la norma impone, "que se adecuen a su brevedad y simpleza", forma que el legislador contempló para evitar que se desvirtúe el propósito del procedimiento, de resolverse sumariamente y con rapidez, materias referidas a faltas y delitos menores;

DUODÉCIMO: Que, esta interpretación del artículo 389 del Código, que dispone que las normas del Libro Segundo tendrán aplicación supletoria en el juicio simplificado, en lo que el Título I, del Libro IV, no proveyere, encuentra sentido también en el texto sobre Derecho Procesal Penal Chileno de los profesores Sra. María Inés Horvitz Lennon y Julian López Masle, 1ª Edición Tomo II, página 478, que sobre lo razonado escriben: "en cuanto constituye un acto jurídico análogo a la acusación, su contenido es muy similar al que exige el Art. 259 del Código de Procedimiento Penal. Pero, a diferencia de la acusación, y por el carácter menos grave de las infracciones penales que son perseguidas a través de este procedimiento más concentrado y simplificado, la ley no exige que se expresen determinadamente en el requerimiento los medios de prueba que se harán valer en el juicio, ellos podrán deducirse únicamente a partir de los antecedentes que fundamentan la imputación. El Código sólo requiere que las partes comparezcan a la audiencia del juicio con sus medios de prueba".

DÉCIMO TERCERO: Que, de lo razonado y argumentado precedentemente, se concluye que no es necesario en el procedimiento simplificado, que se indiquen detalladamente los medios de prueba, como es exigible en la acusación en el procedimiento ordinario, y que ellos puedan deducirse claramente de la exposición que de los antecedentes o elementos que fundamentaren la imputación.

En consecuencia, de conformidad con lo exigido por el texto de la ley, así como lo señalado por la doctrina, la actuación del Ministerio Público se ha ajustado plenamente a derecho, habiendo el sentenciador incurrido en una infracción a las normas del debido proceso, que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo al acoger las objeciones planteadas por la defensa del acusado.

Por estas consideraciones, y visto lo dispuesto en los artículos 259, 373 letra a), 376, 384, 386, 398 y 391 del Código Procesal Penal, artículo 19 Nº 3º de la Constitución Política de la República, SE ACOGE el recurso de nulidad deducido por Álvaro Serrano Romo, Fiscal Adjunto de Yumbel, en lo principal del escrito de fojas 6, en contra de la sentencia de veintidós de Junio de dos mil siete, que corre de fojas 2 a 5, declarándose por consiguiente, la nulidad del juicio y de la sentencia dictada en estos antecedentes, debiendo procederse a la realización de un nuevo juicio ante tribunal no inhabilitado.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Señores Chaigneau y Ballesteros quienes estuvieron por negar lugar al recurso de

nulidad interpuesto por el Ministerio Público, en virtud de las siguientes consideraciones:

A- Que el principio llamado del "debido proceso" se encuentra ubicado en el capítulo tercero de la Constitución, destinado establecer los derechos y deberes constitucionales, y se le indica en su artículo 19 Nº3 inciso 5º al decir que "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos". Vale decir, la legalidad de un juzgamiento va a depender directamente de un proceso previo, y de una investigación, ambos racionales y justos.

B.- Que del estudio de las Actas de las sesiones números 100, 101 y 103 es posible concluir que este precepto se estableció como forma de consagrar en nuestro país esta garantía, teniendo como antecedentes la Declaración de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto de Costa Rica. De lo anterior es posible concluir que este concepto forma parte de la temática de los Derechos Humanos y nació hacia el interior de la defensa de estos derechos en todo orden de situaciones y en especial en el de la legalidad del juzgamiento, por lo que la mayoría de las disposiciones establecidas en tales convenciones se refieren a la actividad jurisdiccional y especialmente en el plano de aquella referida a la que regula el proceso penal. En efecto, el carácter tutelar del proceso no sólo asegura a la persona a quien se le desconoce un derecho que le sea reconocido, sino que, además, y para lo que nos interesa, si el estado o un particular pretenden que se ejerza la potestad punitiva cuando se le imputa la comisión de un delito, asegura que la pena sea impuesta al imputado a través de un proceso que reúna las mínimas condiciones que autoricen al Estado para castigar.

C.- Que, por otra parte, el Ministerio Público se encarga, por orden constitucional, de dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, y de los que acrediten tanto la participación punible como la inocencia del imputado. Debe proteger a la víctima pero también es interviniente en el proceso penal desde el momento en que tomando conocimiento de un hecho que pueda constituir un delito, debe, de oficio, plantear la acción penal como herramienta de la persecución penal del imputado que da origen al proceso penal.

D.- Que así planteadas las cosas no se entiende como podría haberse incurrido en violación del debido proceso de las garantías del Ministerio Público. Si bien es cierto que la Constitución asegura a todas las personas, incluso las públicas, la garantía de que la sentencia dictada esté fundada en un proceso previo legalmente tramitado seguido conforme a un procedimiento e investigación racionales y justos, no es menos verdadero que en materia de persecución penal la Constitución ha querido conceder esta garantía a quien es perseguido por el Estado y no a su órgano persecutorio, máxime cuando este tiene una organización constitucional propia donde no se le concede. En efecto valerse de un principio que defiende al hombre perseguido penalmente y que le asegura la protección y la igualdad frente a la actividad todopoderosa del Estado que ejerce la potestad de castigar, para anular un fallo absolutorio, porque quien persigue tenga derecho a que le aplique el principio del debido proceso, parece dudoso.

Anular tal fallo con el objeto de aplicar una pena en virtud de otorgarle al Ministerio Público una garantía constitucional que no posee, no es posible.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Sr. Rubén Ballesteros Cárcamo.

Rol Nº 3556-07.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y Hugo Dolmestch U.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- **Declara que los artículos 261, 262 y 264 del Código Penal describen con claridad el núcleo central del tipo delictivo cumpliendo con el principio de legalidad.**

Tribunal: Tribunal Constitucional.

Resumen:

Por una causa seguida ante un Tribunal de Garantía se presentó un recurso por inconstitucionalidad solicitando se declarara la inaplicabilidad de los artículos 261, 262 y 264 del Código Penal por estimar que infringían la igualdad ante la ley y la justicia, afectaban derechos en su esencia y vulneraban el principio de la legalidad por ser preceptos que adolecerían de una tipicidad deficiente. El Tribunal Constitucional rechazó el recurso señalando, respecto de los tres primeros puntos, que los requirentes no habían dado cumplimiento a la exigencia de señalar en forma precisa la cuestión de constitucionalidad, los vicios y el modo en que se vulneraban los derechos constitucionales. En cuanto a la supuesta falta de tipicidad, además de adolecer de la misma falta previa, señaló que la cuestión planteada más bien se encontraba referida a la forma de interpretar la expresión "otras autoridades" y no a una cuestión de constitucionalidad, por cuanto los artículos impugnados describían de manera completa tanto el delito como los sujetos activos y pasivos. Agregó que la significación jurídica que se hubiere de fijar respecto de la expresión "autoridad" cae dentro de la función interpretativa de los jueces del fondo.

Texto completo:

Santiago, catorce de agosto de dos mil siete.

Vistos:

1°. Que con fecha 26 de julio de 2007, Mercedes Paillalef Moraga y Carolina Maciel Landero Calfunao, han formulado acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 261 N° 2, 262 Y 264 del Código Penal, en la causa RIT N° 6759-2006, Ruc N° 0600810776-7, del Juzgado de Garantía de Temuco;

2°. Que, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93 N° 6 de la Constitución, es atribución de este Tribunal "Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución ";

3°. Que el artículo 93 inciso decimoprimero de la Constitución establece que en tal caso "corresponde a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.";

4°. Que, para los efectos de declarar la admisibilidad de la cuestión sometida a su conocimiento, esta Sala debe determinar que concurran los siguientes requisitos: a) que se indique la existencia de una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial; b) que la aplicación del precepto legal en cuestión pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto; c) que la impugnación esté fundada razonablemente; y d) que se cumplan los demás requisitos legales;

5°. Que, a fojas 21, en el considerando número 4, esta Magistratura declaró lo siguiente:

"Que la requirente alega vulnerados los numerales 2°; 3°, e inciso octavo; y N° 26, del artículo 19 de la Constitución Política. Respecto de la igualdad ante la ley, de la igualdad ante la justicia y de la prohibición de afectar los derechos en su esencia el libelo se limita a transcribir los preceptos

constitucionales, sin señalar en forma precisa la cuestión de constitucionalidad ni el vicio o vicios que se aducen, ni el modo en que se habrían producido, por lo que, en este sentido, no se cumplen los requisitos del artículo 39 transcrito en el considerando anterior. En lo que respecta al principio de legalidad, contenido en el inciso octavo del numeral tercero del artículo 19 de la Carta Fundamental, se contemplan algunas especificaciones, pero que mas bien se refieren al alcance que debe darse a las voces "las otras autoridades", contenidas en el artículo 264 del Código Penal, cuestión que se presenta como un problema de interpretación del precepto legal aplicable y no relativo a su constitucionalidad; por lo que, respecto de esta norma ius fundamental, tampoco puede estimarse que se encuentran cumplidos los requisitos para admitirla a tramitación:";

6°. Que a fojas 33, el requirente formula una solicitud en que "cumple con lo ordenado y subsana los defectos del requerimiento";

7°. Que examinada dicha presentación, se constata que ella no aporta fundamento o argumentación alguna adicional a los planteados en el requerimiento, en relación a las cuestiones de constitucionalidad referidas a la igualdad ante la justicia y a la prohibición de afectar los derechos en su esencia, de suerte tal que se mantiene inalterable la omisión de señalar en forma precisa la cuestión de constitucionalidad y los vicios que se aducen, ni el modo en que se habrían producido;

8°. Que, si bien el citado escrito de complementación contiene una más amplia fundamentación del eventual atropello del principio de tipicidad, ella no se traduce en una precisión de la cuestión de constitucionalidad respectiva e incurre, nuevamente, en el mismo error del requerimiento, esto es, plantear un problema de interpretación del precepto legal aplicable y no relativo a su constitucionalidad;

9°. Que el artículo 264 de Código Penal, que se estima infringido, contiene dos figuras delictivas: en su inciso primero, castiga el delito de amenaza y, en el segundo, el de perturbar gravemente el orden, ambos producidos durante las sesiones o audiencias de los órganos que indica;

10°. Que, sin embargo, el libelo no especifica cuál de los dos preceptos solicita que se inaplique, lo que es bastante para decidir que es inadmisible;

11°. Que, en relación a la materia estrictamente planteada por el requerimiento y su ampliación, esto es, la infracción al principio de legalidad en su expresión de tipicidad, cabe tener en cuenta que manifiestamente los artículos 261, 262 y 264 del Código Penal describen con claridad el núcleo del tipo delictivo, señalando, pormenorizadamente, a los sujetos activos y pasivos y las conductas incriminadas, de suerte que un reproche a su respecto es infundado;

12°. Que, por último, los términos "autoridad", "autoridad pública" "u otra autoridad en el ejercicio deL cargo" son elementos de un tipo suficientemente explicado, cuya significación jurídica incumbe fijar, en el caso, al juez de la causa en la función interpretativa que naturalmente le incumbe. No es esta Magistratura la encargada de determinar el sentido y alcance de esa norma legal, pues le corresponde únicamente discernir si la aplicación de tal precepto es o no contrario a la Constitución;

13°. Que, en las circunstancias descritas, el requerimiento y su ampliación no se encuentran razonablemente fundadas y, por ende, será declarada inadmisible.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 6°, 7° y 93 inciso primero N° 6 e inciso decimoprimero de la Constitución Política de la República,

SE DECLARA, resolviendo la petición principal de 26 de julio de 2007, que es inadmisible el requerimiento de inaplicabilidad deducido.

Al primer, por acompañados los documentos.

Al segundo y tercer otrosí, estése al mérito de autos.

Al cuarto otrosí, téngase presente.

Notifíquese por carta certificada.

Rol N° 824-2007.

Se certifica que el señor Ministro don Juan Colombo Campbell concurrió al acuerdo de la resolución, pero no firma por encontrarse ausente haciendo uso de su feriado.

Pronunciada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente Juan Colombo Campbell y los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Jorge Correa Sutil y Enrique Navarro Beltrán.

Autoriza el Secretario del Tribunal, don Rafael Larrain Cruz.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

- **Declara que los fiscales del Ministerio Público son funcionarios públicos y que por expresa disposición del artículo 84 de la ley 19.640 están autorizados para asociarse gremialmente.**

Órgano: Contraloría General de la República.

Resumen:

Respondiendo a la solicitud de pronunciamiento del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción respecto a la posibilidad de los fiscales del Ministerio Público de constituir una asociación gremial, la Contraloría señaló que aquellas personas que se desempeñen en organismos del Estado son funcionarios públicos, y siendo el Ministerio Público un órgano del Estado, tanto sus funcionarios como sus fiscales son también funcionarios públicos. Agregó que si bien, dado lo preceptuado en el artículo 36 del DL N° 2.757 de 1979, los funcionarios públicos tienen prohibición de asociarse gremialmente, esta prohibición no rige para los funcionarios y fiscales del Ministerio Público dado lo estatuido en el artículo 84 de la ley 19.640, norma particular que goza de prevalencia respecto del DL señalado.

Texto completo:

El Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción se ha dirigido a esta Contraloría General, solicitando un pronunciamiento que precise si existe algún impedimento para que los fiscales del Ministerio Público constituyan una asociación gremial, conforme a las disposiciones del DL N° 2.757, de 1979, por cuanto, a su juicio, la norma contenida en el artículo 36 de dicho texto legal se encontraría en pugna con lo previsto en el artículo 84 de la ley N° 19.640, al disponer que "la presente ley no es aplicable a las asociaciones de funcionarios públicos", ya que en este último se señala que "los fiscales sólo podrán participar en asociaciones gremiales".

Además, la aludida Secretaría de Estado acompaña un informe jurídico, en el que se cuestiona la calidad de funcionarios públicos de los fiscales del referido organismo, atendido a que en el citado artículo 84 se hace una clara distinción entre los fiscales y el resto de los funcionarios de la mencionada entidad.

Sobre el particular y como cuestión previa, es forzoso hacer presente que de conformidad con lo previsto en el artículo 71 de la ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, "no se aplicarán al Ministerio Público las disposiciones legales que rigen la acción de la Contraloría General de la República, salvo en aquellas materias en que la presente ley requiera expresamente de la intervención del Órgano Contralor".

Por su parte, en el inciso tercero del artículo 65, de la mencionada ley N° 19.640, se previene que "la Contraloría General de la República informará a la autoridad que haya efectuado el nombramiento las incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones sobrevinientes de los fiscales y funcionarios, que lleguen a su conocimiento".

Del precepto recién citado, puede advertirse que en materia de incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones, el legislador le ha otorgado competencia a esta Entidad Fiscalizadora, para los efectos de informar a la autoridad cuando se estime que un servidor del Ministerio Público pueda verse afectado por alguna de aquéllas.

En este sentido y para los efectos antes anotados, resulta necesario que este Órgano Superior de Control analice e interprete la normativa que sobre la materia se contiene en los mencionados cuerpos legales, toda vez que ello implica en último término, emitir un pronunciamiento respecto de alguna incompatibilidad o prohibición que pueda afectar a los citados servidores y, para lo cual, según ya se expresó, esta Entidad Fiscalizadora posee plenas atribuciones.

Efectuada dicha precisión, se hace necesario referirse a la naturaleza jurídica que poseen los fiscales del Ministerio Público, atendido a que ello resulta indispensable para otorgar una adecuada solución al tema en estudio.

Al respecto, cabe hacer presente que, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de este Órgano de Control, contenida entre otros, en los dictámenes N°s. 84.468, de 1972; 52.682, de 1976 y 16.164, de 1994, los trabajadores que se desempeñan en organismos del Estado tienen la calidad de servidores públicos, cualesquiera que sean las normas que regulen sus vinculaciones con la respectiva entidad.

En relación con lo expresado y considerando que el Ministerio Público es un órgano del Estado, encargado de cumplir una función pública, la que se encuentra sujeta a un régimen de derecho público y que para su cumplimiento se le ha dotado de recursos y bienes que conforman un patrimonio público, no cabe duda de que los fiscales que se desempeñan en la referida entidad estatal tienen la calidad de funcionarios públicos.

En este contexto, resulta útil consignar que de acuerdo con lo previsto en el artículo 72 de la aludida ley N° 19.640 y en el que se contiene la planta de personal del Ministerio Público, en dicho organismo existen dos categorías de servidores, los fiscales y los funcionarios, lo que no significa que entre ellos exista diferencia en cuanto a su calidad de servidores públicos, puesto que, atendido lo antes anotado, ambos participan de esa naturaleza.

Precisado lo anterior, es dable señalar que en el artículo 36 del DL N° 2.757, de 1979, que establece normas sobre asociaciones gremiales, se dispone que "la presente ley no es aplicable a las asociaciones de funcionarios públicos".

En relación con la referida disposición legal, esta Entidad Fiscalizadora ha señalado reiteradamente, entre otros, en sus dictámenes N°s. 17.799, de 1986 y 24.183, de 1993, que no resulta procedente que los servidores públicos, en su calidad de tales, constituyan asociaciones gremiales regidas por el referido decreto ley.

Sin embargo, tratándose de los fiscales del Ministerio Público ello no resulta válido, ya que de acuerdo con lo previsto en el inciso segundo del artículo 84 de la aludida ley N° 19.640, "los fiscales sólo podrán participar en asociaciones gremiales, pero ellas, sus miembros o directivos no podrán influir o inmiscuirse, de modo alguno, en el ejercicio de las atribuciones o facultades que la Constitución y la ley encomiendan a los fiscales".

Del citado precepto legal, se desprende que respecto de los mencionados servidores, el legislador efectuó una excepción a la norma contenida en el artículo 36 del indicado decreto ley –con las limitaciones que indica–, por lo que debe primar por sobre esta última disposición.

En efecto, la norma prevista en el citado artículo 84, posee carácter de especial respecto de la contenida en el aludido artículo 36, ya que, a diferencia de esta última –que afecta en forma general a los empleados públicos–, en aquélla se determinó de manera particular y concreta la situación de los fiscales del aludido organismo, por lo que debe prevalecer sobre la norma general.

Por consiguiente, cabe manifestar que, atendido el carácter de especial de la disposición contenida en el inciso segundo del artículo 84 de la ley N° 19.640, no existe impedimento para que los fiscales del Ministerio Público puedan constituir una asociación gremial, conforme a las disposiciones del DL N° 2.757, de 1979, con las limitaciones, por cierto, que el mismo precepto establece.

II
Sentencias Comentadas

Boletín del Ministerio Público

Titularidad de la exclusión de pruebas y valoración de la prueba rendida

Silvia Peña Wasaff
Abogada Asesora Fiscalía Nacional
Ministerio Público

Sentencia:

Santiago, a doce de junio de dos mil siete.

Vistos:

En estos autos rol único 0600432184-5 e interno del tribunal 8 – 2007 se registra la sentencia dictada, en procedimiento ordinario de acción penal pública, por el Tribunal de Juicio Oral de San Antonio de diecisiete de marzo de dos mil siete, por la cual se condenó a Patricio Andrés Ortiz Gutiérrez y a Ernesto Osvaldo Gómez Gutiérrez, a sufrir cada uno ocho años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales pertinentes, y al pago de las costas de la causa por partes iguales, por su responsabilidad de autores del delito consumado de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, modalidad escalamiento, previsto y sancionado en los artículos 432 y 440, N° 1°, ambos del Código Penal, perpetrado el veintidós de mayo de dos mil seis, en la comuna de San Antonio.

En contra de este veredicto los defensores penales Alejandro García García, en representación del encartado Ernesto Osvaldo Gómez Gutiérrez; y Víctor Demaría Varas por el imputado Patricio Andrés Ortiz Gutiérrez, dedujeron sendos recursos de nulidad, sustentándose aquél en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en concordancia con el artículo 19, N° 3°, de la Constitución Política de la República, por no haberse observado la garantía del debido proceso. En tanto que el segundo, lo fue por el motivo de invalidación consagrado en el literal e) del referido artículo 374, en conexión con los artículos 342, letra c), y 297 del Código Procesal Penal.

Instan a que, acogido cualquiera de las causales de nulidad planteadas, se decrete la anulación del juicio oral y su fallo respectivo, determinando el estado en que quedará el procedimiento y ordenando la inmediata remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda para la celebración de un nuevo pleito, considerando los elementos probatorios que se dicen ilegalmente excluidos.

Este tribunal estimó admisibles los recursos, dispuso pasar los autos al señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la vista de la nulidad impetrada, según aparece de fojas 92.

La audiencia pública se verificó el veintitrés de mayo recién pasado, con la concurrencia y alegatos de los letrados señores Fernando Mardones Vargas y Cristián Arias Vicencio, en representación de ambos convictos, por sus respectivos recursos, y el abogado Sr. Hernán Ferrera Leiva, por el Ministerio Público y luego de la vista del recurso, se citó a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta que obra a fojas 101.

Considerando:

PRIMERO: Que el recurso que rola de fojas 42 a 65, descansa en la letra a) del artículo 373 del estatuto procesal penal, el que dispone su procedencia si en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y en actual vigor, concretando el defecto en la inobservancia a la salvaguardia fundamental del debido proceso garantizada por el artículo 19, N° 3°, inciso quinto, de nuestra Carta Magna.

SEGUNDO: Que por ese recurso se reclama que se conculcó el debido proceso en la vertiente de legalidad de los actos del procedimiento, esto porque en la audiencia de juicio oral se vio impedido se presentar prueba de descargo vulnerando el principio ya señalado, al excluirse prueba sin razón legal. Expresa que el Juez de Garantía de San Antonio, Sr. Darwin Bratti la denegó por impertinente, confundiendo gravemente el derecho a controlar la prueba

de cargo con la de presentar la de descargo, y que consistía en determinar la real motivación de las declaraciones del testigo presencial Orellana Santis; lo anterior, mediante dos testimonios ofrecidos en la audiencia de preparación del juicio oral que pretendían desacreditar sus dichos.

TERCERO: Que, además se excluyó en igual etapa intermedia la prueba pericial del asesor criminalístico Sr. Juan Retamales Pardo, así como las fotografías contenidas en su informe, las que se desecharon porque la defensa habría efectuado labores investigativas, función que es exclusiva del Ministerio Público. Ambas decisiones quebrantaron el derecho a desarrollar una averiguación propia por parte de la defensa y, en todo caso, no son causales legales de exclusión, conforme surge del artículo 276 del Código Procesal Penal, por lo que ninguna de las probanzas excluidas era manifiestamente impertinente. Es mas, resultaban necesarias para la adecuada resolución del asunto, lo que hubiera llevado a dictar sentencia absolutoria respecto del encausado Gómez Gutiérrez.

CUARTO: Que, por lo anteriormente reseñado, asevera que ha sido violentado el artículo 19, Nº 3°, inciso 5º, de la Carta Fundamental al haberse impedido a la defensa el derecho a producir prueba de descargo, mediante la aplicación de motivaciones no comprendidas en el artículo 276 del Código Procesal Penal, desconociendo asimismo los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental. En otro acápite se aduce que se ha atropellado también el derecho de la defensa a producir prueba, amén de haberse expropiado la ofrecida, como corolario de errónea resolución del juez de garantía, no fue posible rendir la de descargo en la audiencia de juicio oral correspondiente, esto al excluir los dos atestados destinados a desacreditar los asertos del único testigo presencial, cuyo objetivo fue perjudicar al enjuiciado y a su hermano, con el argumento de la posibilidad del contraexamen de los mismos, que apunta al control de la prueba de cargo. A su tiempo, respecto de la prueba pericial y las fotografías agregadas al mismo, por concluir que eran diligencias de investigación privativas del Ministerio Público, lo que se opone a los tratados internacionales suscritos por Chile, en consonancia con el derecho a producir prueba de descargo.

QUINTO: Que ese reconocimiento se encuentra no sólo en la legislación interna, desde que se tiene el derecho a levantar una tesis alternativa a la del ente persecutor y que sólo puede obtenerse por medio de diligencias de investigación que la propia defensa puede desarrollar. Así ocurre en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14.3, letra e), y en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 8.2, ordinal f), por lo que considera que se ha actuado en discordancia con lo que prescriben esas normas, tornando el procedimiento en arbitrario e injusto, desde el momento mismo que se privó a la defensa de la posibilidad de presentar prueba de descargo.

SEXTO: Que, finalmente, este compareciente solicita que se declare la nulidad de la sentencia y del juicio oral respectivo por el ordinal esgrimido, al excluirse en la audiencia de preparación del juicio oral, prueba de la defensa, violando el debido proceso, disponiendo la remisión de los antecedentes al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, para que se proceda a realizar un nuevo juicio oral, ordenando que se reciba la prueba testifical, pericial y material ofrecida, y en ese nuevo litigio se dicte un fallo que se ajuste a derecho.

SÉPTIMO: Que, el segundo recurso de nulidad, que figura de fojas 67 a 79, se construye en función al artículo 374, literal e), del Código Procesal Penal, en armonía con los artículos 342, letra c), y 297 del mismo ordenamiento, referidos a los motivos absolutos de nulidad, el contenido de la sentencia, y a la valoración de la prueba, puesto que el tribunal debe hacerse cargo en la fundamentación de toda la prueba producida; no obstante ello, el dictamen, al valorar se apartó de los principios de la lógica,

máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. En particular no se dan las razones para establecer adecuadamente cómo logra alcanzar el convencimiento, mas allá de toda duda razonable, respecto a la forma en que la policía encuentra al único testigo de cargo Orellana Santis, ni cómo logra ver algo desde su ubicación, lo que era imposible, debido a la topografía del terreno y la colocación en la que él señaló haberse hallado el día de los hechos.

Posteriormente, se cita el basamento décimo cuarto del pronunciamiento, en relación a los dichos de Oroz Cáceres, concluyendo que queda en evidencia que el tribunal oral se apartó de los principios de la lógica, constituida por la coherencia, derivación, identidad y contradicción, no fundamentando las reglas ya aludidas, en cuanto a que su motivación no está compuesta por un conjunto de raciocinios coherentes entre sí, sino que más bien se oponen. Tampoco se hace cargo de toda la prueba producida en la audiencia y mucho menos de esta esencial prueba testifical que ciertamente impide formarse la convicción mas allá de toda duda razonable en torno a la participación de Ortiz Gutiérrez y su hermano en un delito por el cual se les impuso un castigo de ocho años de presidio; lo mismo ocurre respecto de los atestados de Francisco Orellana Santis.

OCTAVO: Que toda falta de fundamentación en la sentencia va en contra de lo que se ha fijado por la doctrina, así como del propio mensaje del nuevo Código Procesal Penal, al no valorar en su totalidad la prueba producida en la audiencia; en tanto que las partes que si lo fueron, esta apreciación fue parcial y con transgresión de los supuestos en el artículo 297 del Código Procesal Penal, toda vez que no cumple con el requisito de la letra c) del artículo 342, y adolece del vicio de nulidad del ordinal e) del artículo 374 del mismo texto, al no explicitar cómo y de que manera llega a la convicción –mas allá de toda duda razonable-, acerca de la participación de Ortiz Gutiérrez y de su hermano en los hechos indagados.

Pide, por último, que se declare la nulidad del juicio y de la sentencia en él pronunciada, ordenando la remisión de los antecedentes al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio a objeto que se realice un nuevo juicio oral por el tribunal no inhabilitado que corresponda, donde se valore adecuadamente la prueba producida en la audiencia y, en consecuencia, se absuelva a su defendido de la acusación librada en su contra.

NOVENO: Que el recurso de nulidad, de carácter absolutamente extraordinario, especial y de derecho estricto, ha sido contemplado por nuestro legislador para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, por contravenciones precisas y categóricas cometidas, ya sea en la tramitación de la litis criminal o en el pronunciamiento del veredicto, abriendo paso a una solución de ineficacia de los actos procesales que se han realizado sin cumplir con aquellas formalidades que amparan el cumplimiento del principio constitucional que obliga al legislador a regular un procedimiento o investigación racionales y justos.

DÉCIMO: Que, por lo que toca al primer medio de impugnación, consta de los antecedentes y de la prueba rendida en la presente audiencia, que el momento en que se produciría la inobservancia se sitúa al celebrarse la audiencia de preparación del juicio oral ante el respectivo juez de garantía, relativa al rechazo de prueba testimonial, pericial y documental referida a fotografías del correspondiente informe anterior, en la que se expusieron como motivaciones para no ser aceptadas, el que las declaraciones de los testigos ofrecidos por la defensa no versarían sobre los hechos de la acusación, sino que por una supuesta enemistad que uno de los testigos presentados por el Ministerio Público tendría con el imputado Gómez Gutiérrez, con el fin de desacreditar sus dichos, la que igualmente se podría realizar mediante la interrogación

y contrainterrogación pertinente, alegando como asidero legal el artículo 276 del Código Procesal Penal; mientras que respecto de las otras dos probanzas, también las declaró impertinentes, puesto que el informe de peritos supone la presencia de un tercero ajeno al pleito, quien coadyuva a los jueces con los conocimientos específicos que posee de una determinada ciencia o arte de los cuales los sentenciadores carecen, y el producido en autos, se enmarcó dentro de las diligencias que sólo el Ministerio Público puede realizar, con arreglo al mandato legal y constitucional, que lo obliga a averiguar con objetividad tanto lo que se refiere al hecho punible o acreditar la inocencia del imputado, planteando para esta decisión los artículos 3°, 77 y 180 del Código Procesal Penal, al no versar la prueba ofrecida sobre un conocimiento específico, sino que se trató de un acto de instrucción, la declaró impertinente y, por consiguiente, el set fotográfico que se incorporaba al mismo.

UNDÉCIMO: Que de lo expuesto es posible concluir que en la oportunidad referida, se excluyó en forma legal y adecuada por las motivaciones ya descritas, la prueba ofrecida por la defensa de Ernesto Gómez Gutiérrez, actividad que el artículo 276 del Código Procesal Penal permite expresamente para la exclusión de pruebas para el juicio oral, exigiendo que luego de examinarlas y escuchar a los intervinientes, podrá ordenar fundadamente que no se incluyan para ser rendidas en el litigio, asilado como motivo el que sean manifiestamente impertinentes y las que tienden a acreditar hechos públicos y notorios.

DUODÉCIMO: Que de los antecedentes y normas que sehan revisado en las reflexiones precedentes, se infiere que en lo que concierne a la prueba testifical ofrecida por la defensa de Gómez Gutiérrez, claramente se trataba de aspectos que podían ser perfectamente aclarados en la interrogación y contrainterrogación del deponente, cuyos dichos eran cuestionados, de tal forma que no se le privó de la oportunidad procesal de verificar la supuesta enemistad con tal declarante e hizo bien el tribunal de garantía respectivo en excluirla por impertinente. En tanto, que en lo que atañe al informe pericial y set fotográfico, aparece de modo evidente de lo ya analizado precedentemente, que no se persigue por el mismo el desarrollo de un trabajo relativo a un conocimiento determinado del que los jueces no poseen, ya que como la propia defensa lo sostiene, se pretende demostrar que el testigo presencial no pudo observar lo que asegura haber visto, punto que claramente puede ser percibido y resuelto por los sentenciadores, tarea que en ningún caso requiere de una pericia, e igualmente puede ser manifestado a través de los medios legales en la audiencia del juicio oral, razones suficientes para desestimar el primer recurso de nulidad.

DÉCIMO TERCERO: Que el otro de los recursos (fojas 67 a 79), está basado en la letra e) del artículo 374, en cuanto la sentencia de autos omitió el artículo 342, literal c), respecto del contenido de la sentencia, destacando como aspecto violentado el correspondiente a la valoración de los medios de prueba, los que no pueden contradecir los principios de la lógica, máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, de acuerdo lo señala el artículo 297, todos del Código Procesal Penal. En definitiva, lo que se cuestiona es la valoración de las probanzas que se habría apartado de los cánones de la sana crítica, en conexión con determinar la ubicación del único testigo presencial, cómo logra apreciar a su defendido y a su hermano en el sitio del suceso, acreditando por lo tanto, con las deficiencias denunciadas, la participación culpable de ambos inculpados en su considerando décimo cuarto.

DÉCIMO CUARTO: Que en este capítulo, lo que el impugnante procura es una revisión completa de los hechos que fueron apreciados por los falladores, lo que aparece absolutamente vedado para estos sentenciadores, por cuanto, como ya se ha dicho, este tribunal no constituye instancia para rever los antecedentes de hecho, pudiendo solamente pronunciarse acerca de

la existencia de algún vicio de nulidad con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, siendo los jueces del tribunal oral soberanos para valorar la prueba que se presenta ante ellos y tienen como únicas restricciones el respeto de los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, inexactitud que en la especie no se advierte y tampoco se denuncia la existencia de alguna prueba ilegalmente rendida, por lo que queda fehacientemente comprobado, tal como se lee en el razonamiento undécimo de la sentencia en análisis, "…que el 22 de mayo de 2006, alrededor de las 12:00 horas, los acusados Ernesto Osvaldo Gómez Gutiérrez y Patricio Andrés Ortiz Gutiérrez, ingresaron al domicilio ubicado en calle Lord Cochrane N° 575, cerro Arena, San Antonio, de propiedad de doña Isabel del Carmen Fuentes Guzmán, escalando el cierre perimetral del inmueble, y una vez en el patio, ingresaron por una ventana a la vivienda, recorriendo las distintas dependencias desde donde sustrajeron las siguientes especies pertenecientes a la víctima y demás moradores: un equipo DVD, diversas joyas, $20.000 en dinero efectivo, un alisador de pelo, un secador de pelo, un Play Station, un par de zapatillas, una mochila color café, una cédula de identidad y vestuario en general, para luego darse a la fuga con las especies en su poder."

Es así como la convicción del tribunal, más allá de toda duda razonable, sobre la perpetración de un delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, es un asunto radicado en el fuero interno de los dirimentes llamados a conocer de una determinada materia, sin que esta Corte tenga la facultad de anular, por ese motivo, el juicio que ellos han sido llamados a resolver, ya que dicha decisión emana del ámbito de su propia conciencia, previo un conocimiento exhaustivo y directo de los hechos.

DÉCIMO QUINTO: Que el cuestionamiento de las expresiones de Juan Carlos Oroz Cáceres, funcionario policial a cargo de las pesquisas, se explica adecuadamente, según se recoge de la consideración duodécima, en donde también se demostró la forma de ingreso al inmueble afectado; para en el décimo cuarto, precisar la maneraen que tomó conocimiento de la existencia del testigo presencial, lo que fue corroborado con las afirmaciones del propio Orellana Santis, en orden a concluir que vio a los incriminados sacando especies desde el inmueble afectado el día de los hechos, reconociendo a los dos hechores presentes en la sala de audiencia del juicio oral, testimonios respecto de los cuales ambas defensas tuvieron la posibilidad de contrastar, asunto que fue latamente analizado en las consideraciones décimo cuarta y décimo quinta del laudo censurado.

DÉCIMO SEXTO: Que, a mayor abundamiento, el hecho que el recurrente no esté de acuerdo con las reflexiones y conclusiones adoptadas por los jueces del fondo, en ningún caso autorizan la procedencia del recurso de nulidad, pues al no existir anomalía formal alguna, los sentenciadores son soberanos en la apreciación de la prueba, y no comprobándose la existencia de las imperfecciones delatadas, ni apreciándose otros errores, hacen concluir que el arbitrio intentado en cuanto persigue tener por configurado el vicio de nulidad denunciado, carece de base legal y, por ende, también este medio tendrá que ser desestimado.

Por estas consideraciones y lo estatuido en los artículos 372, 373, letra a), 374, letra e), 376 y 384 del Código Procesal del ramo, **SE RECHAZAN** los recursos de nulidad entablados de fojas 42 a 65, y 67 a 79, por los defensores penales Alejandro García García, en representación del agente Ernesto Osvaldo Gómez Gutiérrez, y el de Víctor Demaría Varas, por Patricio Andrés Ortiz Gutiérrez, en contra de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de San Antonio, el diecisiete de marzo recién pasado, que corre de fojas 1 a 41 de este cuaderno, la que, en conclusión, no es nula.

Regístrese y devuélvanse.

Redacción del Ministro señor Rodríguez Espoz.

Rol N° 1646-07.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el Abogado Integrante Sr. José Fernández R. No firma el Ministro Sr. Chaigneau y el abogado integrante Sr. Fernández, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con licencia médica y ausente, respectivamente.

Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro.

COMENTARIO:

El fallo de nulidad pronunciado por la Corte Suprema el 12 de junio en curso, tiene, en mi opinión, la doble importancia de haber desechado los recursos de nulidad interpuestos por la defensa de los dos condenados, y haber fijado con claridad el alcance de las causales invocadas, a saber, la exclusión de pruebas ofrecidas por los acusados, en el marco del debido proceso, y la valoración de la prueba rendida, en relación con el art. 374, letra e).

En cuanto a lo primero, la Corte sostiene que la exclusión de pruebas ordenada por el juez de garantía en la audiencia de preparación del juicio oral, por estimarlas impertinentes, es perfectamente legal y, en consecuencia, no vulnera el debido proceso. Esta decisión viene a confirmar el criterio de que el Ministerio Público está legitimado para solicitar la exclusión de pruebas, en los casos en que ésta se encuadre en algunas de las situaciones previstas en el art. 276 del CPP, de manera que no se trata de una prerrogativa exclusiva del imputado, como algunos han sostenido.

En lo que atañe a la causal del art. 374, letra e), en relación con el art. 342, letra c), la interpretación que hace la Corte nos parece menos afortunada, por cuanto ella refleja un enfoque excesivamente formalista de la causal, reduciendo así considerablemente la utilidad del recurso de nulidad para corregir los errores y posibles abusos que se cometan en la sentencia al valorar la prueba rendida. En nuestra opinión, la referencia que hace el art. 342, letra c) al art. 297, no puede entenderse como la mera verificación de que los jueces valoraron en alguna forma la prueba, sino que comprende también la constatación de si esa valoración respetó las limitaciones impuestas por esta última disposición, con la clara finalidad de evitar que los jueces efectúen una valoración antojadiza o arbitraria de la prueba. De lo contrario dichos límites carecerían de toda fuerza jurídica, ya que quedarían entregadas a la mera "conciencia" de los jueces, como literalmente señala la Corte Suprema, con lo cual la citada norma pasa a ser letra muerta. Esto me parece bastante grave, porque significaría que la justicia penal en Chile no cumple con las exigencias de los tratados internacionales, en el sentido de que las sentencias penales sean revisadas por un tribunal superior, revisión que obviamente no puede limitarse a los aspectos formales, sino que debe significar un esfuerzo verdadero por alcanzar un mínimo aceptable de justicia material.

Comentario de fallo de la Corte de Copiapó sobre exclusión de pruebas en procedimiento simplificado

Silvia Peña Wasaff
Abogada Asesora Fiscalía Nacional
Ministerio Público

Sentencia:

Copiapó, once de mayo de dos mil siete.

Vistos y Considerando:

PRIMERO: Que el Ministerio Público ha deducido recurso de apelación en contra de la resolución del señor Juez de Garantía de esta ciudad, don Pablo Vergara Lillo, por cuanto en la audiencia de preparación del juicio simplificado, procedió a excluir diversas pruebas que fueron ofrecidas por la señora Fiscal de la causa, a saber: las declaraciones de cuatro testigos y un set de siete fotografías procedentes del informe pericial de sitio del suceso.

El señor Juez de Garantía excluyó tales pruebas, fundándose en que la misma deriva de una orden de investigar los hechos, expedida una vez que la señorita Fiscal presentó el requerimiento en procedimiento simplificado, respecto del cual el imputado no admitió responsabilidad en los hechos, lo que afecta su derecho de defensa, razonando sobre la base que, con conocimiento previo de que el Ministerio Público haría uso de las prueba excluidas, otra pudo ser su decisión con relación a la admisión de responsabilidad.

SEGUNDO: Que en su alegato, el señor Defensor Penal Público, además de pedir la inadmisibilidad del recurso, respecto del fondo del asunto, solicitó la confirmación de la resolución, indicando que efectivamente la prueba excluida fue obtenida con vulneración de las garantías fundamentales que indicó.

TERCERO: Que, en lo que dice relación con la petición de inadmisibilidad del recurso planteada por el señor Defensor, la misma se sustenta en que la exclusión de pruebas en un procedimiento simplificado se regula por las normas de la nulidad procesal, particularmente los artículos 160 y 163 del Código Procesal Penal, mas no por las normas sobre exclusión contenidas en los artículos 276 y 277 de dicho cuerpo legal, de modo que resulta improcedente deducir un recurso de apelación sustentado en esta última norma, añadiendo que las mismas no se aplican supletoriamente al procedimiento simplificado, sino, exclusivamente, las referidas al juicio oral contenidas en el Libro II del Código. De lo anterior colige que no se está ante ninguna de las hipótesis que permiten deducir un recurso de apelación contempladas en el artículo 370 del Código de Enjuiciamiento Criminal.

La petición de inadmisibilidad no puede prosperar.

Por lo pronto, porque la norma de reenvío al procedimiento ordinario no se limita, como lo pretende ver el señor defensor, a las normas del juicio oral, sino a la totalidad de dicho procedimiento. En efecto, el artículo 389 del Código Procesal Penal, expresamente dispone que el procedimiento simplificado se regirá, en lo no previsto por el título respectivo, –Título I del Libro Cuarto– supletoriamente por el Libro Segundo del Código, en lo que se adecue a su brevedad y simpleza.

Dentro de este Libro se encuentran, precisamente, las normas sobre preparación del juicio y, particularmente, el artículo 277 que autoriza al Ministerio Público a impugnar vía recurso de apelación la resolución que excluye prueba por haberse obtenido con inobservancia de garantías fundamentales.

En segundo lugar, por cuanto no es efectivo que la prueba se excluyera o debiera excluirse en el procedimiento simplificado, por aplicación de las normas sobre nulidad procesal, y específicamente en virtud de lo dispuesto en los artículos 160 y 163 del Código, pues ello importaría el contrasentido de que, si así fuera, en este caso, jamás podría haberse excluido dicha prueba, en la medida que sólo son anulables, conforme a lo dispuesto en el artículo 159 del Código, las

actuaciones o diligencias judiciales defectuosas de procedimiento, al tiempo que la prueba ilícita en este caso proviene de actuaciones de investigación realizadas por el Ministerio Público sin intervención judicial alguna.

CUARTO: Que, en lo que dice relación con el fondo del asunto, debe consignarse que el señor Juez de la causa, durante la preparación del juicio, procedió a excluir la prueba ya indicada sobre la base que la misma habría sido obtenida una vez que el Ministerio Público presentó el requerimiento.

Así, la primera cuestión a resolver es determinar si el Ministerio Público puede, como lo indicó en su alegato la señorita fiscal, realizar actividades de investigación con posterioridad a la presentación del requerimiento.

Como primera cuestión debe convenirse que, en la lógica del juicio simplificado, conforme aparece en el artículo 395 bis del Código Procesal Penal, la preparación del juicio debe realizarse en la misma audiencia en que se interroga al imputado si admite responsabilidad en el requerimiento.

En este caso, por razones indeterminadas, la audiencia fue suspendida, luego de que el imputado no admitiera responsabilidad en los hechos, el día 12 de septiembre del año 2006, continuándose su realización recién el día 17 de abril del año en curso, de lo que sigue que sólo esa circunstancia, por lo demás no prevista en la ley, fue la que permitió al Ministerio Público investigar los hechos lo que, desde luego, asoma como anómalo.

Sin perjuicio de lo anterior, el proceso penal, cualquiera que sea el procedimiento de que se trate, tiene etapas claramente definidas: investigación, preparación y juicio, de modo tal que una vez clausurada una de ellas, la posibilidad de retrotraerse a la anterior sólo es posible en contadas ocasiones, como en el caso reapertura de la investigación en el caso extraordinario que prevé el artículo 257; la aceptación de la excepción de previo y especial pronunciamiento de la letra d) del artículo 264, o bien, en algunas hipótesis en que se acoja un recurso de nulidad, pero, salvo estas situaciones, dicha posibilidad está vedada, en la medida que, aún mediando una declaración de nulidad procesal, como expresamente lo prescribe el inciso tercero del artículo 165 del Código Procesal, se impide retrotraer el procedimiento a etapas anteriores.

En ese entendido, y resultando evidente que el requerimiento es la acusación del procedimiento simplificado, su presentación constituye la apertura de la etapa de preparación del juicio y la clausura de la etapa de investigación, de modo tal que, una vez que el mismo ha sido presentado y notificado, y más aún, comenzado a realizarse la audiencia prevista en la ley para la preparación y eventualmente para la realización del juicio, el que el Ministerio Público dispusiera la realización de diligencias genéricas de investigación, tales como despachar una orden de investigar los hechos e interrogar a testigos, constituye, en la práctica, retrotraer el procedimiento a una etapa anterior, lo que, como se dijo, se encuentra vedado en la ley, de manera tal que los antecedentes que así se recopilen tienen el carácter de irregulares.

Ciertamente que lo anterior no tiene el carácter de absoluto pues, clausurada la investigación, es posible aceptar que el Ministerio Público pueda desarrollar actividades específicas de investigación, en la lógica de pruebas no solicitadas oportunamente que pueden incorporarse válidamente al juicio prevista en el artículo 336 del Código. Así, tratándose de la prueba nueva a que se refiere el inciso primero de la señalada disposición, es posible admitir que el Ministerio Público despliegue alguna labor investigativa para corroborar algún dato específico y desconocido durante la etapa de investigación. En el caso de la prueba sobre prueba, contemplada en el inciso segundo de dicho artículo, también podría aceptarse que se despliegue actividad investigativa destinada a obtener prueba de legitimidad o refutación de la ofrecida por otros intervinientes, particularmente cuando la misma se relaciona con una teoría alternativa

que sólo se da a conocer vencida la etapa de investigación, mas, como se ve, se trata de cuestiones excepcionales que se desprenden de la lógica del sistema, mas no puede constituir una regla absoluta que signifique, cerrada la investigación, una virtual apertura de la misma que busca así, extemporáneamente, cumplir con los objetivos previstos para aquella etapa.

La circunstancia que, a propósito del procedimiento simplificado, el artículo 390 del Código disponga que recibida la denuncia de un hecho constitutivo de alguno de los ilícitos que lo hacen procedente, el fiscal del caso deba solicitar al juez de garantía, en forma inmediata, la citación a la audiencia respectiva, no significa, como lo insinuó la señorita fiscal en su alegato, que se trate de una alternativa única con lo que este procedimiento carecería, en la práctica, de etapa de investigación, pues la misma norma se encarga de precisar que ello ocurrirá cuando los antecedentes aportados sean suficientes, mas no cuando el ente persecutor entienda que se requiere investigar el hecho denunciado, caso en el cual, obviamente, debe abstenerse de presentar el requerimiento hasta desarrollar la actividad investigativa que sea pertinente, aplicando al efecto la normativa general contenida en el Libro II en lo que sea adecuada a la naturaleza del procedimiento.

Tampoco obsta a lo que se viene señalando, el que la ley, a propósito del requerimiento, a diferencia de la acusación del procedimiento ordinario, no contenga la exigencia de señalar detalladamente la prueba que se incorporará al juicio, pues de todas formas la letra e) del artículo 391 del Código Procesal Penal contempla la exigencia de señalar la exposición de antecedentes o elementos que fundan la imputación, lo que claramente dice relación con la expresión, al menos genérica, de los antecedentes investigativos que se han reunido y que son útiles para demostrarla, en términos de permitir a la defensa, vía juicio de probabilidad, en la medida que se encontrará latente en los mismos, determinar cuál es la prueba de cargo que el acusador empleará en un eventual juicio, lo que necesariamente se opone a la posición de la señorita fiscal en orden a que esta circunstancia le permitiría seguir investigando el hecho hasta la realización de la preparación del juicio, para así poder allegar pruebas de fuente distinta de aquellas que sirvieron de base al requerimiento.

QUINTO: Que si bien, esta prueba del Ministerio Público puede ser calificada como irregular, en la medida que fue obtenida fuera de la etapa prevista para ello, alterándose el procedimiento legal, para analizar la procedencia de su exclusión, corresponde determinar si la misma puede ser calificada de ilícita, en los términos del artículo 276 del Código Procesal Penal, esto es, si se consiguió con inobservancia de garantías fundamentales.

La respuesta a esa interrogante es positiva pues la actuación del Ministerio Público quebrantó la garantía de defensa del imputado.

En efecto, una de las manifestaciones del derecho de defensa es la de conocer el contenido de la imputación. La misma aparece consagrada en el artículo 8º de la Carta Americana sobre Derechos Humanos, en términos del derecho a la: "b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;", como asimismo en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto su artículo 14 Nº 3 establece que todo acusado tiene derecho: "a) A ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada en su contra;".

A su turno, el Código Procesal Penal también contempla esta garantía en el artículo 93, al establecer, en su letra a), el derecho del imputado a: "Que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputaren", y en su letra e), el de: "solicitar que se active la investigación y conocer su contenido,".

Manifestaciones de esta garantía son, entre otras, la formalización de la investigación que prevé el artículo 229, y las exigencias que deben contener la acusación y el requerimiento de

acuerdo a lo previsto en los artículos 259 y 391, del Código Procesal Penal.

De este modo, el derecho a conocer el contenido de la imputación, ampliamente reconocido en nuestro sistema procesal penal, debe permitir al imputado: "la posibilidad de conocer cuáles son los hechos que se le imputan y en virtud de qué pruebas se fundamenta dicha imputación. Esto implica que el imputado debe tener la mayor libertad posible para acceder a la información que se va acumulando a lo largo del procedimiento." (Alberto Binder, Introducción al Derecho Procesal Penal, págs. 157 y 158).

Si bien la garantía del conocimiento de la imputación se relaciona directamente con el ejercicio de la defensa material en el juicio, esto es: con miras a preparar las alegaciones, la confrontación de la prueba de cargo y la presentación de prueba propia en el juicio penal; no debe creerse que tiene ese único propósito, sino uno bastante más genérico, que dice relación con la adopción, durante todo el procedimiento, de las estrategias procesales que el imputado considere necesarias y adecuadas para la protección de sus intereses. Así, sólo en la medida que el imputado sea cabalmente informado de los hechos que se le atribuyen y los antecedentes o pruebas que son o pueden ser usadas en su contra, estará en condiciones de optar, dentro de las diversas alternativas que ofrece el sistema procesal, por aquella que juzgue más conveniente y sólo en esos términos, unido a la libre aceptación de sus consecuencias, podrá calificarse como legítima aquella que hubiere escogido.

En el caso que nos ocupa, el imputado, en conocimiento del requerimiento y los antecedentes de investigación que lo fundaban, fue preguntado por el señor Juez de la causa si aceptaba el requerimiento y los antecedentes que lo fundaban, mas optó por la realización del juicio.

Desde luego, si bien en una primera aproximación pudiere decirse que la aceptación del requerimiento, por regla general, supondrá una auto-incriminación, no es menos cierto que una eventual aceptación, según la situación procesal del imputado, puede conllevar ventajas procesales evidentes tales como: la prohibición de imponer una pena mayor a la señalada por el acusador, con la consiguiente posibilidad de negociar, dentro del marco legal, una pena inferior a la pretendida, o bien conllevar una aminoración de la responsabilidad por la configuración de la atenuante respectiva, o de ambas cosas a la vez.

Para optar por la alternativa del juicio o bien la aceptación de responsabilidad, se requería, como ya se dijo, que el acusado estuviera en conocimiento pleno, tanto de la imputación como de los antecedentes de investigación que la fundaban, pues sólo de esa forma su opción fue legítima. Si, como en este caso, una vez que el imputado optó por su derecho a un juicio público, el Ministerio Público indicó tener y ofreció prueba que no decía relación alguna con los antecedentes que fundaron el requerimiento, sino que fue obtenida con posterioridad al mismo, mediante labor investigativa fuera de la etapa destinada al efecto, no puede, sino, concluirse que se afectó el derecho del imputado a conocer el contenido de la imputación, en la medida que su opción estratégica de solicitar la realización del juicio no fue adoptada con pleno saber de los elementos probatorios que podían ser utilizados en su contra, existiendo, en el momento de aceptar esa decisión, alternativas procesales que, eventualmente, pudieron serle más beneficiosas, tales como, precisamente, aceptar el requerimiento o también, como aparece en el audio de la audiencia respectiva, haber convenido en la suspensión condicional del procedimiento o en la celebración de un acuerdo reparatorio, posibilidades todas a la que el imputado se negó.

Corolario de lo anterior, es que la prueba extemporáneamente obtenida, una vez que el imputado aceptó la realización del juicio desechando otras formas procesales de solución del conflicto, lo ha sido en contravención a su garantía de estar informado del contenido de la imputación y, por lo mismo, con inobservancia de garantías fundamentales, correspondiendo, por

ende, como acertadamente lo resolvió el señor Juez de la causa, ser excluidas del juicio oral.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 277, 352, 365 y 370 del Código Procesal Penal, se declara:

I.- Que se rechaza la petición de declarar inadmisible el recurso de apelación formulada por el señor Defensor Penal Público.

II.- Que SE CONFIRMA la resolución dictada en audiencia de diecisiete de abril del año en curso, por el señor Juez de Garantía de esta ciudad don Pablo Vergara Lillo, por la cual se excluyó parte de la prueba ofrecida por el Ministerio Público.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Redactada por el Ministro Dinko Franulic Cetinic.

Rol Corte Nº 76-2007.

COMENTARIO:

El fallo de la Corte de Apelaciones de Copiapó, de 11 de mayo de 2007, en que, conociendo de un recurso de apelación, confirmó la exclusión de pruebas en un procedimiento simplificado, ordenada por el juez de garantía de la misma ciudad, me merece los siguientes comentarios:

El recurso fue interpuesto por el Ministerio Público, en virtud del art. 277, inc. 2° del CPP, fundado en que el juez de garantía excluyó en la audiencia de preparación de un juicio simplificado, algunos medios de prueba obtenidos por la fiscalía *con posterioridad a la presentación del requerimiento* y a la audiencia en que el imputado había negado su responsabilidad en los hechos, y optado por la realización del juicio[1].

Según el fallo de la Corte, dicha irregularidad procesal habría redundado en perjuicio del imputado, porque le habría impedido conocer las pruebas que pretendía hacer valer en su contra el ministerio público y, por lo tanto, le habría impedido sopesar adecuadamente cuál era la estrategia procesal más conveniente a sus intereses. Habría, en consecuencia, inobservancia de garantías fundamentales —concretamente, del derecho de defensa del imputado—, lo que tornaría ilícitas las nuevas pruebas allegadas al proceso, en conformidad con el art. 276, inc. 3° del CPP, y autorizaría la exclusión de las mismas.

El referido fallo plantea una serie de cuestiones de gran interés, puesto que permiten calibrar la interpretación que los distintos actores de la nueva justicia penal están haciendo de las modificaciones introducidas al procedimiento simplificado por la Ley 20.074, especialmente en lo que se refiere a la realización del juicio simplificado y los trámites anteriores al mismo. Analizaremos cada una de estas cuestiones por separado, a la luz de la doctrina que sobre la materia pretende sentar el fallo.

Una primera cuestión es el sentido que, en el marco de las nuevas normas, debe atribuirse a la palabra **"pruebas"** que emplea el art. 393 en su inciso 3°, primera oración, en relación, por una parte, con el art. 391, letra d), que no habla de prueba, sino sólo de **"antecedentes o elementos"** en que se funde la imputación, y por la otra, con el nuevo art. 395 bis sobre preparación del juicio simplificado, norma que no regula la forma como debe desarrollarse dicha etapa procesal. Esto ha dado pie a que muchos jueces de garantía apliquen sin más las disposiciones sobre preparación del juicio oral del procedimiento ordinario, en virtud de la remisión que hace el art. 389 a las normas del Libro II, en todo lo no previsto especialmente para el procedimiento simplificado, sin reparar en que la misma disposición condiciona la aplicación supletoria de tales normas a su compatibilidad *con la brevedad y simpleza propias del procedimiento simplificado.* Ciertamente que una mera extrapolación de la audiencia de preparación del juicio oral al procedimiento simplificado está completamente fuera de lugar, ya que eso significaría echar por tierra las razones que se tuvieron en vista para la ampliación del procedimiento simplificado

[1] A ello se suma el hecho de que entre la primera audiencia y la de preparación del juicio simplificado transcurrieron 7 meses, lo que constituye otra anomalía más, puesto que, según el art. 395 bis, en el evento de que el imputado niegue su responsabilidad, la preparación del juicio debe verificarse de inmediato en la misma audiencia.

a los simples delitos, durante la discusión del Código Procesal Penal en el Senado[2], que no fueron otras que poder dar un tratamiento más sumario a los delitos menos graves, que son los que constituyen el grueso de las infracciones penales, evitando así recargar el trabajo de los tribunales orales. Pero, aún prescindiendo de la historia de la ley, dicha conclusión se impone si se atiende a la distinta naturaleza que presenta el procedimiento simplificado respecto del ordinario, pues no sería lógico que para delitos de una entidad mucho menor se pretendiera establecer un procedimiento prácticamente igual al juicio ordinario.

Por todas estas razones, estimo que la etapa de preparación del juicio simplificado, introducida por el nuevo art. 395 bis, *no puede asimilarse a la preparación del juicio oral ordinario,* ni tampoco puede equipararse en términos absolutos el requerimiento a la acusación, dado que en el primero no es preciso señalar medios de prueba propiamente tales, sino sólo los *antecedentes o elementos* en que se funda el requerimiento, los que pueden provenir ya sea de la denuncia o de la actividad investigativa del fiscal, debiendo destacarse que esta última está prevista en la ley como *subsidiaria y complementaria* de la información proporcionada por la primera, según se desprende del tenor del art. 390, inc. 1°, en el sentido de que, recibida la denuncia, el fiscal solicitará la citación *inmediata* a juicio, *a menos que fueren insuficientes los antecedentes aportados*.

Pues bien, si en el procedimiento simplificado no hay ofrecimiento de pruebas y tampoco una investigación propiamente tal, y constituyendo ambos el presupuesto lógico y legal de la exclusión de pruebas, la única conclusión posible, a nuestro juicio, es que **en el juicio simplificado no procede la exclusión de pruebas**[3], a diferencia de lo que sostiene la Corte de Copiapó.

Una cuestión distinta es la presentación de pruebas extemporáneas, como ocurrió en el caso a que se refiere el fallo que comentamos, pues es evidente que no puede seguirse investigando después de haberse presentado el requerimiento, el cual cumple funciones equivalentes a la acusación en el procedimiento ordinario, y por lo tanto, con su presentación *queda trabada la litis*, pues se determina la pretensión punitiva del Estado y se pone en conocimiento del imputado los cargos que se le formulan y los elementos probatorios que los avalan, a fin de que éste pueda preparar adecuadamente su defensa. Pero la vía para corregir la irregularidad mencionada no es la exclusión de pruebas, sino las nulidades procesales, en la medida que el juez acepte la presentación de pruebas extemporáneas. Curiosamente, el defensor también sostuvo esta tesis, aunque con la finalidad de negar la procedencia del recurso de apelación, lo que fue desestimado por la Corte.

El otro punto en el cual discrepamos de la línea argumentativa del fallo en comento, es el relativo a la desmesurada extensión que da al derecho de defensa del imputado, al sostener que dicho derecho no se limita a ser informado de los cargos que se le formulan con el objeto de preparar su defensa, sino que se extiende a la posibilidad que tenga de adoptar, durante todo el procedimiento, "las estrategias procesales que [...] considere necesarias y adecuadas para la protección de sus intereses", entre las que incluye la decisión de reconocer su responsabilidad en los hechos en conformidad al art. 395 (considerando 5° del fallo). Esto equivale a entender la autoincriminación como una decisión motivada exclusivamente por razones de cálculo y de conveniencia, con lo cual la rebaja de la pena parece basada en consideraciones puramente pragmáticas de ahorrarle trabajo a los distintos actores procesales, pero no en un reconocimiento de culpabilidad o en el arrepentimiento por parte del delincuente, con lo cual el efecto disuasivo sobre el mismo sería prácticamente nulo.

[2] Como lo confirma el rechazo de la posibilidad de presentar demandas civiles en un procedimiento simplificado, fundado en que dicha acción "requiere de una prueba más compleja" (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, legislación, justicia y reglamento, del Senado, pág. 415

[3] En consecuencia, el objeto de dicha audiencia será hacer valer los otros derechos que los arts. 260 y ss. otorgan a los intervinientes, en la medida que ellos puedan conciliarse con las características especiales del procedimiento simplificado.

Revocación de la suspensión condicional del procedimiento

Silvia Peña Wasaff
Abogada Asesora Fiscalía Nacional
Ministerio Público

Sentencia:

Santiago, cuatro de junio de dos mil siete.

Vistos:

En estos autos rol único 0500234740-9 e interno del tribunal 10-2005 se registra la sentencia dictada, en procedimiento simplificado, por el Décimo Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago el veintisiete de febrero último, por la cual se condenó a Mariela Monserrat Castro Lira a la pena de multa de dos quintos de unidad tributaria mensual como autora del delito de hurto previsto y sancionado en el artículo 446 N° 3 del Código Penal, ocurrido el día dieciocho de junio de dos mil cinco.

En contra de este veredicto, Carlos Verdejo Galleguillos, abogado de la Defensoría Penal Pública, en representación de la imputada Mariela Monserrat Castro Lira, dedujo recurso de nulidad sustentado en las siguientes causales y con el carácter que a continuación se indica:

A) **Causal principal**, contenida en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, en concordancia con el artículo 19, N° 3°, de la Constitución Política de la República, por no haberse observado la garantía del debido proceso, así como el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, numeral 7.

B) **Causal subsidiaria**, sustentada en la letra b) del artículo 373 del estatuto procesal penal, al haberse dictado sentencia condenatoria con la concurrencia de la causal de extinción de responsabilidad penal contemplada en el inciso 2° del artículo 240 del mismo ordenamiento.

Este tribunal estimó admisible el recurso por las causales precitadas y dispuso pasar los antecedentes al señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la vista de la nulidad impetrada.

La audiencia pública se realizó el día quince de mayo en curso, con la concurrencia y alegatos de la abogado Pamela Pereira Fernández, por la Defensoría Penal Pública, por el recurso; del letrado Jaime Lizama Vera, en representación del Ministerio Público y del abogado Matías Balmaceda, por la querellante, y luego de la vista de la nulidad, se citó a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy.

Considerando:

A) Causal principal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

PRIMERO: Que el presente arbitrio procesal descansa en primer término en la letra a) del artículo 373 del estatuto procesal penal, atribuyéndole a la sentencia impugnada vulneración sustancial de derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile, concretando el defecto en la inobservancia a la salvaguardia del debido proceso garantizada por el artículo 19 N° 3° de nuestra Carta Fundamental y al artículo 14 N° 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Concretamente, se reclama que en la audiencia del juicio simplificado verificada el veintisiete de febrero recién pasado, la recurrente instó por la absolución de la requerida Castro Lira por concurrir en la especie la causal de extinción de responsabilidad penal contemplada en el inciso 2° del artículo 240 del Código Procesal Penal, en armonía con lo que estatuyen los artículos 265 y 264 letra e) de la misma compilación. En el caso en análisis, sostiene, concurren todos los requisitos que la ley exige para dar por extinguida la acción penal, esto es, el transcurso del plazo de un año que el tribunal fijó de acuerdo a lo que ordena el artículo 237 del estatuto en estudio y que se cumplió a las 24:00 horas del día 19 de junio de 2006 y que en dicho espacio de tiempo la

suspensión condicional del procedimiento no fue revocada. Agrega que no es óbice para que dicha acción penal se haya extinguido las erradas resoluciones dictadas por el Tribunal de Garantía y por la Corte de Apelaciones de Santiago, por las cuales se revocó la suspensión condicional del procedimiento acordada pues ya estaba extinguida la acción a las 00:01 horas del 20 de junio de 2006, la que no pudo revivir con posterioridad. Aún en el evento que la querellante hubiere presentado la solicitud de revocación de la suspensión condicional del procedimiento el 19 de junio de 2006 - antes de cumplirse el año - la mera petición no produce la revocación, tal y como lo sostuvo la Corte de Apelaciones de Arica en causa RUC 0310004935-9 "no se contempla en el Código Procesal Penal disposición alguna relativa a la suspensión o interrupción del plazo que dura la suspensión condicional, por lo que la petición efectuada por el Ministerio Público, aún antes de cumplirse el año, no tiene efecto alguno." En consecuencia, aduce que al no acogerse la solicitud de absolución planteada por la defensa, se ha vulnerado el derecho de la imputada a no ser juzgada dos veces por el mismo hecho. Por su parte, el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política garantiza que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo y legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos. Finamente, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su numeral 7, dispone que "nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

SEGUNDO: Que, como se aprecia, este primer motivo de nulidad lo funda el recurrente en infracción a las normas del debido proceso consagrado en el N° 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en vinculación directa y exclusiva a la presunta violación del principio non bis in idem contemplado expresamente en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sin embargo, estos sentenciadores no lo estiman procedente. En efecto, sabido es que el término "*non bis in idem*" literalmente significa "no dos veces sobre lo mismo", aludiendo claramente a que una persona no puede ser juzgada dos veces por los mismos hechos que se consideran delictuosos, a fin de evitar que quede pendiente una amenaza permanente sobre el que ha sido sometido a un proceso penal anterior; se traduce en la imposibilidad procesal de interponer una nueva acción y la apertura de un segundo proceso con un mismo objeto, garantizando, de este modo, que las personas no puedan ser juzgadas nuevamente por un mismo delito, a pesar que en el juicio primigenio fue absuelto o condenado por los hechos que se pretenden analizar por segunda vez. Históricamente, se estima que el origen del principio se ubica en Roma ya que en los procesos judiciales que se instauraban en esa época, se daba la prohibición de promover un nuevo juicio a través de la interposición de una segunda demanda sobre la misma materia, por la misma o diferente acción, una vez nacida la relación jurídica procesal.

Garantía del principio es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, invocado en el recurso, cuyo artículo 14.7 establece que: "nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

Pero es claro advertir que en todo caso la institución procesal en cuestión es pertinente cuando se está en presencia de dos procesos, uno afinado, en el cual se ha resuelto la misma materia que afecta penalmente a una misma persona que ahora, en uno separado y posterior, se pretende perseguir una nueva decisión sancionatoria sobre lo mismo. Y a este respecto hace particular referencia la norma adjetiva del artículo 1° inciso final del Código

Procesal Penal, cuando declara, como uno de los principios básicos del Nuevo Proceso Penal, que la persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho.

TERCERO: Que con lo que se lleva dicho se produce de partida un efecto básico y esencial que dice relación con la exigencia de existencia de dos procedimientos separados sobre los mismos acontecimientos, para que puedan discutirse los alcances de un "debido proceso", como lo ha argumentado el recurso en relación al principio del "non bis in idem".

Es hecho que reconoce la propia sentencia: en el caso de esta litis, el problema planteado deriva de una decisión del juez de garantía de suspender condicionalmente, y por un año, el procedimiento judicial iniciado en contra de una persona imputada de haber cometido un delito de hurto, y que por resoluciones dictadas después de vencido el período de suspensión, prosigue el procedimiento conforme a las normas procesales del simplificado, y en la sentencia se la condena en definitiva. Pues bien, en este caso no se trata de procedimientos distintos, en el primero de los cuales se hubiese dictado sentencia definitiva, sino que de uno solo y único, en un comienzo simplemente suspendido, pero que, de algún modo, conforme a derecho o no, se reactiva y se resuelve en el fondo por primera vez, caso en el cual, como resulta evidente, no es dable sostener que se está en el caso y situación supuesta por el recurso, por lo que debe ser rechazado.

B) Causal subsidiaria de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

CUARTO: Que, a este respecto, la defensa sostiene que el presente medio descansa en la errónea aplicación del derecho porque se ha dictado sentencia condenatoria en contra de la imputada a pesar de que la acción penal se encontraba extinguida, por cuanto ya se hallaba ejecutoriada la resolución que aprobó una suspensión condicional del procedimiento, por el término de un año, y habiendo transcurrido dicho lapso, sin que hubiere sido revocada tal salida alternativa, generó las consecuencias previstas en el inciso segundo del artículo 240 del Código Procesal Penal. De este modo, correspondía en estricto derecho que el tribunal dictara, de oficio o a petición de parte, el respectivo sobreseimiento definitivo. Concluye, en lo petitorio, solicitando que se invalide la sentencia dictada en el juicio simplificado impugnado y, en su lugar, se dicte la correspondiente sentencia de reemplazo, la cual, absuelva a su representada, Mariela Monserrat Castro Lira, de los cargos formulados en el requerimiento deducido en su contra.

QUINTO: Que, respecto a esta petición subsidiaria debe tenerse en consideración que son hechos claramente determinados por la sentencia en examen los siguientes: 1.- la imputada Mariela Monserrat Castro Lira, sindicada como responsable de un delito de hurto cometido el día 18 de junio de 2005, en audiencia de control de su detención celebrada el día 19 de junio de ese año se formaliza investigación y el Juez de Garantía suspende el procedimiento en su favor por el plazo de un año, por lo que ordena su libertad. 2.- el día 20 de junio de 2006 el querellante solicita del tribunal revoque la suspensión del procedimiento; 3.- el Juez de Garantía en audiencia del día 11 de julio de 2006 accede a la revocación del beneficio por resolución que, apelada, es confirmada por la respectiva Corte de Apelaciones. 4.- que se sigue enseguida el procedimiento bajo la modalidad del simplificado en el cual se termina condenando a la imputada y cuya sentencia es ahora objeto del presente recurso de nulidad.

Es decir, con la decisión de suspensión condicional del procedimiento acordada el día 19 de junio de 2005 la imputada fue incorporada a los beneficios que expresamente contempla el artículo 237 del Código Procesal Penal, suspendiéndose desde entonces el curso de la prescripción de la acción penal, y sólo cuando ya había transcurrido el plazo

judicial de un año, casi un mes después de ello (11 de julio de 2006), se adopta la decisión de revocación del beneficio. En tal caso, se ignoró lo que expresamente garantiza al imputado el inciso final del artículo 240 del mismo cuerpo legal, esto es, que "transcurrido el plazo que el tribunal hubiere fijado de conformidad al artículo 237, inciso quinto, sin que la suspensión fuere revocada, *se extinguirá* la acción penal, debiendo el tribunal dictar de oficio o a petición de parte el sobreseimiento definitivo." Esta norma expresa es meridianamente clara para entender que el efecto que señala se produce imperativamente por su propio mérito y ministerio, esto es: la extinción de la acción penal, quedando en un lugar secundario la obligación que le impone al juez de sobreseer definitivamente en el juicio. El no haberlo hecho de este modo, dicha resolución, y la consiguiente de alzada, no tienen más mérito que constituir simples declaraciones formales en cuyo mérito no tan solo no se produjo el efecto real de terminar la litis en ese punto, sino que, al contrario, permitió que continuara el procedimiento bajo la modalidad de simplificado y la dictación de la sentencia recurrida que, además, desconoce el fin de la acción penal.

SEXTO: Que con la extinción de la acción penal se extingue también la responsabilidad penal del inculpado, y siendo éste el efecto dispuesto por el legislador procesal expresamente en el inciso 2° del artículo 240 del Código Procesal Penal, como se ha explicado antes, la sentencia cuestionada al desconocer esta consecuencia y decidir condenar y no absolver, como le fuera solicitado al juez, ha hecho una errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo, de suerte que, incurriéndose en la causal de nulidad contemplada en el artículo 373 letra b) deberá decidirse su invalidación.

SÉPTIMO: Que encontrándose esta Corte en el caso previsto en el artículo 385 del Código Procesal Penal y, como esta norma lo autoriza, se decidirá la invalidación de sólo la sentencia recurrida y procederá a decidir dictar sentencia de reemplazo de inmediato, y

Vistos, además, lo dispuesto en los artículos, 347, 360, 384 y 399 del Código Procesal Penal, SE DECIDE:

I.- SE RECHAZA el recurso de nulidad deducido por la defensa de la imputada en contra de la sentencia de veintisiete de febrero del año en curso, en cuanto por su petición principal se funda en la causal a) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

II.- SE ACOGE el mismo recurso en cuanto, subsidiariamente a la anterior, se funda en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, declarándose nula sólo la sentencia de veintisiete de febrero del presente año.

III.- Díctese a continuación, separadamente y sin nueva vista, la sentencia de reemplazo que corresponda.

Regístrese.

Redacción del Ministro Nibaldo Segura Peña.

N° 1347-07.-

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y Hugo Dolmestch U.

Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro.

COMENTARIO:

El fallo de la Corte Suprema, de fecha 4 de junio del año en curso, que anuló una sentencia condenatoria por el delito de hurto, en virtud de la causal del art. 373, letra b), y, acto seguido, dictó sentencia de reemplazo, absolviendo a la imputada, en conformidad al art. 240, inc. 2°, del Código Procesal Penal, nos merece las siguientes observaciones:

Los hechos que condujeron a la Corte Suprema a la referida decisión, son los siguientes:

La imputada fue sorprendida hurtando especies en un supermercado, tras lo cual, en la misma audiencia de control de detención, se formalizó la investigación y se decretó la suspensión condicional del procedimiento por un año. La imputada incumplió las condiciones impuestas, no obstante lo cual ni el querellante ni la fiscalía solicitaron oportunamente la revocación de la suspensión. Al día siguiente de cumplirse dicho plazo, el querellante solicitó la revocación, que fue otorgada por el juez de garantía y confirmada luego por la Corte de Apelaciones, continuando el procedimiento simplificado, que terminó con la condena de la imputada. Ante ello el defensor presentó un recurso de nulidad fundado en las causales de las letras a) y b) del art. 373: el primero por la supuesta infracción a la garantía del debido proceso, cuya manifestación concreta sería la vulneración del principio del *non bis in idem*, y el segundo, por el error de Derecho en la aplicación del art. 240, inc. 2° del Código Procesal Penal, que dispone que la acción penal queda extinguida una vez que haya transcurrido el plazo de suspensión, sin que ésta haya sido revocada.

En su fallo, la Corte desecha la primera causal, estimando que no hubo infracción de garantías constitucionales, por cuanto la supuesta garantía que se invoca, supondría la realización sucesiva de dos juicios distintos, lo que en la especie no ocurrió.

En lo que se refiere a esta parte del fallo, cabe hacer presente que el principio del *non bis in idem* no es un principio procesal, sino sustantivo, en virtud del cual se prohíbe castigar dos veces por un mismo hecho (el castigo es una cuestión penal y no procesal). La imposibilidad de seguir un nuevo juicio a una persona que ya fue condenada o absuelta por el mismo hecho en un juicio anterior, constituye, en realidad, el efecto de cosa juzgada inherente a toda sentencia judicial firme.

La Corte acoge, en cambio, la segunda causal invocada, esto es, la errónea aplicación del Derecho, estimando que el art. 240, inc. 2° es suficientemente claro, en el sentido de que la revocación de la suspensión extingue la acción penal, y con ello, la responsabilidad penal, desde el momento en que se cumple el plazo de suspensión, sin que ésta haya sido revocada por resolución ejecutoriada.

Sin negar que en el caso concreto de que se trata, la decisión es correcta, puesto que la solicitud de revocación se presentó al día siguiente de haberse cumplido el plazo, la interpretación que hace la Corte no nos parece correcta, al estimar que no basta que la solicitud se presente dentro del plazo de suspensión, sino que también la resolución que declara la revocación debe quedar ejecutoriada dentro de dicho plazo. Esta interpretación equivale a dejar librada la revocación a las vicisitudes de la fijación de audiencias por parte de los tribunales. Así, por ejemplo, en el caso sobre el cual se pronunció la Corte, una vez presentada la solicitud —fuera de plazo, como ya se dijo—, la revocación, confirmada por la Corte de Apelaciones, recién quedó ejecutoriada 35 días después, con lo cual el plazo de un año se redujo a 10 meses y 25 días, de manera que aun cuando la solicitud se hubiese presentado dentro de plazo, el resultado habría sido el mismo. En otros casos, la tramitación puede ser todavía mucho más lenta, con lo cual no habría ninguna certeza acerca del plazo, ya que dependería de hechos completamente independientes de la voluntad de los intervinientes.

En mi opinión, la interpretación correcta de la citada disposición debe atender a la naturaleza de la resolución que declara la revocación, la cual se limita a constatar el incumplimiento de las condiciones, siendo tal incumplimiento, en consecuencia, el hecho fundante de la revocación. De ahí que la resolución sólo tiene naturaleza meramente declarativa, pero no constitutiva de la revocación, por lo que, pronunciada ésta, sus efectos se retrotraen a la fecha de la presentación de la solicitud. De este modo, basta con que la solicitud quede presentada dentro de plazo, para que, cualquiera que sea la fecha en que los tribunales llamados a pronunciarse sobre ella, el juicio pueda continuar por los cauces normales.

Comentario fallo de corte suprema rechaza pretensión de ausencia de pena en la ley 20.084

Iván Fuenzalida Suárez
Abogado
Director Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar
Ministerio Público

Sentencia:

Santiago, a veintiuno de Agosto de dos mil siete.

Vistos:

En estos autos Rol único 0600350405-9 e interno del tribunal Nº 49-2007 se registra la sentencia pronunciada en procedimiento ordinario de acción penal pública del nuevo sistema por el Tribunal de Juicio Oral de San Bernardo, de fecha veinte de Junio de dos mil siete, que condenó a Jorge Rubén Soto Bahamondes y Jimmy Alex Zapata Carroza, a sufrir cada uno la pena de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo y accesorias legales pertinentes; y, a Jonathan Ignacio Serrano Morales, a la pena de siete años y ciento ochenta y cuatro días de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, todos como autores del delito de robo con violencia calificado, previsto y sancionado en el artículo 433 Nº 2 del Código Penal, que afectó a Digna Espejo Muñoz y Mónica González Cáceres, cometido en la comuna de Buin el día 20 de mayo de 2006.

En contra de ese veredicto la abogada de la Defensoría Penal Pública Georgina Guevara Cáceres, en representación del enjuiciado Jonathan Ignacio Serrano Morales, dedujo recurso de nulidad que fundamenta en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en concordancia con el principio de legalidad consagrado en los artículos 19, Nº 3º, incisos 7º y 8º, de la Constitución Política de la República, 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 Nº 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Solicita que, acogido el recurso se decrete la anulación del juicio oral y su fallo respectivo, ordenándose la inmediata remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda para la celebración de un nuevo pleito.

Este tribunal estimó admisible el recurso y ordenó pasar los autos al señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la vista del recurso, de nulidad deducido, según consta de fojas 46.

La audiencia pública se verificó el 1º de Agosto recién pasado, con la concurrencia y alegatos de los letrados señores Fernando Mardones Vargas, en representación del convicto recurrente, e Ivan Fuenzalida Suárez, por el Ministerio Público, y luego de la vista del recurso, se citó a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, según se lee del acta de fs. 54.

Considerando:

PRIMERO: Que, el recurso que rola de fojas 26 a 34, se sustenta en la causal de nulidad de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, que dispone que procederá su declaración si en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y en actual vigor, concretando el defecto alegado en la inobservancia del principio de legalidad garantizado por el artículo 19, Nº 3º, incisos séptimo y octavo, de nuestra Carta Fundamental, y los artículos 9º de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15 Nº 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;

SEGUNDO: Que, por el recurso se reclama que se conculcó por el Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, el principio de legalidad enunciado en el considerando anterior, que consiste

básicamente en que ninguna persona puede ser sancionada con otra pena que no sea la designada por el legislador en forma previa a la ocurrencia del hecho punible, a menos que la ley nueva sea más favorable al afectado y, que la norma penal no puede fijar castigos sin que la conducta reprimida esté expresamente descrita en la ley;

TERCERO: Que, a continuación sostiene la recurrente que se vulneró el principio de legalidad, porque los criterios correctos para determinar cual era la ley más favorable a aplicar en este caso eran los dos siguientes: a) La retroactividad de la ley penal más favorable, que constituye una excepción al principio de irretroactividad de la ley penal, conforme se establece en el artículo 19 Nº 3º, inciso séptimo, de la Constitución Política de la República, que se encuentra reconocido en tratados internacionales suscritos por nuestro país, incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 5º del mismo estatuto constitucional, como son los artículos 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 9º de la Convención Americana de Derechos Humanos, que constituyen un mandato para el legislador y los jueces, para aplicar la ley nueva sólo cuando sea más favorable para el reo, sin que puedan excluirse de sus beneficios los que estén siendo juzgados o hayan sido condenados bajo una ley anterior; y, b) El procedimiento de determinación de la ley penal más favorable, que si bien consta de varios elementos a ser considerados, en el presente caso, estamos en la primera alternativa del artículo 18 del Código Penal, esto es, que una ley posterior elimina la sanción asignada a un delito;

CUARTO: Que, se precisa en el recurso que al 15 de Mayo del presente año, fecha en que se dio a conocer el veredicto de culpabilidad en contra del menor Jonathan Serrano Morales, el hecho delictual por el que se le impuso la condena estaba exento de toda sanción, por lo que lo único que jurídicamente correspondía era dictar sentencia absolutoria en su favor.

Añade, el recurrente que si bien la Ley Nº 20.084, de 2005, entró recién a regir a partir del 8 de Junio del presente año, ocurrió que algunos días antes de la fecha indicada, el 2 del mismo mes, se publicó la Ley Nº 20.191, que introdujo algunas modificaciones a ella, produciéndose en su concepto una despenalización de ciertos delitos graves cometidos por los adolescentes;

QUINTO: Que, la situación puntual que se produce respecto del menor sentenciado, dice relación con el numeral 1º del artículo 23 de la Ley Nº 20.084, que en su texto original del año 2005, establecía para el caso en que la extensión de la sanción fuere equivalente a una pena de crimen, que el tribunal podía optar entre la internación en régimen cerrado o semicerrado. Sin embargo, en la tramitación del proyecto de la ley modificatoria en el Senado, fue objeto de una indicación que proponía sustituir el numeral señalado, y hacer ahora obligatoria la imposición del régimen cerrado por un mínimo de dos años, lo que en definitiva fue aprobado por ambas cámaras y formó parte del texto final, específicamente del Nº 3º del artículo único del texto modificatorio; norma que fue objeto de un requerimiento ante el Tribunal Constitucional, y ante la imposibilidad de promulgar la ley modificatoria completa, el Ejecutivo procedió a efectuarlo excluyendo de su texto el numeral "1º" del artículo 23, comenzando sus numerales a partir del "2º", lo que habría dado lugar a una ley penal en blanco, al revés o irregular, pues no se contemplaría pena alguna para los casos en que, hecha la rebaja de la misma conforme al artículo 21 de la Ley 20.084 resultase un tramo que excediera de los cinco años. Concluye la recurrente que debe aplicarse retroactivamente la Ley de Responsabilidad Penal de los Adolescentes de conformidad al artículo 18 del Código Penal, vigente al día del juzgamiento y condena del menor, momento en que no se establecía sanción alguna a aplicar, sin que pueda seguirse el criterio de la ley posterior, porque ella perjudica al menor;

SEXTO: Que, en atención a que la causal tuvo su origen en el pronunciamiento mismo de la sentencia que se impugna, expresa que no requirió de preparación, de acuerdo con lo

dispuesto en el artículo 377 del Código Procesal Penal, solicitando que se declare la nulidad de la sentencia y del juicio oral respectivo, ordenándose la remisión de los antecedentes al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal no inhabilitado que corresponda, para que se proceda a realizar un nuevo juicio oral;

SÉPTIMO: Que, el recurso de nulidad de carácter absolutamente extraordinario, especial y de derecho estricto, ha sido contemplado en nuestro ordenamiento procesal penal para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, por contravenciones precisas y determinadas, cometidas ya sea en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, dando lugar a la decisión de ineficacia de los actos procesales que se han realizado sin cumplir con aquellas formalidades que la ley establece, que propenden al cumplimiento del principio constitucional que obliga al legislador a establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos;

OCTAVO: Que, es necesario para la adecuada comprensión y decisión de la cuestión controvertida, fijar cronológicamente las diversas etapas que experimentó el marco legal regulatorio desde la publicación de la Ley Nº 20.084 sobre la Responsabilidad Penal de los Adolescentes hasta la promulgación y publicación del texto complementario de la Ley Nº 20.191:

a) El 7 de Diciembre de 2005 se publicó la Ley Nº 20.084, que estableció un Sistema de Responsabilidad Penal de los Adolescentes por infracciones a la ley penal, aplicable a aquellos sujetos mayores de catorce años, pero menores de dieciocho, fijando un régimen penal diferenciado en aspectos sustantivos y procesales, más favorable al menor que el sistema penal de los adultos; normativa que según su artículo 1º transitorio, comenzaría a regir dieciocho meses después de su publicación. Dicha legislación fijó una serie de normas respecto de la duración y naturaleza de las sanciones; para lo primero, estableció como regla general que la pena sería la inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito correspondiente, sin perjuicio de regular la concurrencia de otros factores de determinación y situaciones especiales. Luego la ley dispuso que determinada la duración de la pena en concreto, correspondería aplicar las reglas contempladas en sus artículos 23 y 24, que deben relacionarse con el artículo 6º de la misma ley, que incorporó una escala general de penas, y que las dispuso en orden de gravedad decreciente, comenzando con la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social hasta llegar a la de amonestación; en tanto que el artículo 23, contempló cinco reglas para la determinación de la naturaleza de la pena que deba imponerse a los adolescentes, asociando su gravedad a la extensión temporal de las mismas, y cada una de ellas, comprendió dos o más sanciones de igual o diferente naturaleza, confiriéndose al tribunal la facultad de seleccionar una de ellas, en este caso resultaban procedentes dos sanciones privativas de libertad, ya que su numeral "1º" disponía en su redacción original que: "Si la extensión de la sanción resulta equivalente a una pena de crimen, el tribunal deberá aplicar la pena de internación en régimen cerrado o internación en régimen semicerrado, ambas con programa de reinserción social";

b) El 1º de Junio de 2006, se publicó la Ley Nº 20.110, que dispuso la postergación de la entrada en vigencia de la Ley Nº 20.084, la que quedó diferida para el 8 de Junio de 2007;

c) El 2 de Junio de 2007, se publicó la Ley Nº 20.191, que había sido promulgada el 30 de Mayo del mismo año, que en su artículo único introdujo una serie de modificaciones a la Ley Nº 20.084, y que en lo que respecta al artículo 23, sólo se incorporó con cuatro numerales, números 2º, 3º, 4º y 5º, omitiéndose el numeral 1º. Esta situación, se dice se produjo por la presentación de un requerimiento ante el Tribunal Constitucional de fecha 18 de Mayo de 2007, deducido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 inciso 6º de la Constitución Política de la República, que fue suscrito por treinta y tres Diputados

que impugnaban el nuevo texto del número 1º del artículo 23, por lo que de acuerdo a la facultad que otorga el artículo 40 de la Ley Orgánica Constitucional, el Ejecutivo resolvió promulgar el proyecto de ley, sin el texto del precepto cuestionado;

d) El día 13 de Junio del actual, el Tribunal Constitucional, en el Rol Nº 786-2007, rechazó en todas sus partes el requerimiento de inconstitucionalidad formulado; y,

e) El día 16 de Junio de 2007, se promulgó y publicó un texto complementario de la Ley Nº 20.191, que incluyó ahora el nuevo texto del numeral 1º del artículo 23, que dispone: "Si la extensión de la pena supera los cinco años de privación de libertad, el tribunal deberá aplicar la pena de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.", eliminando la opción anterior del régimen semicerrado;

NOVENO: Que, la defensa aduce que en virtud de la situación producida por la promulgación de la Ley Nº 20.191, el 30 de Mayo pasado, publicada el 12 de Junio siguiente, y la posterior promulgación del texto complementario, el día 15 de Junio, que fue publicado en el Diario Oficial el día 16 de ese mismo mes y año, se produjo un espacio de tiempo sin la vigencia del numeral 1º del artículo 23 de la Ley Nº 20.084, y si efectuada en ese período la regulación de la pena y el tramo a imponer excediera de 5 años, el delito quedaría sin castigo, situación que la defensa interpreta como más favorable al menor, por lo que de conformidad al mandato del artículo 18 del Código Penal, que debió aplicarse, quedaba el delito sin sanción y el menor debía ser absuelto de la acusación;

DÉCIMO: Que, la Ley Nº 20.084 sobre Responsabilidad Penal de los Adolescentes, fijó un régimen jurídico para el tratamiento de menores de dieciocho años y mayores de catorce, en calidad de infractores de la ley penal, superando los sistemas de inimputabilidad absoluta y relativa, limitada esta última con el trámite del discernimiento que se aplicaba en nuestro país antes de la dictación del presente cuerpo normativo. Al mismo tiempo, establece un régimen penal diferenciado del que es aplicable a los adultos, para de esa forma dar cumplimiento a compromisos asumidos en normas constitucionales y en disposiciones comprendidas en tratados y convenciones internacionales sobre la materia, especialmente de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, y así asegurar un modelo garantista y moderado respecto de los adolescentes infractores de la ley penal;

UNDÉCIMO: Que, en lo que respecta a los delitos en particular, debe destacarse que la nueva ley no establece un catálogo propio de ilícitos, por lo que constituirán hechos punibles para los adolescentes los mismos que lo son en el Código Penal y leyes especiales para los adultos, conforme a la legislación punitiva general, en particular la contenida en el Libro II del Código Penal, de tal forma que como sucede en este caso, tratándose de un delito de robo con violencia calificado, respecto del cual se hace responsable al menor, deberá estarse a la descripción típica que contiene el artículo 433 Nº 2, como ha sido resuelto por el tribunal recurrido, lo que no ha sido cuestionado por ninguna de la partes del juicio; por lo mismo, por regla general, todos aquellos aspectos relacionados con el desarrollo del delito, los referentes a la autoría y participación criminal, se regirán por las disposiciones que se establecen para los adultos en el texto punitivo nacional; reservándose principalmente en materia de sanciones y adjudicación de responsabilidad penal, el establecimiento de un nuevo régimen diferenciado propio para los adolescentes infractores. Fluye entonces a primera vista, que no existe, como lo expresa el recurrente, una despenalización de la conducta, toda vez que el marco regulatorio general sigue siendo el mismo que el establecido para los adultos;

DUODÉCIMO: Que, como se anticipó en el razonamiento anterior, el legislador en la Ley Nº 20.084 sí se preocupó de establecer un sistema de sanciones diferenciado, pero siempre unido como marco referencial

al sistema de los adultos, y que desde allí mediante una serie de mecanismos se llegue a determinar el quantum preciso de una pena, con lo que procede rechazar otro de los argumentos esgrimidos por la defensa, en el sentido de sostener que no se contempla pena para el hecho perpetrado por el menor.

En lo que respecta a la determinación final de la pena a imponer, debe señalarse que si bien en la nueva ley, el artículo 6 en sus letras a) a la h), establece diferentes sanciones, las que se impondrán en sustitución de las fijadas en el Código Penal y leyes complementarias en general, no afectan ellas el marco regulatorio previo, puesto que sólo entrarán a regir luego de cumplidas las reglas de determinación legal del castigo, por lo que se sigue dependiendo del Código Penal;

DÉCIMO TERCERO: Que, la nueva normativa establece una serie de pasos para precisar dos aspectos de la sanción, su "duración" y luego su "naturaleza". El primero, lo regula el artículo 21 que dispone que la pena será aquella prevista en la ley respectiva para el delito cometido, la que por tratarse de un hecho perpetrado por un adolescente, será rebajada en un grado al mínimo del señalado en la ley. A su turno, el artículo 18 de la nueva ley estableció un límite máximo respecto de las sanciones mas graves, como son las de internación en régimen cerrado o semicerrado, ambas con programa de reinserción social, las que no pueden exceder de cinco años si el infractor tiene menos de dieciséis años de edad, o de diez años, si aquél tuviere mas de esa edad. En tanto que el artículo 22, en relación con las reglas de determinación de la extensión de las penas, mantiene la obligación impuesta al tribunal, que para establecer la duración de la sanción deberá aplicar a partir de la pena señalada en el artículo 21, las reglas previstas en el Párrafo 4º, del Título III, del Libro I, del Código Penal. Otro tanto ocurre en la tabla demostrativa contenida en el artículo 23 de la ley, donde figuran las mismas sanciones ya establecidas en el artículo 6, comenzando con aquellas superiores a cinco años y un día, a las que corresponde la internación en régimen cerrado o semicerrado, ambos con programa de reinserción social.

Una vez efectuado el paso anterior, que permitirá conocer en concreto la "extensión" o "duración" de la pena, conforme se reseñó; corresponderá el turno a la aplicación de las reglas de determinación de la pena contempladas en el artículo 23 y las de determinación de los criterios o factores que establece el artículo 24 de la ley, para los efectos ahora, de desentrañar la "naturaleza" de ellas, que para este caso, surge la etapa o estadio en que se origina el problema planteado por la recurrente, toda vez que según la primera redacción o texto primitivo del numeral 1º del artículo 23 de la Ley 20.084, en aquellos casos en que la extensión de la sanción resultaba en una de crimen, superior a los cinco años, disponía en la redacción original de una opción entre dos penas privativas de libertad, consistentes en la internación en régimen cerrado o la internación en régimen semicerrado, ambas con programa de reinserción social a elección del tribunal respectivo. Sin embargo, producto de la modificación introducida finalmente por el texto complementario de la Ley Nº 20.191, promulgada el 15 de Junio del actual, la sanción quedó limitada a la aplicación del régimen cerrado con el programa ya indicado, desapareciendo la opción de imponer uno semicerrado; añadiéndose por el artículo 19 la posibilidad de aplicarlo complementariamente sólo después del segundo año de la condena;

DÉCIMO CUARTO: Que, si bien es cierto, que algunas de las normas aludidas fueron posteriormente modificadas, sólo ocurrió en aspectos menores, manteniéndose en sus lineamientos centrales tal como se ha venido explicando. Así, el artículo 6, sólo fue alterado en cuanto se eliminó la distinción entre penas de delitos y de faltas, agregándose una pena accesoria, pero manteniéndose íntegramente las dos sanciones mas graves, sin solución de continuidad, sin que pueda desconocerse el hecho que la Ley No. 20.191, como ella mismo lo señala, es una norma modificatoria y no derogatoria de la Ley Nº 20.084, que en

lo esencial dejó subsistentes todas las reglas relativas a la determinación de las penas y su naturaleza, particularmente las mas graves, como ocurre con los artículos 18, 21, 22 y 23, en aspectos relacionados con la rebaja respecto del estatuto penal general, de los límites máximos de las sanciones a aplicar establecidas como privativas de libertad que son las de régimen cerrado o semicerrado, con programa de reinserción social, y en cuanto a la forma de cumplimiento y ejecución;

DÉCIMO QUINTO: Que, efectuadas las precisiones anteriores, y en lo que dice relación con el principal aspecto del reclamo, el numeral 1º, del artículo 23 de la ley 20.084, debe considerarse de acuerdo a su redacción original, que si bien no fue citado en el texto de la Ley Nº 20.191, de 2 de Junio del presente año, es la única forma de darle contenido y coherencia a las diversas normas citadas, y a todo el nuevo régimen que establece la Ley de Responsabilidad Juvenil. Entenderlo de otra forma, significaría ir contra los elementos de la hermenéutica legal, porque al interpretar la ley, los sentenciadores deben considerar, lo prevenido en los artículos 19 inciso 2º, y 22 inciso 1º, del Código Civil, el primero dispone que para interpretar una expresión oscura de la ley, debe recurrirse a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento; en tanto, que la segunda dispone que el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que exista entre todas ellas la debida correspondencia y armonía, debiendo preferirse la que otorga sentido a cada una de sus normas, a aquella interpretación que deje alguna sin aplicación, desde que se trata de un todo orgánico como sistema de establecimiento de sanciones según ya se explicó, en el que las más graves siempre han estado presentes;

DÉCIMO SEXTO: Que, de esta forma no puede sino concluirse que el texto vigente es el que corresponde a la primitiva redacción del artículo 23 de la Ley Nº 20.084, por lo que no puede sostenerse que exista una suerte de despenalización, ni tampoco que se haya dado al justiciable un trato más favorable o desfavorable, sino que se mantuvo sin interferencias el anterior sistema, que para el caso implicó limitaciones que no deben entenderse como más gravosas, puesto que llegó a su fin la opción entre el régimen cerrado o semicerrado, haciendo obligatorio el primero, al menos por el plazo de dos años.

Esto significa, que tampoco estamos en presencia de alguno de los casos contemplados en el artículo 18 del Código Penal, puesto que de acuerdo con lo expresado, la nueva ley no eximió al hecho de toda pena, porque por una parte, no introdujo ninguna modificación al artículo 433 Nº 2º del Código Penal; y por la otra, dejó subsistente todo el esquema de determinación y correspondencia de sanciones de la ley del ramo; sin que pueda sostenerse que los jueces del fondo aplicaron una pena menos rigurosa; la nueva y última redacción no agravó la situación del menor que es responsable de un ilícito que merece pena de crimen, lo que hizo, según fluye del texto fallo en análisis, fue elegir precisamente la sanción mas beneficiosa, por sobre lo establecido en el Código Penal, que es el que en definitiva gobierna como marco mayor la conducta incriminada, prevaleciendo la vigencia del numeral 1º del artículo 23 en su redacción original, hecho que vino a confirmarse con la dictación del texto complementario de la ley modificatoria, Nº 20.191 el 16 de junio de 2007, respecto del numeral citado, que se mantuvo con la modificación a que ya se ha hecho referencia, y que no ha debido entenderse como derogado;

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, el propósito perseguido por el legislador fue asegurar a los jóvenes imputados por delitos, a la hora de fijar las sanciones en definitiva aplicables, garantías de carácter material y procesal en un sistema más benigno y apropiado a su condición de tales. No ha sido la intención del legislador crear alrededor de ellos una especie de campo de impunidad, de manera que pretender aquello, a pretexto de haberse incurrido en la omisión circunstancial del numeral 1º del artículo 23 de la ley, no resulta racionalmente comprensible,

si de seguirse esa línea de acción especialmente en la situación de los delitos más graves, como ocurre en la especie, se llegaría a decisiones concordantes con la normativa penal general, produciéndose decisiones dramáticas y gravosas, que el legislador no se ha representado.

A mayor abundamiento, no puede olvidarse que la Ley Nº 20.084, no crea unasuerte de texto penal de los adolescentes, salvo en asuntos muy acotados; al contrario, rige plenamente el estatuto penal de los adultos y la normativa de los adolescentes no cambia ni muta sus penas, ni sus delitos, ni su forma de participación, ni su desarrollo, lo que hace es construir un marco legal cuyo objeto es morigerar las sanciones generales, no sustituirlas; para luego proceder a efectuar la conversión en relación con la naturaleza de la pena correspondiente a cada caso, pero siempre sujeto a ese contenido mayor que no ha dejado de regir;

DÉCIMO OCTAVO: Que, del Mensaje con el cual se remitió la nueva normativa al Congreso, se infiere que no tuvo por objeto despenalizar los hechos ilícitos que se cometieren por menores, sino que se basó en la "necesidad de introducir precisos pero necesarios ajustes a la ley, de modo de cumplir con los fines que la inspiran, esto es, la responsabilización y la reinserción social del adolescente", y además, que "...la propuesta que se presenta al Parlamento apunta a confeccionar algunos aspectos procesales y otros sustantivos que permitirán que ella sea aplicada de manera más uniforme, previniendo dudas interpretativas y problemas de operatividad."

En concreto, la ley se estructuró a partir de cuatro aspectos fundamentales: por un lado tiende a una reordenación de las disposiciones concernientes a la determinación de las penas, distinguiendo entre la pena a imponer y la considerada en abstracto; el segundo aspecto dice relación con la procedencia de la internación provisoria; el tercero, se refiere a la detención por flagrancia; y, el cuarto y último lugar, lo constituye lo atinente a los centros semicerrados;

DÉCIMO NOVENO: Que, como se ha evidenciado en las reflexiones precedentes, la sentencia cuestionada no ha vulnerado las normas penales, constitucionales, ni internacionales invocadas por el recurrente, tampoco las disposiciones de los artículos 19 y 22 del Código Civil, en forma tal que se ha procedido a dictar sentencia condenatoria en el caso planteado en conformidad con la normativa en referencia, sin que corresponda a éste tribunal efectuar ninguna rectificación al respecto, y al hecho que la labor de apreciación de la prueba y la convicción mas allá de toda duda razonable respecto de la culpabilidad del menor acusado, corresponde a una actividad soberana propia de los jueces del fondo, cuyos límites son las leyes de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados;

VIGÉSIMO: Que, el Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, apegándose fielmente a la normativa legal aplicable a los menores que cometen delitos como el de robo con violencia calificado de que se le hace responsable como autor, procedió conforme a derecho, y en particular de acuerdo a las normas citadas en esta sentencia, correspondientes a la Ley Nº 20.084, de 2005, que comenzó a regir el 8 de Junio del presente año.

Como se lee de su considerando Vigésimo Séptimo, el tribunal en referencia, luego de dar aplicación al marco regulatorio general, en relación con la pena contemplada por la ley para el delito de que se trata, el grado de desarrollo del ilícito, la participación del acusado y la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal, impuso la rebaja del artículo 21 de la ley, que se realizó desde el mínimo señalado por la ley, en un grado, quedando en presidio mayor en su grado mínimo, esto es, un castigo corporal de cinco años y un día a diez años, que por la concurrencia de la agravante de pluralidad de malhechores y ausencia de atenuantes, se impuso finalmente en el tramo superior del grado determinado, quedando fijada en siete años y ciento ochenta y cuatro días de presidio mayor en su grado mínimo, optando por la aplicación de la redacción original del numeral

1º del artículo 23 de la ley, por ser más favorable al menor, que establecía una opción, eligiendo el Tribunal Oral la del régimen cerrado con programa de reinserción social en la forma dispuesta por el articulo 17 de la misma ley.

En estas condiciones, realizado el examen íntegro de las situaciones de hecho atingentes a la causa, que dicen relación con la actividad delictual del menor y con la normativa legal aplicable, tanto aquella general contemplada en el Código Penal, como aquella especial respecto de los menores que delinquen, a que se refiere la Ley Nº 20.084 y leyes posteriores, que han sido citadas y que legislan sobre la responsabilidad penal de los adolescentes, se comprueba que en la sentencia impugnada, no se han infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución Política de la República ni en tratados internacionales ratificados por Chile, entre ellos la Convención Americana de Derechos Humanos ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni se ha quebrantado el principio de reserva o de legalidad, por cuanto el delito que se imputa al menor estaba claramente establecido y descrito en la ley con anterioridad a su perpetración, y que su penalidad se encuentra también establecida y determinada en la ley.

Por estas consideraciones, disposiciones legales, constitucionales y del Derecho Internacional citadas, y lo ordenado, además, en los artículos 372, 373, letra a), y 384 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA** el recurso de nulidad deducido de fojas 26 a 34, por la abogada de la Defensoría Penal Pública doña Georgina Guevara Cáceres, en representación del menor sentenciado Jonathan Serrano Morales, en contra de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de San Bernardo, de fecha veinte de Junio del presente año, que corre de fojas 1 a 25 de este cuaderno, la que en consecuencia, no es nula.

Regístrese y devuélvanse.

Redacción del Ministro señor Ballesteros.
Rol Nº 3498-07.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. Fernando Castro A.

COMENTARIO:

Mediante fallo dictado el recién pasado 21 de agosto de 2007, la Corte Suprema rechazó un recurso de nulidad **Ingreso Rol N° 3498-07**, interpuesto por una defensora penal pública, que pretendía anular el juicio oral y la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, en que se condenó a un adolescente a la pena de siete años y ciento ochenta y cuatro días de internación en régimen cerrado, por el delito de robo con violencia calificado.

I. Antecedentes del recurso.

El recurso sostenía que producto de la promulgación parcial de la ley 20.191, que modificó la ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal de los Adolescentes, durante un lapso de dos semanas los delitos más graves cometidos por adolescentes y que los harían merecedores de sanciones superiores a cinco años, no tendrían una pena contemplada en la ley.

El origen de esta alegación se encuentra en que el 30 de mayo de 2007 se promulgó la citada ley 20.191 que, entre otras modificaciones, sustituyó enteramente el artículo 23 de la ley 20.084. Sin embargo, la promulgación omitió el numeral 1 del referido artículo 23, en razón de que esa disposición se encontraba sujeta a un requerimiento de constitucionalidad presentado por 33 diputados, que a esa fecha se encontraba pendiente en el Tribunal Constitucional[4], de modo que a contar de la promulgación de la ley 20.191, el artículo 23 de la ley 20.084 careció de su primer numeral, que se encarga de indicar cuál es la sanción que se puede aplicar a los

[4] El objetivo del requerimiento era que se declarara que el nuevo texto del numeral 1 del artículo 23 es inconstitucional, por contravenir normas expresas de la Convención de Derechos del Niño, instrumento internacional que tendría rango constitucional de acuerdo con el artículo 5° de nuestra Carta Fundamental. El Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento.

adolescentes que cometan delitos que los hagan merecedores de una pena superior a cinco años.

Rechazado el requerimiento, el 15 de junio de 2007 se completó la promulgación de la ley modificatoria, pero en el caso que motiva el fallo que se remite, la Defensoría sostuvo que durante el tiempo en que la promulgación estuvo incompleta la ley no contemplaba pena para los adolescentes que cometieran delitos que los hicieran merecedores de sanciones superiores a cinco años, a la sazón, los delitos más graves del ordenamiento jurídico penal, lo que tornaba a la ley 20.084 vigente en ese período en una ley penal intermedia más favorable al imputado, lo que, a su vez, obligaba a su aplicación en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal, sobre excepción al principio de irretroactividad de la ley penal.

II. Principales tópicos de la sentencia de nulidad.

En su **considerando Undécimo**, el fallo de la Corte Suprema sostiene que la ley de responsabilidad penal adolescente no estableció un catálogo especial de delitos para adolescentes, sino que hizo aplicable la ley penal general en la que se describe la conducta y se consultan normas para la determinación de la pena, por lo que no hubo la despenalización que pretendía la defensa.

Agrega, en el **considerando Duodécimo**, que lo que la ley 20.084 hizo fue establecer un sistema diferenciado de sanciones, pero siempre unido como marco referencial al de adultos y que, si bien, estas sanciones deben imponerse en sustitución de las contempladas en el Código Penal y leyes complementarias, no afectan el marco regulatorio previo, puesto que siempre entrarán a regir luego de cumplidas las reglas de determinación legal del castigo.

En los **considerandos Décimo Quinto y Décimo Sexto** se encuentran los argumentos más discutibles del fallo, en tanto concluyen que, con arreglo a las reglas de interpretación de las leyes, debe entenderse que durante el período discutido en el recurso estuvo vigente el numeral uno del artículo 23 en su redacción original, única forma de lograr una interpretación que le dé sentido y coherencia al cuerpo normativo[5].

En lo pertinente y relevante, finaliza señalando, en su **considerando Décimo Octavo**, que del mensaje de la ley modificatoria se infiere que no existió la intención de despenalizar los delitos sino sólo introducir ajustes que previnieran dudas interpretativas y problemas de operatividad. Esta última aseveración descarta la posibilidad de esgrimir razones humanitarias o de justicia material para aplicar la ley intermedia, que es lo que argumentan los autores para sostener la aplicación de la ley más favorable.

Esta sentencia constituye un hito importantísimo en el nuevo sistema de responsabilidad penal de los adolescentes, puesto que, de haber prosperado la alegación de la defensa, la decisión podría haberse constituido en un precedente para numerosos casos de delitos graves cometidos por adolescentes antes del 15 de junio de 2007. Más seria aún habría sido la posibilidad de formular igual alegación respecto de las personas que hoy cumplen penas efectivamente privadas de libertad en recintos de Gendarmería de Chile, superiores a cinco años, que de habérseles aplicado el mismo criterio deberían salir en libertad de inmediato. Según cifras de Gendarmería, al 12 de abril del año en curso había en las cárceles del país un total de 988 personas que fueron condenadas por delitos cometidos siendo adolescentes. Si se considera que es normal que las penas inferiores a cinco años se cumplen en el medio libre en una modalidad alternativa, es posible sostener que un porcentaje importante de esas 988 personas, tal vez la mayoría, se encuentra cumpliendo una pena superior a ese límite y habrían recuperado su libertad si el recurso hubiere sido acogido.

[5] Por una opción de técnica legislativa, la ley 20.191 sustituyó enteramente el artículo 23 de la ley 20.084, por lo que es discutible que la promulgación del primer numeral del nuevo artículo signifique prolongación de la vigencia del antiguo. Podría ser más sostenible afirmar que durante ese período la ley siguió contemplando penas para el primer tramo, puesto que la tabla demostrativa, del inciso final del mismo artículo 23, siguió estableciendo las mismas penas que el antiguo numeral uno, situación que persiste hasta hoy.

III

Artículos

Boletín del Ministerio Público

EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PUBLICIDAD Y EL MINISTERIO PÚBLICO

Miguel Ángel Fernández González [6]

I. Introducción

Respondo a la invitación que me formulara el Fiscal Nacional a participar en este volumen especial, ocupándome de un asunto que se encuentra actualmente pendiente de la decisión de nuestros Tribunales Ordinarios[7], donde se está debatiendo la sujeción del Ministerio Público al principio constitucional de publicidad, a raíz de haber sido demandado de acceso a información, conforme a lo preceptuado en el artículo 13 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado[8].

Concretamente, se ha requerido al Ministerio Público en dicha causa para que entregue al solicitante copia de un informe jurídico elaborado, en noviembre de 2006, por una de sus Unidades Especializadas, en el cual se contiene una opinión legal acerca de si un imputado, sujeto a investigación, incurrió o no en un determinado delito.

Quisiera abordar, en breves líneas, dos cuestiones en torno de este asunto contencioso: Por una parte, si es procedente que se haya demandado de acceso de información al Ministerio Público conforme al procedimiento dispuesto por el artículo 13 de la Ley N° 18.575 (Ley de Bases); y, de otra, yendo al fondo del asunto, si el informe requerido es un documento público o se encuentra sujeto a secreto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8° inciso 2° de la Constitución[9], habiendo obrado acertadamente, en este último caso, dicho Ministerio al negar acceso a esa información.

II. Principio constitucional de publicidad se aplica al ministerio público, pero no la ley de bases

Comienzo recordando que, en virtud de la reforma constitucional contenida en la Ley N° 20.050[10], se incorporó a la Carta Fundamental, en su artículo 8° inciso 2°, el principio de publicidad que, con anterioridad, se encontraba previsto en la Ley de Bases, pero extendiéndolo ahora a todos los órganos estatales y no sólo, como en esa ley, respecto de los entes integrantes de la Administración Pública.

Se encuentra aquí una de las innovaciones relevantes de esa reforma constitucional, ya que mientras en la Ley N° 18.575 los sujetos obligados por el principio de publicidad eran sólo los órganos integrantes de la Administración Pública, ahora ese principio se extiende a todos los entes estatales, alcanzando también al Congreso Nacional, al Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, a los Tribunales de la Justicia Electoral y a los órganos constitucionalmente autónomos.

---

6 El autor es abogado; Magíster en Derecho Público por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Magíster en Investigación Jurídica por la Universidad de los Andes; Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Católica de Chile, en la Universidad de Chile y en la Universidad de los Andes. Es Secretario de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional y miembro del Consejo Nacional Editorial del Centro de Estudios Constitucionales.

7 Causa Rol Nº 10.214-2007, actualmente en trámite ante el 10º Juzgado Civil de Santiago.

8 Cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra contenido en el *Decreto con Fuerza de Ley N° 1*, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial el 17 de noviembre de 2001 y sus reformas.

9 Sobre el principio de publicidad, para mayor detalle, puede consultarse Fernández González, Miguel Ángel, "El principio de publicidad administrativa", en Rolando Pantoja Bauzá (coordinador), *La Administración del Estado en* Chile, Santiago, Ed. Conosur, noviembre 2000, pp. 729-776; "El principio de publicidad de los actos estatales y de los documentos y antecedentes en que se fundan", en Felipe González (Editor), *Cuadernos de Análisis Jurídicos* N° 14, Santiago, Universidad Diego Portales, noviembre de 2002, pp. 187-199. Respecto de la reforma constitucional, del mismo autor, "El principio de publicidad de los actos estatales en el nuevo artículo 8° inciso 2° de la Constitución", Zúñiga Urbina, Francisco (coordinador), *Reforma constitucional*, Santiago, LexisNexis, 2005, pp. 191 – 205.

10 Publicada en el Diario Oficial el 26 de agosto de 2005.

1. Autonomía impide someter al Ministerio Público a la Ley de Bases

No cabe duda que el Ministerio Público se encuentra obligado por lo preceptuado en el artículo 8° inciso 2° de la Constitución. Empero, del mismo modo tiene que comprenderse que no se le aplica, ni es posible, por ende, requerirle información, sobre la base del procedimiento de acceso que contemplan los artículos 13 y 14 de la Ley de Bases, ya que aquel ente constitucional no es parte, orgánica ni funcionalmente, de la Administración del Estado, pues ha sido dotado de autonomía por la Carta Fundamental.

Así, por lo demás y sin ir más lejos, lo ha resuelto nuestra jurisprudencia, en un caso donde se acudió al procedimiento de acceso a información contemplado en la Ley de Bases, respecto de un órgano también constitucionalmente autónomo, como es el Banco Central:

"Que, por otra parte, la Ley 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central, que expresamente lo excluyó de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, constituye una legislación posterior específica a ésta, dictada en cumplimiento del artículo 97 de la Constitución Política, exclusión que, por lo demás, resulta ser consecuencia necesaria del carácter de órgano constitucionalmente autónomo y técnico, con funciones y atribuciones exclusivas y excluyentes que se le confirió al Banco Central de Chile, que, como quedó dicho, se rige únicamente por las disposiciones de su ley orgánica específica, no siendo posible insertarlo en la Administración estatal, a cargo del Presidente de la República, al tenor del artículo 24 de la Carta Fundamental"[11].

En consecuencia, resulta improcedente aplicar el procedimiento de acceso a información pública contemplado en la Ley N° 18.575 respecto del Ministerio Público, desde que este órgano, a raíz de haber sido dotado constitucionalmente de autonomía, no integra ni forma parte de la Administración del Estado, por lo que no puede aplicarse a su respecto la Ley Orgánica Constitucional que rige a aquella Administración[12].

La tesis expuesta, en cuanto a que los entes tipificados como autónomos por la Constitución, no integran los órganos clásicos del Estado –Gobierno, Congreso Nacional o Poder Judicial- ha sido configurada por la doctrina[13] y aceptada por la jurisprudencia[14], debiendo admitirse que, sobre esa base, la Constitución ha estructurado una nueva división de funciones, más coherente con el Estado contemporáneo, abandonando la clásica división tripartita y agregando nuevas funciones como la contralora, la investigativa penal, la jurisdiccional en sede constitucional, la jurisdiccional en materia electoral, la monetaria y la municipal[15].

Desde esta perspectiva y precisamente en relación con el Ministerio Público, se explicó, al discutirse su ley orgánica constitucional, que:

"Se entiende por autonomía la potestad para dirigirse a sí mismo, sin intervención de terceros; ella tiene una dimensión funcional consistente en el libre y expedito cumplimiento de las funciones otorgadas, y una operativa, que permite hacer cumplir las decisiones adoptadas

[11] Considerando 5° de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 26 de septiembre de 2003, Rol N° 6.016-2003. Esta sentencia quedó firme, al rechazar la Corte Suprema el recurso de queja deducido en su contra.

[12] Fernández González, Miguel Ángel, *La nueva justicia penal frente a la Constitución*, Santiago, Ed. LexisNexis, 2006, pp. 179-208.

[13] Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Servicio Público*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1995, pp. 170-171; Pantoja Bauzá, Rolando, *El Derecho Administrativo*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1996, p. 103; Ferrada Bórquez, Juan Carlos, "La autonomía del Banco Central: Breve excurso acerca de su contenido jurídico", *Gaceta Jurídica* N° 203, 1997, pp. 26-38; y Fernández González, Miguel Ángel "Autonomía de los grupos intermedios y determinación de sus propios fines específicos", *XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Valparaíso, Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso, 1999, pp. 77 ff.
Cfr. Aylwin Azócar, Patricio y Azócar Brunner, Eduardo, *Derecho Administrativo*, Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello, 1996, pp. 247-248.

[14] Considerandos 5° y 6° de la sentencia pronunciada el 2 de octubre de 1986, Rol N° 39. En este sentido, léase Cea Egaña, José Luis, "Contribución al estudio de la Ley Orgánica sobre Administración del Estado", X *Revista Chilena de Derecho* N° 3, Santiago, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1983, p. 645.

[15] Cordero Vega, Luis, "La autonomía constitucional", *La Semana Jurídica* N° 34, 2 al 8 de julio de 2001, p. 5.

(...). La autonomía en la especie está referida a los Poderes del Estado. Este concepto fue una de las claves del consenso alcanzado en el estudio del proyecto, porque es consustancial a las funciones investigadoras que se otorgan a la nueva entidad (...)"[16].

En consecuencia, ya no es suficiente visualizar una división tripartita de las funciones del Estado, siendo anómalo encuadrar, siempre y sin excepción en alguno de los tres órganos clásicos, a todas las instituciones constitucionales, sin considerar la tipificación, funciones y demás elementos esenciales que las caracterizan, sobre todo cuando, como en el caso del Ministerio Público, se lo ha dotado de autonomía en el máximo nivel normativo de nuestro Derecho Positivo interno.

2. Principio constitucional de publicidad se aplica a los órganos autónomos

Conforme a lo que se viene explicando, sin embargo, tiene que comprenderse que la improcedencia de acudir a la Ley de Bases para requerir información respecto de los órganos constitucionalmente autónomos, no puede conducir a dejar el artículo 8° inciso 2° de la Carta Fundamental sin aplicación.

Un razonamiento que lleve a este resultado sería lesivo del artículo 6° inciso 2º de la Constitución, en virtud del cual sus preceptos obligan tanto a los titulares o integrantes de los órganos estatales como a toda persona, institución o grupo, con lo cual queda consagrada, en el Derecho Positivo chileno, la fuerza normativa de la Carta Fundamental, tendiente a lograr que efectivamente impere el Principio de Supremacía Constitucional, consagrado en el inciso 1º del artículo citado.

Ello significa que los preceptos contenidos en la Constitución son obligatorios y no constituyen programas, proyectos, idearios o planes, poseyendo energía normativa propia[17], de manera que las normas constitucionales no requieren mediación normativa alguna para aplicarse a las situaciones jurídicas concretas regidas por ellos, a menos que el propio Poder Constituyente haya impuesto, con el rasgo de deber y excepcionalmente, la necesidad de dicha mediación[18].

Lo anterior, con mayor razón, cuando la aplicación directa de la Constitución, como ocurre con su artículo 8° inciso 2°, transparenta el ejercicio de las funciones públicas, tornándola más susceptible de control social y, por ende, más responsable, valores profundos del Estado Constitucional y Democrático de Derecho; al mismo tiempo que acrecienta el respeto y promoción de los derechos humanos. Sobre todo, cuando se ha resuelto, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos[19] y por el Tribunal Constitucional[20], que el derecho de acceso a información pública es un derecho fundamental asegurado en la Constitución y garantizado en la Convención Americana, al formar parte de la libertad de expresión.

Siguiendo esta línea de pensamiento, entonces, los actos – en el sentido amplio o sin distinciones con que usa esa expresión el artículo 8° inciso 2° y no sólo referido a los de naturaleza administrativa- adoptados por el Ministerio Público, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilice son públicos, salvo que se encuentren en alguna de las hipótesis,

---

16 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley de reforma constitucional que crea el Ministerio Público, evacuado el 8 de abril de 1997, contenido en el Diario de Sesiones del Senado, sesión 39ª, p. 4.565.

17 Bulnes Aldunate, Luz: "La fuerza normativa de la Constitución" en *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Universidad Católica de Chile, Número Especial, 1998, p. 137. Véase el considerando 10° de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 27 de octubre de 1983, Rol N° 19; y Cea Egaña, José Luis, *El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica*, Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 1999, p. 180; y del mismo autor: *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo I, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002, pp. 237-238 y 244-246.

18 Fernández González, Miguel Ángel, "La fuerza normativa de la Constitución", *Revista de Derecho Público*, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2001, p. 79.

19 Sentencia pronunciada el 19 de septiembre de 2006, en el caso Claude vs. Chile.

20 Considerando 9° de la sentencia pronunciada el 9 de agosto de 2007, Rol N° 634.

contempladas en el artículo 8° inciso 2° de la Constitución, de secreto o reserva, siempre que así lo haya previsto, en el caso concreto, una ley de quórum calificado.

En suma, no siendo procedente ejercer el derecho de acceso a información pública, respecto de órganos que no forman parte de la Administración del Estado, a través del procedimiento –administrativo primero y judicial después- que contemplan los artículos 13 y 14 de la Ley N° 18.575, es menester acudir a otras vías judiciales para ello, v.gr., por medio de los recursos de protección, amparo y amparo económico o, con carácter de medida prejudicial y por vía ejemplar, según lo dispuesto por el artículo 273 inciso 1° N° 3° del Código de Procedimiento Civil.

III. Informe jurídico elaborado por unidad especializada está amparado, excepcionalmente, por el secreto o reserva

Aclarado que la solicitud de acceso a información, hoy pendiente del 10° Juzgado Civil de Santiago, debe ser rechazada por improcedente, atendida la falta de idoneidad del procedimiento incoado para ello, porque el Ministerio Público no es parte de la Administración del Estado y, por ende, no está sujeto a la Ley N° 18.575, no puede eludirse examinar el fondo del asunto, esto es, si el informe específico requerido es un documento público, conforme a lo dispuesto en el artículo 8° inciso 2° de la Constitución; o si, al contrario, queda cubierto por el secreto o reserva que, excepcionalmente, rige respecto de ciertos actos estatales, sus fundamentos o los procedimientos seguidos para su dictación.

3. Excepcionalidad del secreto o reserva

Útil es recordar, antes de resolver la duda planteada, que el principio de publicidad constituye, conforme a lo preceptuado en la norma constitucional, la regla general aplicable a todo acto estatal –y no sólo a los actos administrativos-, a sus fundamentos y a los procedimientos seguidos para adoptarlos.

Empero, dicho principio no es absoluto, sino que admite excepciones, puesto que "una democracia constitucional genuina, desde el doble ángulo de lo público y lo privado, se tipifica por la información amplia pero no ilimitada, el pluralismo de las fuentes noticiosas, el libre debate y crítica, la transparencia en las decisiones, la buena fe y confianza en las actuaciones, así como otras cualidades que, incluyendo casos instrumentales de secreto o reserva, la convierten en gobierno visible, controlable y responsable por antonomasia"[21].

4. Causales constitucionales para declarar el secreto o reserva

A partir de la reforma constitucional contenida en la Ley N° 20.050, es el propio texto fundamental, en su artículo 8° inciso 2º, el que señala que el secreto o reserva sólo puede ser declarado por ley de quórum calificado –a menos que se requiera, incluso, que la ley sea orgánica constitucional- y nada más que cuando concurra alguna de las cuatro causales taxativas que allí se declaran[22]; a saber:

- Cuando la publicidad pueda afectar el debido cumplimiento de sus funciones por el órgano respectivo, es decir, cuando la difusión o conocimiento de la información requerida por el solicitante evita del todo o embaraza el adecuado ejercicio de las tareas que corresponde desempeñar a ese órgano, las cuales se encuentran determinadas por el haz de competencia definido en la Constitución o la ley, conforme al artículo 7° inciso 2º de la Carta Fundamental;
- Cuando, con la publicidad, se puedan ver afectados derechos de terceros, si bien el artículo 8° no especifica de qué derechos se trata, pero es indudable que, entre ellos, se encuentran necesariamente los de jerarquía constitucional, así como los contemplados en tratados internacionales vigentes en nuestro país;

[21] Cea Egaña, José Luis, "Vida pública, vida privada y derecho a la información: Acerca del secreto y su reverso", III *Revista de Derecho*, Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 1992, pp. 21-22.

[22] *Diario de Sesiones del Senado*, sesión 7ª, celebrada el martes 14 de abril de 1998, publicada por *El Mercurio* de Santiago el 24 de abril de 1998, p. 7.

- Cuando revelar la información puede afectar la seguridad de la Nación; y
- Cuando puede lesionarse el interés nacional.

Estas dos últimas causales constituyen expresiones jurídicamente abiertas o indeterminadas, por lo que el valor de ellas no estriba en conceptualizarlas, sino, precisamente, en que, aunque no pueda asignárseles una definición operativa, tienen un contenido evidente y de profunda riqueza, el cual, como es bien sabido, tiene que ser definido, caso a caso, por los Tribunales de Justicia[23].

5. Diferencia entre *causales* y *casos* de reserva

Importante es detenerse en la distinción –que, en principio, puede aparecer semántica, pero tiene profundas repercusiones jurídicas- entre *causales* y *casos* de reserva, la cual surge nítida del artículo 8° de la Constitución.

Así, por una parte, las *causales* consisten en el fundamento o justificación[24] en virtud del cual el legislador de quórum calificado –u orgánico constitucional, según corresponda- declara que ciertos o determinados actos, sus fundamentos o su procedimiento son secretos. Ellas son nada más que las cuatro que, taxativamente, contempla el artículo 8° inciso 2° de la Carta Fundamental. En cambio, los *casos* son las declaraciones precisas formuladas por el legislador, fundado en una o varias de las cuatro causales constitucionales, relativos a los actos, fundamentos o procedimientos concretos que determinará como secretos.

Haciendo un símil, que es plenamente válido, lo mismo ocurre entre las cinco causales constitucionales que incluye la función social del dominio, en el artículo 19 N° 24° inciso 2° de la Carta Fundamental, y las limitaciones y obligaciones concretas que, en virtud de ellas, puede imponer la ley al propietario.

Pues bien y como es natural en el texto constitucional, el artículo 8° inciso 2° ha señalado las causales que habilitan al legislador, para declarar la reserva, dejando a éste la determinación de los casos concretos en que un acto, sus fundamentos o el procedimiento seguido para adoptarlo serán, con base en aquellas causales, ajustados a la Carta Fundamental.

6. Régimen del secreto en el Código Procesal Penal

Examinando el Código Procesal Penal y la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público se advierte que constituye una de las características más notables del nuevo proceso penal, especialmente cuando se lo compara con el antiguo y con la cultura del secreto que impera tanto en nuestro ambiente jurídico como en el accionar de todos los órganos estatales, el principio de publicidad, del cual arranca parte importante de su estructura y, además, se erige en soporte de nuevas especies de procedimiento[25].

Por ello, "en general las disposiciones sobre secreto son escasas, lo cual es una buena señal porque de esta manera se puede observar cómo nuestro legislador se ha ido modernizando y colocándose a la altura de las legislaciones avanzadas en materia procesal penal, donde se respeta la publicidad como derecho fundamental para resguardar la defensa del sujeto procesal pasivo"[26], siendo **las más relevantes las que se contemplan los artículos 92º, 182º y 289º del Código Procesal Penal.**

---

[23] Véase la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 3 de julio de 2007, en causa Rol N° 1.380-2007.

[24] *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Madrid, Ed. Espasa, 2001, p. 328.

[25] Véase la Ley N° 19.968 que creó los Tribunales de Familia, publicada en el Diario Oficial el 30 de agosto de 2004; así como la Ley N° 20.022, publicada en el Diario oficial el 30 de mayo de 2005, en virtud de la cual se crearon Juzgados Laborales y Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional.

[26] Palma Alonso, Beatriz Alejandra, *Publicidad y secreto en el nuevo Código Procesal Penal*, Santiago, Memoria de Grado Universidad de los Andes, 2002, p. 38.

7. Naturaleza del informe requerido

Desde el ángulo del artículo 8° inciso 2° de la Constitución y utilizando la definición contemplada en el artículo 3° de la Ley N° 19.880[27], aunque sólo como criterio orientador, pues esta ley tampoco es aplicable al Ministerio Público, por las mismas razones ya expuestas a propósito de la Ley N° 18.575, el informe que ha sido judicialmente requerido no es un acto, si bien puede considerarse como fundamento para que el Ministerio Público haya adoptado un determinado acto o decisión y, en este sentido, podría ser alcanzado por la publicidad que impone aquella norma constitucional.

Teniendo en consideración el contenido del informe, menester resulta advertir que él constituye una *opinión legal*, ciertamente elaborada por uno o varios abogados de una Unidad Especializada del Ministerio Público, con el objeto que las autoridades competentes de esa entidad adopten alguna decisión –un acto- vinculada al desenvolvimiento de las funciones que el artículo 83 de la Constitución les encomienda, probablemente, el ejercicio de la acción pública.

Como lo ha señalado el Fiscal Nacional, "según esa normativa, las Unidades Especializadas tienen como función primordial *asesorar* a los fiscales en las investigaciones, *pudiendo desarrollar sus posiciones jurídicas* para los casos concretos sobre los tipos penales, grado de participación y procedimientos aplicables y, además efectuar aportes a ellas con las pericias emitidas por sus profesionales y levantamiento de información de imputados"[28].

Por ende, el informe no es un acto de investigación. Antes bien, ha sido emitido, sin carácter vinculante por cierto, para que otras autoridades, del mismo Ministerio Público, puedan decidir cómo ejercer sus atribuciones, sea que lo hagan sometiéndose a la opinión que se contiene en el documento o, disintiendo de ella, de manera diversa, de modo que así puedan dar debido cumplimiento a las funciones que les son inherentes.

8. Causal constitucional y caso legal que justifican el secreto del informe

Cuanto viene siendo expuesto permite aclarar, sin asomo de duda, que concurre en la especie la causal constitucional que habilita para declarar reservado el informe que se ha solicitado conocer, ya que revelarlo puede afectar el debido cumplimiento, por el Ministerio Público, de las funciones o tareas que le ha encomendado la Carta Fundamental en el ya referido artículo 83.

Sin embargo, es preciso que el legislador haya contemplado un precepto que sustente ese secreto, sobre la base de aquella causal constitucional, pues, de lo contrario, la determinación de si el informe es público o no quedaría entregada a la autoridad requerida, potestad que ha sido declarada contraria a la Carta Fundamental por el Tribunal Constitucional[29].

Ahora bien, buscando el precepto legal en que se sostendría el carácter secreto o reservado del informe, es menester reconocer que ninguno de los tres preceptos del Código Procesal Penal, referidos en el párrafo anterior, sirve para justificar ese secreto, puesto que el artículo 92 contiene una prohibición aplicable a los funcionarios policiales; el 182 se refiere a las actuaciones de investigación y el informe no constituye una actuación de esa especie, ya que, conforme lo exige el artículo 181 inciso 1° del Código Procesal Penal, no se trata de un acto tendiente a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes en el mismo; y, en fin, el artículo 289 se aplica durante el juicio oral.

Sin embargo, atendida la naturaleza del informe solicitado judicialmente, al contener una opinión legal, su origen en una Unidad Especializada del Ministerio Público y no constituyendo

[27] Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, publicada en el Diario Oficial el 29 de mayo de 2003.

[28] *Oficio N° 145*, dictado por el Fiscal Nacional, el 18 de marzo de 2005.

[29] Considerandos 27°, 28° y 30° de la sentencia citada en *supra* 14.

un acto de investigación, surge nítido que él se encuentra amparado por lo preceptuado en el artículo 217 inciso 2° del Código Procesal Penal, en relación con lo dispuesto en su artículo 303. El primero de esos preceptos legales prohíbe al juez requerir la entrega de documentos respecto de personas a quienes la ley reconoce la facultad de no prestar declaración, es decir, conforme a la segunda norma, aquellas personas que por su estado, profesión o función legal tienen el deber de guardar el secreto que se les haya confiado.

En este sentido, no hay duda que el Director y demás funcionarios de las Unidades Especializadas tienen deber de guardar el secreto que, en razón de ese cargo, es decir, por su función legal –en la fórmula contemplada en el artículo 303 referido- se les haya confiado, cuando sus informes u opiniones no constituyen actos de investigación, porque de lo contrario podría afectarse el debido cumplimiento de las funciones o tareas que la Carta Fundamental ha encomendado al Ministerio Público en su artículo 83. En cambio, cuando esos informes u opiniones son constitutivos de esa especie de actos, ellos quedan sujetos a las normas sobre publicidad o reserva contempladas en el Código Procesal Penal respecto de esa fase del proceso penal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8° inciso final de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público en relación con los artículos 92º y 182º del Código Procesal Penal.

IV. Conclusiones

Termino este comentario, reiterando mi agradecimiento al Fiscal Nacional, que pronto deja sus altas funciones, habiendo puesto en marcha notablemente el Ministerio Público en nuestro país, concluyendo que los actos de esta Institución, sus fundamentos y los procedimientos llevados a cabo para dictarlos son públicos, conforme a lo dispuesto en el artículo 8° inciso 2° de la Constitución, sin perjuicio que la ley, de quórum calificado u orgánica constitucional, según sea el caso, puede declarar algunos de esos actos, fundamentos o procedimientos secretos o reservados, en virtud de las causales contempladas en aquel precepto constitucional. Precisamente, el legislador ha dispuesto, excepcionalmente, varios casos de secreto o reserva, v .gr., en los artículos 92, 182, 289 y 303 del Código Procesal Penal.

Más concretamente, el informe elaborado, en noviembre de 2006, por una Unidad Especializada del Ministerio Público, se encuentra amparado por el secreto o reserva contemplado en el artículo 217 inciso 2° del Código Procesal Penal, en relación con lo dispuesto en su artículo 303, ya que no constituye un acto de investigación, pues no se trata de un acto tendiente a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes en el mismo. Empero, cuando lo actuado por esas Unidades es constitutivo de un acto de investigación, queda sujeto a las reglas generales dispuestas en la materia, particularmente, en el aludido artículo 182.

En todo caso y examinando el requerimiento de información pendiente en el 10° Juzgado Civil de Santiago, que ha motivado este comentario, la solicitud debe ser rechazada, por improcedente, ya que se ha impetrado el acceso de información conforme al procedimiento previsto en los artículos 13 y 14 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, en circunstancias que el Ministerio Público no forma parte de aquella Administración ni le son aplicables, en modo y para caso alguno, los preceptos de dicha ley, puesto que ha sido dotado de autonomía directamente por la Constitución.

PRUEBA ILÍCITA Y RECURSO DE NULIDAD
(O ¿PARA QUÉ ESTÁ LA CORTE SUPREMA?)[30]

Héctor Hernández Basualto[31]

1. Las competencias en materia de prueba ilícita

A diferencia de lo ocurrido en otras tradiciones jurídicas, en el derecho chileno la exclusión de prueba por inobservancia de garantías fundamentales no tiene su origen en la jurisprudencia, sino en un acto de autoridad legislativa, específicamente en la introducción del inciso tercero del art. 276 del Código Procesal Penal[32].

Esta circunstancia a primera vista inocua parece subyacer, no obstante, a las significativas dificultades que han tenido nuestros tribunales, en particular la Corte Suprema, para dar respuestas adecuadas en la materia. Tales dificultades, que redundan en una alarmante reticencia a pronunciarse sobre el fondo del asunto, han girado fundamentalmente en torno a la cuestión formal de las *competencias* de cada tribunal para conocer de cuestiones relativas a la prueba ilícita.

Al respecto el Código regula con toda claridad *dos extremos*: por una parte la competencia del juez de garantía para excluir la prueba ilícita en la audiencia de preparación de juicio oral[33] y, por la otra, la competencia del tribunal que conoce del recurso de nulidad para anular la sentencia y el juicio en el que se ha incorporado prueba que debió ser excluida por el juez de garantía en la primera oportunidad señalada[34]. El primer extremo nunca ha sido puesto en duda, sencillamente porque resulta indiscutible atendida la competencia respecto de la audiencia de preparación de juicio oral. El segundo, en cambio, ha dado lugar a vacilaciones que, sin embargo, son incomprensibles a la luz del claro texto legal.

Que el tribunal llamado a conocer del recurso de nulidad tiene competencia en la materia se desprende inequívocamente del art. 373 a) ya en su versión original, toda vez que la incorporación en juicio de prueba obtenida "con inobservancia de garantías fundamentales" constituye, por definición, ejemplo paradigmático de vulneración de las mismas, determinando de paso, conforme

[30] El texto corresponde a la conferencia dictada el 24 de agosto de 2007 en el marco de las Jornadas de Actualización Jurídica organizadas por los estudiantes de Derecho de la Universidad de Valparaíso.

[31] El autor es Magíster y Doctor en Derecho, Universidad Albert – Ludwig de Friburgo. Profesor de Derecho Penal, Universidad Alberto Hurtado.

[32] En lo sucesivo, artículos sin otra mención corresponden a los del Código Procesal Penal.

[33] Y la eventual competencia de la Corte de Apelaciones para conocer del recurso de apelación contra el auto de apertura en caso de exclusión por ilicitud de prueba ofrecida por el Ministerio Público (art. 277).

[34] El Código sólo guarda silencio respecto de la competencia del tribunal de juicio oral, dando lugar a diversas interpretaciones. En la actualidad se sostienen básicamente dos: aquélla conforme a la cual el tribunal no puede excluir formalmente el medio de prueba pero sí puede dejar de valorarlo en razón de su origen ilícito (así *Hernández*, Héctor: La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno, Colección de Investigaciones Jurídicas - Universidad Alberto Hurtado, Nº 2, Santiago 2002, p. 90, y la práctica jurisprudencial aparentemente mayoritaria); y la que le niega toda competencia, de modo que sólo le cabe recibir y valorar la prueba ilícita en su mérito probatorio, dejando para el recurso de nulidad cualquier discusión sobre su legitimidad (así *López*, Julián en *Horvitz*, María Inés / *López*, Julián: Derecho procesal penal chileno, Editorial Jurídica de Chile, T. II, Santiago 2004, p. 200 y ss.). Aunque atendibles, los argumentos "de buen funcionamiento" de *López* no nos resultan convincentes. Mayor fuerza hace, sin embargo, que la no valoración, además de ser obviamente un mero sucedáneo del mecanismo óptimo ideado por la ley, se pueda convertir siquiera inconscientemente en un medio para eludirlo, que es lo que ocurre cuando, por el hecho de declararse formalmente que no se ha valorado una prueba ilícita rendida, no se acoge luego el recurso de nulidad (por "falta de agravio") dirigido contra una condena que se presenta como fundada en otras pruebas. Lamentablemente, como lo adelantaba *López* (p. 201, 203), ésta es la tendencia jurisprudencial. Cabe hacer notar que esta posibilidad está excluida en nuestra propuesta, conforme a la cual en caso de condena de todos modos debe proceder la nulidad de la sentencia y del juicio aunque la prueba que no debió rendirse no haya sido formalmente valorada, sin que ello implique contradicción con el art. 375, en virtud de la simple sospecha de influencia (p. 94 y s.).

al art. 376, la específica competencia de la Corte Suprema. A esto se suma el claro tenor del inciso segundo del art. 277, cuando, luego de restringir severamente la apelación contra el auto de apertura de juicio oral, señala que "lo dispuesto en este inciso se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del *recurso de nulidad* en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales", con lo que a todas luces indica que ciertas decisiones del juez de garantía sirven de fundamento idóneo para el recurso de nulidad[35]. No lo entendió así, lamentablemente, la Corte Suprema, al menos en su jurisprudencia inicial.

2. La jurisprudencia inicial de la Corte Suprema

En efecto, la Corte Suprema se rehusó sistemáticamente a pronunciarse sobre el fondo del asunto en varios casos en que se alegó incorporación de prueba ilícita en juicio. El argumento formal se construía con el encabezado original del art. 373 a), conforme al cual se debía anular la sentencia cuando "*en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia*, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes". En la medida en que, sin embargo, la obtención de la prueba con inobservancia de garantías fundamentales se había producido durante la etapa de investigación, la Corte entendía que no se cumplía con el requisito legal[36].

El argumento es erróneo, pues el vicio que permite fundar la nulidad del juicio y de la sentencia no es el vicio propio de la obtención de la prueba, sino uno específico del juicio oral, consistente en la incorporación en éste de una prueba que debió ser excluida en la audiencia de preparación por respeto a las garantías fundamentales, incorporación que en cuanto tal representa una vulneración de dichas garantías; esto sin contar con que el argumento desatiende manifiestamente la remisión expresa al recurso de nulidad contenida en el ya citado art. 277[37].

Lo más grave de este proceder no estriba, sin embargo, como es obvio, en la errónea interpretación de reglas legales específicas, sino más bien en la pobre función que el máximo tribunal de la República gratuitamente se autoimpone en el contexto del resguardo de las garantías fundamentales en el proceso penal chileno. Porque en definitiva la Corte Suprema afirma que en materia de obtención de material probatorio con infracción de garantías fundamentales los jueces de garantía resuelven en única instancia, o a lo más, y sólo en el caso que excluyeran prueba, con el eventual control de las Cortes de Apelaciones.

La sola representación del juez mixto de Pozo Almonte, del juez de garantía de Río Negro o en general de cualquier juez de garantía resolviendo sobre la legitimidad de un allanamiento o de una detención, esto es, sobre los alcances concretos de las garantías fundamentales de la investigación criminal en Chile, en forma definitiva, sin posibilidad alguna de control por parte del tribunal supremo del país resulta simplemente grotesca y justifica la pregunta por el sentido y necesidad de contar con una Corte Suprema en materia de proceso penal. Porque la tarea principal de los tribunales supremos en el mundo al respecto es, precisamente, la de ir precisando con carácter general hasta dónde alcanzan las garantías de las personas frente a la pretensión punitiva del Estado[38], particularmente en lo que concierne a las atribuciones de los órganos de persecución penal en la etapa de investigación, pues, como bien se ha destacado

[35] *Hernández*, La exclusión, p. 93 y s.; *López* en *Horvitz / López* II, p. 194 y s.; *Bofill*, Jorge: Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez II (2005), 689 (692).

[36] Una síntesis de la jurisprudencia al año 2003 en *De la Fuente*, Felipe: Nuevo proceso penal, Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez I (2004), 363 (370 y ss.).

[37] *Hernández*, La exclusión, p. 94; *López* en *Horvitz / López* II, p. 195 con nota al pie 293.

[38] Piénsese sólo en la impresionante actividad jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos o, mucho más cerca e inmune a la objeción de tratarse de una realidad propia del mundo desarrollado, en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina (una buena recopilación crítica de la misma en *Carrió*, Alejandro: Garantías constitucionales en el proceso penal, 5º edición, Hammurabi, Buenos Aires 2006).

conforme a toda la experiencia tanto comparada como propia, es justamente en esta etapa que se producen las principales afectaciones de los derechos de las personas[39].

Ante esta desafortunada situación el legislador reacciona suprimiendo el resquicio mediante la Ley Nº 20.074, de 14 de noviembre de 2005, conforme a la cual (Nº 46 del art. 1º) el art. 373 a) pasa a referirse ahora a la infracción de garantías fundamentales "en cualquier estado del procedimiento"[40]. Hubiera sido de esperar que con esto se superaran las dificultades, pero faltaba todavía un episodio extremo y bochornoso que vendría a complicar aún más las cosas. Se trata del fallo de la Corte Suprema en el llamado caso "Spiess".

Contra la sentencia condenatoria dictada en dicha causa por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco se interpusieron sendos recursos de nulidad, con fundamento, entre otras razones, en una supuesta infracción del art. 154 de la Ley general de Bancos en cuanto a los términos en que se habría autorizado el levantamiento del secreto bancario y en la circunstancia de que las declaraciones de una testigo de la acusación que obraban en la carpeta del fiscal como si hubiesen sido prestadas ante éste, en realidad habían sido tomadas por el abogado querellante en su oficina particular, lo que sólo se descubrió en la audiencia del juicio. En su sentencia de 1 de junio de 2006 la Corte entendió que los restantes capítulos de nulidad, en caso de ser efectivos, constituirían motivos absolutos de nulidad de acuerdo con el art. 374, de modo que dejó entregado su conocimiento a la Corte de Apelaciones de Temuco, y se pronunció sólo respecto de los dos capítulos mencionados, declarando inadmisibles los respectivos recursos sin entrar al fondo de los mismos. En primer lugar sostiene "que las infracciones que hubieren podido cometerse con anterioridad al juicio no pueden servir de fundamento para pedir su nulidad" (considerandos 3º y 7º), con lo cual ignora completamente la nueva redacción del art. 373 letra a) ¡a casi siete meses de haber entrado en vigencia la Ley Nº 20.074!

Adicionalmente, sin embargo, agrega un nuevo argumento que conduce a las mismas consecuencias pero que, al ser independiente de la nueva formulación legal del recurso, de la cual tarde o temprano la Corte tendría que imponerse, tiende a perpetuar el error. El argumento consiste en sostener que incluso en caso que se declarara la nulidad del juicio los recurrentes no obtendrían remedio para su situación, ya que dicha nulidad no podría alcanzar a las actuaciones anteriores al juicio oral, debiendo el nuevo juicio realizarse bajo las mismas condiciones ilegítimas en que se funda el recurso, con lo cual habría de arribarse al mismo resultado (considerandos 3º y 7º). En definitiva, las vulneraciones a las garantías fundamentales anteriores al juicio –que son, como se ha dicho, las más habituales y relevantes– simplemente no tendrían solución en nuestro ordenamiento jurídico, de modo que, casi por economía procesal, deben declararse inadmisibles los recursos fundados en ellas.

Sin perjuicio de lo aberrante que resulta una vez más esta conclusión y, específicamente, la pretensión de que el máximo tribunal de la República tenga facultades para anular juicios y sentencias definitivas pero no para mandar enmendar el auto de apertura en que éstos se fundan, es evidente que el argumento descansa, además, sobre una lectura errónea de la ley. Por inequívoco mandato legal la Corte Suprema sí puede -y debe- modificar los presupuestos

[39] Críticos ya *De la Fuente*, Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez I (2004), 363 (370 y s.); *Bofill*, Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez II (2005), 689 (691 y s.).

[40] Sin perjuicio de las buenas intenciones que la inspiraron y de su efecto benéfico, en rigor la modificación incurre en el mismo error de la Corte Suprema, sólo que a la inversa: es absurdo que una infracción de garantías fundamentales producida antes del juicio permita anularlo si no tiene efecto en el mismo, como no obstante sugiere la nueva redacción (debería aclararlo, sin embargo, el art. 375). Cualquiera que sea su origen, sólo algo que ocurre en el juicio e incide en la sentencia puede servir de fundamento para la nulidad, de donde se sigue que la redacción original era la correcta.

del juicio anulado, en la medida en que sea necesario para que el nuevo juicio se verifique en condiciones justas y racionales.

Esto es precisamente lo que dispone el art. 386, cuando señala que, salvo los casos en que procede la sentencia de reemplazo, "si la Corte acogiere el recurso anulará la sentencia y el juicio oral, *determinará el estado en que hubiere de quedar el procedimiento* y ordenará la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral". Es indudable, entonces, que la sentencia de nulidad no sólo tiene por objeto anular el juicio y la sentencia y ordenar la práctica de un nuevo juicio, sino que, además, debe asegurar las condiciones de éste, retrotrayendo el procedimiento hasta donde sea necesario. En algunos casos sólo será necesario repetir el juicio, en otros deberá enmendarse el auto de apertura, en otros, en fin, deberá reabrirse la investigación. No es algo que la ley pueda resolver exhaustivamente, razón por la cual ha optado porque sea la Corte competente la que lo resuelva en cada ocasión.

Lo confirma el ya citado art. 277 con su referencia expresa al recurso de nulidad. Es indudable que la norma dispone que lo que se resuelve incorrectamente en la audiencia de preparación de juicio oral puede y debe ser corregido mediante el recurso de nulidad contra la sentencia fundada en esa decisión errónea. De lo contrario la remisión carecería de todo sentido.

Lo confirma también la regulación en materia de *nulidad procesal*. En efecto, el inciso tercero del art. 165, luego de declarar enfáticamente y con detallada ejemplificación que "la declaración de nulidad no podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores", dispone que esto rige *"salvo en los casos en que ello correspondiere de acuerdo con las normas del recurso de nulidad"*, agregando luego, en el inciso cuarto, algo que carecería de sentido si efectivamente lo resuelto en la etapa de investigación y no enmendado en la misma no pudiera ser revisado a través del recurso de nulidad, como es que la solicitud de nulidad "constituirá *preparación suficiente del recurso de nulidad* para el caso que el tribunal no resolviere la cuestión de conformidad a lo solicitado".

Como se ve, no sólo el sentido común, sino también el texto legal coinciden en encomendarle a la Corte Suprema la tarea de revisar en sede de recurso de nulidad si efectivamente la prueba rendida en juicio se obtuvo mediante inobservancia de garantías fundamentales, debiendo, en caso afirmativo, anular la sentencia y el juicio y ordenar la realización de uno nuevo, no sin antes hacer todo lo necesario para que éste se desarrolle en las condiciones legítimas que le faltaron al primero. Lo único discutible es *cómo* debe hacer esto último. Se podría pensar en que la Corte enmendara directamente el auto de apertura o dictara uno nuevo; o bien en que ordenara al tribunal que lo dictó que lo modifique; o bien en que ordenara la realización de una nueva audiencia de preparación, en la cual, sin embargo, debe necesariamente excluirse la prueba en cuestión, etc. Se trata de una cuestión opinable para la cual existen varias alternativas legítimas, de modo que su concreta dilucidación tiene una importancia más bien secundaria. Lo verdaderamente relevante es que supere un argumento tan falaz como nefasto en sus consecuencias.

3. El esperanzador giro de la Corte

Afortunadamente la Corte Suprema ha comenzado a enmendar su jurisprudencia, dándole un importante giro en la dirección correcta. Dos fallos recientes, de junio de 2007, permiten abrigar esperanzas sobre el futuro. En ellos la Corte entra por primera vez al fondo del asunto planteado, declarando en ambos casos la nulidad de la sentencia y del juicio por haberse incorporado en éste prueba que, en cuanto obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, debió haber sido excluida.

En el fallo de 6 de junio de 2007 (Rol 678/07) se trata de la incorporación como prueba en juicio de un revólver y unos cartuchos encontrados en el domicilio del imputado, al cual se ingresó

sin orden judicial luego de haberse detenido al imputado en otro lugar. La Corte consideró que no era suficiente legitimación para el ingreso ni la orden de detención que autorizaba con ese fin el allanamiento de la morada del imputado ni la supuesta autorización verbal de éste mientras se encontraba detenido. Consecuentemente, declaró la ilegalidad del allanamiento y de la incautación (considerando 5º), y conculcadas tanto la garantía de la inviolabilidad del hogar como, en tanto el proceso posterior fundado en esa infracción no pudo conformarse a las garantías constitucionales, la garantía del debido proceso, consagradas en la Constitución Política y en los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, específicamente en el Pacto de San José de Costa Rica (considerando 6º).

En el fallo de 11 de junio de 2007 (Rol 1836/2007) se trata de la incorporación como prueba de varios discos compactos con material pornográfico que se encontraban en una oficina del imputado, además de uno obtenido de la grabación de archivos computacionales guardados en el computador personal del mismo. Los discos compactos fueron aportados por la madre de la víctima, quien, si bien por su calidad de dependiente del imputado estaba facultada para ingresar al lugar, había registrado sin autorización la mencionada oficina y, en especial, el computador del imputado. La Corte consideró vulnerada tanto la garantía de inviolabilidad del hogar como, por haber negado lugar los jueces sentenciadores a la incidencia planteada al respecto por la defensa, la garantía del debido proceso (considerando 4º).

Lo más relevante desde la perspectiva de este trabajo es que ambos fallos afirman expresamente las facultades de la Corte para enmendar las situaciones planteadas. Así, en el primer fallo se puede leer, con clara alusión a la modificación del art. 373 letra a), que "aun cuando previamente, durante la preparación del juicio oral, la defensa del sentenciado trató de excluir el arma de fuego como prueba ilícita ante el juez de garantía -quien desestimó la solicitud- *ello no limita a esta Corte para revisar el procedimiento por esta vía y concluir como aquí lo ha hecho, pues se trata de dos estadios procesales diferentes* y que, en el presente caso, existiendo quebrantamiento constitucional, procede la presente revisión, siendo de advertir que la expresión 'cualquier etapa del procedimiento' ha de comprenderse conforme a la extensión que a ello da el artículo 7 inciso 2° del Código Procesal Penal, que dispone entender como primera actuación del procedimiento 'cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible'" (considerando 7º, énfasis agregado). Por su parte, el segundo fallo argumenta en términos muy similares, agregando expresamente que "con la reforma hecha por la Ley N° 20.074, de 14 de noviembre de 2005, a la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, es ahora procesalmente posible declarar la nulidad del juicio oral y de la sentencia cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes" (considerando 5º).

Lamentablemente, sin embargo, ninguno de los fallos se atreve a resolver expresamente sobre las condiciones en que debe realizarse el nuevo juicio. En efecto, al fallar favorablemente el recurso se limitan a declarar "la nulidad del juicio oral y de la sentencia..., debiendo fijarse nuevo día y hora para la realización de la audiencia de un nuevo juicio oral, ante tribunal no inhabilitado", sin decir nada sobre el estado en que ha de quedar el procedimiento, como manda el art. 386. Si bien las tajantes declaraciones en orden a que la prueba debió ser excluida deberían provocar que las partes acusadoras se abstuvieran de presentarla, en tanto no se modifique el auto de apertura nada garantiza que efectivamente no la presenten, dejando en ese caso en

incómoda situación al tribunal oral y haciendo fracasar de nuevo el modelo preventivo y no meramente represivo previsto por la ley. Más aún, tampoco puede descartarse que en el peor de los casos se cumpla de hecho la maldición profetizada en el fallo "Spiess" y que los acusados sean condenados nuevamente en virtud de una prueba ilícita que se revela inmortal.

A todas luces éste constituye el gran capítulo pendiente en el giro que la Corte Suprema le ha dado a su jurisprudencia en materia de prueba ilícita y recurso de nulidad. Con todo, el hecho mismo del giro, que debe celebrarse sin reservas, permite abrigar fundadas esperanzas en cuanto a su próxima conclusión.

Con esto no se quiere decir que los últimos fallos no sean susceptibles de discusión y crítica desde otras perspectivas. Así, por ejemplo, si bien se puede compartir el resultado, las razones más bien formales por las que se consideró ilegítima la incautación del revólver en el primer caso resultan poco convincentes[41]. En el segundo caso, aunque también se tienda a compartir el resultado, se echa de menos alguna reflexión sobre los alcances de la exclusión de prueba obtenida por particulares, especialmente pertenecientes al entorno de la víctima[42], en tanto que no puede compartirse, al menos no por las razones esgrimidas, la decisión contraria a excluir, como exige la doctrina mayoritaria entre nosotros[43], la prueba indirecta o derivada[44]. En el mismo fallo se aprecia todavía una perniciosa confusión con la lógica de la nulidad procesal[45], en tanto que en ninguno de los fallos parece suficientemente decantado el papel que le corresponde a la garantía genérica del debido proceso en la discusión sobre prueba ilícita, con lo cual se corre el riesgo de que quede relegada a ser mero recurso retórico, sin contenido.

Todas estas cuestiones merecen por sí solas un análisis acabado que aquí, sin embargo, no puede abordarse. Como sea, lo que debe destacarse en este contexto es que sin el giro jurisprudencial de la Corte Suprema simplemente no habría objeto para el análisis. Es recién gracias a estos fallos que en Chile, a casi siete años del comienzo gradual de la reforma procesal penal, podemos empezar a discutir en concreto sobre los alcances de la exclusión de la prueba ilícita. Esto no es poco y merece ser reconocido. A pesar de tan lamentables inicios, afortunadamente nuestra Corte Suprema comienza a estar para lo que tiene que estar.

41 Parece decisiva en ese caso la falta de genuina voluntariedad del imputado detenido, más que la circunstancia de no haber recibido las policías instrucciones precisas para indagar, que es lo que, en definitiva, se objeta (considerando 5º).

42 Al respecto *Hernández*, La exclusión, p. 65 y ss.; *López* en *Horvitz / López*, II, p. 228.

43 Al respecto *Hernández*, La exclusión, p. 76 y ss.; *López* en *Horvitz / López*, II, p. 219 y s.; *Zapata*, María Francisca: La prueba ilícita, LexisNexis, Santiago 2004, p. 29, 31; *Tavolari*, Raúl: Instituciones del nuevo proceso penal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2005, p. 154 y s.

44 Que la prueba se haya obtenido luego de la formalización (considerando 6º) no dice absolutamente nada sobre el punto decisivo, como es si la prueba se obtuvo gracias a la vulneración inicial.

45 Así concluye el considerando 5º: "El perjuicio, elemento esencial cuando se trata de nulidades procesales, en este caso la ley lo presume de derecho pues se ha impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República, como lo sanciona el artículo 160 del Código de Enjuiciamiento Penal".

REFLEXIONES SOBRE EL TRATAMIENTO PENAL DEL CONSUMO DE DROGAS

Daniel Martorell Correa[46]

I. Introducción

El consumo de drogas, es, directa o indirectamente tratado por todas las legislaciones penales existentes; ello ya que, o bien se regula él mismo en cuanto a generar responsabilidad penal, sea a título de delito o falta, o en cuanto el drogadicto adquiere una condición de inimputabilidad penal, lo que lo aleja de la sanción penal y lo acerca a alguna medida de seguridad. Dentro del contexto normativo regulativo, la posibilidad de generar presunciones de responsabilidad en relación al delito de tráfico de estupefacientes emanada del consumo, DEBE, ser completamente desterrada de las legislaciones positivas.

Del mismo modo los casos de intoxicación preordenada por el sujeto (aplicable también a la ingesta alcohólica) deben ser resueltos conforme a las reglas generales de solución de actio liberae in causa. Conforme a estas la conducta del sujeto que ingiere, dolosa o imprudentemente, drogas con la finalidad de caer en una enajenación mental transitoria y en dicho estado perpetrar un hecho delictivo, será, penalmente irrelevante, ya que la enajenación mental transitoria ha sido un estado causado y dependiente de su previa voluntad delictiva. El tema, complejo y discutible, descansa en texto expreso en cuanto la ingesta de drogas pueda proyectar un actuar de perturbación mental posible de atribuir la calidad del sujeto activo en nuestro antiguo, vago e impreciso concepto de "*loco o demente*". Al efecto fue el propio legislador penal quien reguló una de las fórmulas que pueden adquirir casos de actio liberae in causa al disponer la exención de responsabilidad penal, basado en una causal de inculpabilidad, en el artículo 10 Nº 1 al señalar "*por cualquier causa INDEPENDIENTE de su voluntad se halla privado totalmente de razón.*"

La problemática aumenta y carece de solución de texto legal expreso cuando la ingesta puede llevar a casos extremos de actio liberae in causa en el que el sujeto, producto de un previo y pensado ingreso de drogas a su organismo, participa en la comisión de un ilícito SIN satisfacer el contenido de acción.

La penalidad del consumo siempre requiere, en cuanto a la naturaleza de la pena aplicable, considerar y ponderar la condición de consumidor del infractor, debiendo esta recogerse a través del sometimiento a tratamientos médicos. Es un tema abiertamente discutible como lo hace la Ley N° 20.000 -que en dicho aspecto recoge el criterio ya fijado anteriormente por la Ley 19.366- al fijar los tratamientos de rehabilitación y/o prevención con dos características que en su esencia se oponen a ello, cuales son:

- Considerarlos una PENA, y por ende de aplicación coercitiva, dado que es de su esencia contar con el elemento voluntario de quien se somete a ellos.
- Fijar un tiempo determinado de duración, toda vez que es igualmente de la esencia de los mismos, la variabilidad de su duración en consideración a la valoración de cada caso específico.

Desde otro ángulo, en nuestra realidad nacional, se abre -a partir de la existencia de tratamientos de rehabilitación y/o prevención, un gran tema de salud pública al observar cómo los mismos NO cuentan con el contenido adecuado, ni con las instituciones de salud con la infraestructura pertinente.

[46] El autor es abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Penal, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Los esfuerzos existentes apuntan a impulsos menores y escasos, carentes de una verdadera política de salud pública de rehabilitación y prevención del consumo, con todo el costo criminológico que ello impone. Hoy nadie discute que el tráfico ilegal de drogas es uno de los motores más importantes que explican el aumento de las tasas de delitos, sea por la necesidad de obtener recursos económicos que permitan mantener el consumo, sea por la comisión delictual en estados de drogadicción, influenciados por los cambios de personalidad susceptibles de verificarse.

Finalmente cabe precisar que si bien suele hablarse sobre la materia de consumo, la regulación penal no se limita a ello, por incorporación expresa del vocablo USAR o PORTAR. De este modo el legislador asimila ambas conductas (uso-porte y consumo), siendo obviamente de naturaleza disímil. El bien jurídico protegido se confunde, generando abiertas y sensibles dudas a su respecto, toda vez que NO es lo mismo sancionar a quien consume, que a quien porta. La barrera de adelantamiento penal de la sanción al incorporar conceptos como el uso o porte no resulta suficientemente fundada, ni explicada.

Nuestro ordenamiento penal se ha inclinado por su tratamiento como generador de responsabilidad penal, ponderando e interrelacionando diversas circunstancias, tales como:

- Lugar del consumo.
- Sujeto activo que desarrolla la conducta.
- Proximidad del consumo en relación a la posesión de la droga.
- Existencia de acuerdo previo para el consumo.
- Actividad desarrollada por el sujeto.

Es factible observar desde el inicio de cualquier análisis, la crítica regulación legal penal establecida, en orden -por ejemplo, entre otras- a ponderar factores inherentes a la calidad del sujeto activo que consume para determinar si ello es o no delito. Vale decir la misma conducta, esto es, consumir drogas, es constitutiva para algunos de simple delito y para otros de falta. Se observa que existiendo el mismo disvalor de acción no puede haber sido ese el fundamento punitivo perseguido por el legislador. No parecen suficientes las especiales funciones de aquellos sujetos activos como argumento diferenciador, toda vez que por una parte, queda la interrogante por la exclusión de otras actividades de naturaleza similar o incluso MÁS importantes no incorporadas por el legislador, y por otra, se genera una peligrosa cercanía a un derecho penal de autor y no de actos.

Se agudiza la errada técnica legislativa al considerar que el argumento ya discutible de sustentar la sanción penal basada en la acción de consumir en el contexto de la función desarrollada por el sujeto activo, DESAPARECE al observar que el legislador mantuvo el carácter de delito cuando dichos sujetos activos "portan o usan".

II. Algunos conceptos vinculados al consumo

- Dependencia: síntoma que hace que alguien sienta o crea que no puede vivir sin el consumo de una sustancia, utilizándola en forma permanente y de manera compulsiva.
- Toxicomanía: Etimológicamente vocablo compuesto por dos raíces: tóxico, del griego "toxikon" que significa veneno, y manía del latín manía que significa locura parcial con la obsesión de una idea fija. Conforme a ello, etimológicamente, toxicomanía, sería la obsesión de consumir veneno.
- Efectos: La alteración y cambios que produce la sustancia en el momento de ser introducida al organismo y en los momentos posteriores (efecto producido por la sustancia). Estos pueden ser de excitación o estimulación (cocaína, café, algunas anfetaminas, etc.);

tranquilizantes o para evitar el dolor (benzodiacepinas, derivados del opio, etc.) ocasionar trastornos perceptivos (LSD, etc.), provocar cambios conductuales como aumento o disminución de la agresividad (anfetaminas), incrementar la sociabilidad, la locuacidad o la desinhibición (alcohol, tabaco, cocaína, etc.). Todo efecto NO es constante, dependiendo de múltiples variables, entre otras, de la dosis, de la vía de administración, características de la persona, de su estado físico, de su historia personal, del contexto del uso, etc.

- Estimulantes: Sustancias cuyo efecto esencial es la estimulación, como el té, la cocaína, el café, etc. Producen un estado de excitación o aceleramiento de algunas de las funciones síquicas y biológicas.
- Depresoras: Sustancias que al ser consumidas producen el efecto contrario a las anteriores, o sea, depresión de las funciones. NO significa, necesariamente, que provoquen tristeza o estados síquicos de depresión, sino un retardo o disminución de los impulsos. (Tranquilizantes, sedantes, etc.)
- Alucinógenos: Sustancias que comprometen los procesos perceptivos, generando alucinaciones y afectando funciones psíquicas (marihuana, LSD, etc.). Las mismas generan el denominado " cruce de los sentidos", en que las imágenes se oyen, y los ruidos se ven.
- Flashback: Concepto que comprende el fenómeno que el consumo de ciertas sustancias alucinógenas pueden reaparecer en el organismo después de varios meses de haber abandonado el uso.
- Politoxicomanía: Consumo o adicción a varias sustancias.
- Drogas de síntesis o de diseño: Sustancias sintetizadas en laboratorios (NO proceden de plantas), elevan considerablemente la presión sanguínea y el ritmo cardiaco.
- Narcóticos: Vocablo griego que significa "cosa capaz de adormecer o sedar". Se usa el concepto para referirse a las drogas psicoactivas, es decir, aquellas que actúan sobre la psiquis del individuo.
- LSD: Sustancia semi-sintética (acido lisérgico) derivado del ergot, extracto del comezuelo del centeno, usado en medicina al final de la edad media. Utilizado para evitar hemorragias puerperales y promover la contracción del útero.
- Sobredosis: Cantidad de sustancia introducida en el organismo que, sobrepasando la tolerancia, provoca un desbordamiento de asimilación, y, por lo tanto, una reacción aguda del organismo. Dicho concepto se relaciona directamente con el modo de suministrar determinadas drogas, variante explicada en clases como una de las que lleva a diferenciar el concepto de peligrosidad de algunas drogas ya que pueden generar sobredosis sin reacción defensiva previa del organismo.

III. Regulación legal del consumo[47]

III. a. Resumen ejecutivo.

- Disposiciones excluyentes de responsabilidad penal: artículo 4.
- Disposiciones penales, bajo la fórmula típica de delito: Los artículos 14 y 15.
- Disposiciones penales, bajo la fórmula de faltas: artículo 50.
- Disposiciones penales, bajo la fórmula de faltas especiales: artículo 51.

[47] El actual análisis se limita a la Ley N° 20.000, registrándose algunas diferencias en su tratamiento penal con la Ley N° 19.366.

- Disposiciones penales, bajo la fórmula de prohibiciones para el ejercicio de ciertos cargos: artículos 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74 y 75.

III. b. Análisis particular.

Responsabilidad penal del sujeto activo que promueve o ejecuta acciones destinadas al consumo.

Es importante destacar que la Ley N° 20.000 (al igual que lo hacía la Ley N°19.366) establece como verbo rector sancionatorio del tipo penal en su artículo 3°, a quienes por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o **consumo**, de tales sustancias. Conforme a ello conviene considerar que a la figura del consumo, propiamente tal, podrá estar presente la correlativa figura de tráfico de quien **promueve, facilita o induce, por cualquier medio, al consumo**. Ello se ve ratificado por tantas otras figuras típicas que sancionan, entre otras, además del tráfico propiamente tal, a quien suministra hidrocarburos (artículo 5°) o receta sin necesidad de tratamiento médico o terapéutico (artículo 6°). En todos estos casos, los destinatarios podrán, y normalmente lo serán, consumidores, sancionando la conducta de quien entrega la droga para su consumo.

Exclusión de responsabilidad penal.

El artículo 4° de la Ley N° 20.000 al tratar el denominado microtráfico, estableció, luego de la sanción de la conducta penalmente reprochable, una causal de exclusión de la responsabilidad al señalar expresamente "a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo". Resulta explicable el desplazamiento de la causal de exclusión que anteriormente (Ley N° 19.366) se ubicaba en el delito de tráfico, a la nueva figura del microtráfico, dado que éste último razona sobre el concepto de pequeñas cantidades.

La Ley N° 20.000 NO señaló, a diferencia de lo que establecía la Ley N° 19.366, que en dichos casos procede aplicar las normas penales del consumo como falta penal. No obstante ello, es factible concluir que ello sigue siendo aplicable, ya que de lo contrario se llegaría abiertamente a la legalización del consumo, criterio que se aparta del sentido normativo que el legislador expresa.

El legislador agregó que se *entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada, no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título*.

De la disposición transcrita pueden efectuarse las siguientes observaciones:

1°. La norma actual SÓLO contempla la exclusión de responsabilidad penal por consumo, tratándose de pequeñas cantidades. Ello es coherente en cuanto se creó el señalado tipo penal, justamente que difiere en cuanto al objeto material: pequeñas cantidades. En otros términos, el tipo penal base (artículo 3°) NO contempla causal de exclusión, toda vez, que claramente se trata de cantidades que dejan de ser "pequeñas", no verificándose al efecto las condiciones y requisitos de la exclusión. Así quien posee cantidades no "pequeñas" no podrá justificar la proximidad del consumo en el tiempo.

2°. Las condiciones expresadas por el legislador penal para configurar la exclusión de responsabilidad se refieren a dos situaciones de diverso contenido y naturaleza:

2. a. Que las mismas se justifique que se encuentran destinadas a un tratamiento médico; y

2. b. Que las mismas se encuentren destinadas a un uso o consumo personal EXCLUSIVO y PRÓXIMO EN EL TIEMPO. (Requisitos copulativos de la exclusión de responsabilidad penal).

Resulta extraño observar cómo la primera de las causales de exclusión motivó en el legislador penal una disposición expresa (tratamiento médico), toda vez que aún de no existir se hubiese, igualmente verificado conforme a las reglas generales. Por su parte, abriendo una interesante reflexión, debe concluirse que detrás de la norma, obviamente, descansa la posibilidad de que la droga pueda ser usada para un tratamiento médico.

3°. La norma contiene una suerte de "regreso" a la responsabilidad penal, esto es, abandona la exclusión de la responsabilidad volviendo a la sanción, cuando "la calidad o pureza de la droga no permite racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo". Cabe recordar que dicho elemento es de contenido e interpretación discutible, en cuanto corresponde precisar si el legislador regula una MEJOR o PEOR calidad de la droga, toda vez que la norma se limita a señalar "pureza o calidad", sin precisar si es uno u otro sentido. Dicho en otros términos, no se precisa si la causal de exclusión de responsabilidad cae cuado la droga posee un bajo porcentaje de pureza (de lo cual podría deducirse que NO está destinada al consumo personal del sujeto), o cuando la misma posee un alto índice de pureza (de lo cual podría deducirse su intención de traficar con la misma).

4°. Del mismo modo se regresa a la responsabilidad y la subsecuente sanción penal, cuando "las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte, sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título. No parece una técnica adecuada la regresión señalada, toda vez que no sólo puede violentar principios básicos de la culpabilidad, (uso de la expresión indiciarias) sino que de existir prueba del tráfico es evidente que la exclusión de la responsabilidad penal no operará, ya que, justamente, no estaba destinada al consumo próximo y exclusivo en el tiempo, sino que a traficar con ella. Más que una solución la expresión comentada puede generar problemas.

5°. Llama la atención cómo el legislador LIMITA la no sanción del transporte, guarda o porte de las pequeñas cantidades, sólo a los casos de destinación de la droga al uso o consumo PERSONAL EXCLUSIVO y PRÓXIMO EN EL TIEMPO. De este modo, aquel consumidor que realiza la MISMA conducta, bajo los mismos presupuestos, pero no para un consumo próximo en el tiempo, será sancionado penalmente. Con ello se abandona la razón de ser de la exclusión de la sanción penal (consumo) mezclando el tema tratado más bien con consideraciones de carácter probatorio que no debieron estar presentes en la redacción de la norma. Si el fundamento de la exclusión es no sancionar el porte de droga desarrollado por quien es sólo consumidor de esta, no se observa razón para diferenciar –como elemento típico– su lejanía o proximidad en el tiempo, toda vez que ello no cambia su condición de consumidor.

<u>Disposiciones sancionatorias penales, bajo la fórmula típica de delito: Los artículos 14 y 15 de la Ley N° 20.000</u>

Nuestro legislador penal, en un criterio altamente criticable, reguló como DELITO el consumo proveniente de determinados sujetos activos por su sola condición, y eventual función aumentando la pena ya establecida como delito para ellos, en consideración al lugar.

De este modo el artículo 14 de la Ley N° 20.000, sanciona:

1°. Al personal militar (debe entenderse por texto expreso el contenido en el artículo 6° del Código de Justicia Militar, exceptuando a los conscriptos), de la Policía de Investigaciones, de Gendarmería y el de Aeronáutica del artículo 57 del Código Aeronáutico; todos quienes son

sancionados como autores del "delito de consumo" a la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio. Si bien la norma no lo señala, por aplicación de los principios generales del derecho penal habrá que concluir que dichas acciones son constitutivas de la infracción penal, en cuanto se desarrollan por dichos sujetos activos en su calidad de tal. Conforme a ello deben quedar excluidos de la aplicación de la norma, verificándose las normas generales, si son desarrolladas en el ámbito privado. Lo anterior si bien se sostiene en el actual trabajo como la interpretación correcta, es criticable que implique un esfuerzo valorativo del intérprete. No cabe duda que, una mejor técnica legislativa, debió incorporar dicho elemento de manera expresa en la regulación normativa.

2°. Se aumenta en un grado la pena, si dicho consumo se produce en alguno de los lugares o situaciones contempladas por el artículo 5°, N° 3 del Código de Justicia Militar. A su vez, los conscriptos que habían sido excluidos de la norma sancionatoria anteriormente señalada, se reincorporan como sujetos de la sanción, si consumen en dichos lugares o situaciones. De éste modo el lugar o situación funciona como elemento sustentatorio de la sanción en un doble aspecto: sirve como circunstancia agravante para el consumo de algunos y sirve como fundamento de la sanción para otros (conscriptos).

3°. Pero lo que ya puede ser objeto de serias críticas, llega a un extremo verdaderamente insostenible, al observar que se sanciona NO sólo el consumo o uso de las sustancias, sino que la simple acción de guardar o portar las mismas. Ello deja de manifiesto que la base de la sanción penal como delito ya discutible de estos sujetos activos, se pierde y abandona en un extremo indeseable al considerar que su simple porte es, igualmente, constitutivo de delito.[48]

4°. Por su parte el artículo 15 de la Ley sanciona a los oficiales y personal de Gente de Mar de dotación de buques de la marina mercante, naves especiales y de artefactos navales que, a BORDO o EN EL CUMPLIMIENTO DE SUS FUNCIONES:

- Consuman algunas de las sustancias señaladas en los artículos 1 y 5.

- Porten las mismas, aún para su consumo o uso personal y próximo en el tiempo.

5°. La única exclusión de responsabilidad en ambas disposiciones es el acreditar que el uso, consumo o porte, está destinado a la atención de un tratamiento médico.

NO queda claro el fundamento de la norma, su razón de ser ni el bien jurídico protegido, ya que si se piensa en la calidad de dichas personas se extraña a tantas otras que debieron incluirse; si se piensa en la importancia de la actividad que las mismas desarrollan, igualmente pueden agregarse tantas otras; y de ser así no se entendería por qué se sanciona el simple porte independiente del consumo. Al efecto estos sujetos podrán ser acreedores de la sanción penal, por el sólo porte, aunque NO consuman.

A modo de tema a discutir puede plantearse, al intentar observar cuál es el fundamento de incorporar sólo a determinados sujetos excluyendo a otros, que es más grave si se detectara a un funcionario de Gendarmería portando droga o a un juez, o a un parlamentario.

Disposiciones penales, bajo la fórmula de faltas: artículo 50.

La regulación del consumo, en cuanto a FALTA penal, se establece en atención a los siguientes criterios del legislador:

1°. Se sanciona todo consumo de drogas o sustancias estupefacientes del artículo 1° en lugares PÚBLICOS o ABIERTOS AL PÚBLICO, tales como calles, caminos, plazas, estadios, establecimientos educacionales, etc.

[48] Obsérvese que se está criticando no la sanción como falta del consumo, sino que éste sea constitutivo de DELITO.

2°. Se sanciona la mera tenencia o porte de droga, aunque sea para un consumo personal y próximo en el tiempo.

3°. Se sanciona el consumo de dichas drogas, en LUGARES PRIVADOS, si existiere concertación para tal propósito. Por evidente que resulte el consumo personal exclusivo, queda al margen, ya que el concierto exige la existencia de dos o más personas.

Se debe entender que la tenencia o porte en lugares privados NO quedó capturada por la descripción típica, ya que al sancionar el porte o tenencia la norma dice expresamente en tales lugares, en referencia a los lugares públicos o abiertos al público.

Disposiciones penales, bajo la fórmula de faltas especiales: artículo 51.

La disposición legal citada sanciona, con el máximo de la pena pecuniaria, si la falta del artículo anterior se cometiere en un lugar de detención, recinto militar o policial por personas ajenas a él, o en un establecimiento educacional o de salud por quienes se desempeñan como docentes o trabajadores.

La norma no indica si se refiere al consumo o al porte, toda vez que habla de LA falta del artículo anterior, en circunstancia que conforme observamos se incluyen dos faltas distintas (consumo y porte o mera tenencia).

Por su parte el sujeto activo excluye a los funcionarios públicos vinculados con dichos lugares (policía, gendarmes, etc.) ya que los mismos son capturados por el TIPO penal ya señalado del artículo 14. Por ende la misma razona respecto a "personas ajenas a él".

Disposiciones penales, bajo la fórmula de prohibiciones para el ejercicio de ciertos cargos: artículos 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74 y 75.

Finalmente cabe agregar al análisis de la figura del consumo que la Ley N° 20.000 (la N° 19.366 NO contemplaba norma alguna al efecto) dispuso, en los artículos señalados, una serie de disposiciones que determinan la PROHIBICIÓN de ejercer determinados cargos para quienes tengan dependencia. NO señala, como debió hacerlo, si se trata de dependencia física o síquica -conceptos claramente diferentes y diferenciables- o de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas ilegales (Concepto amplio en que se incluye toda droga ilegal).

Del mismo modo determina normas de procedimiento que deben considerarse al asumir el cargo, de prevención y de control del consumo mediante vía reglamentaria.

Así, por ejemplo, no podrán ser ministros de Estado, subsecretarios, jefes de servicios, intendentes, gobernadores, alcalde, concejal, etc. quienes poseen dicha dependencia.

- Sanciones del consumo en cuanto a FALTA penal.

La ley establece las siguientes sanciones:

1°. Multa de 1 a 10 UTM.

2°. Asistencia obligatoria a programas de prevención hasta por 60 días, o tratamientos o rehabilitación en su caso por 180 días en instituciones autorizadas por el servicio de salud competente.

Llama la atención, como ya se indicó, que el sometimiento a tratamientos de rehabilitación, esencialmente VOLUNTARIOS, emane como sanción penal.

3°. Participación en actividades en beneficio de la comunidad, con acuerdo del infractor (aquí se incorpora lo que se extraña en el punto anterior) a propuesta del departamento social de la municipalidad respectiva, o en cursos de capacitación.

4°. La suspensión de la licencia de conducir de vehículos motorizados por un plazo máximo de seis meses (en caso de reincidencia hasta por un año, y en caso de nueva reincidencia por dos años).

OCHO AÑOS DE POLÍTICA CRIMINAL: UN LEGADO PARA EL FUTURO

Jean Pierre Matus Acuña[49]

1. Introducción. La política criminal del Ministerio Público en el período 2000-2004 (Fase de instalación regional).

Al cumplirse ocho años del nombramiento del primer Fiscal Nacional, es para mí un verdadero honor que se me invite a participar en este último Boletín bajo su dirección, con la libertad que siempre se me ha otorgado en esta Institución para exponer mis puntos de vista, aunque no siempre sean coincidentes con los suyos, como ha sucedido particularmente con relación a este tema de la política de persecución penal del Ministerio Público.[50]

Según declaró el Fiscal Nacional en su Cuenta Pública de 2006, "el Ministerio Público elabora y ejecuta políticas propias de persecución penal" desde antes de la modificación que la Ley 20.074 de 4 de noviembre de 2005 introdujera al art. 21 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, en el sentido de que el Fiscal Nacional en su cuenta pública podrá "sugerir las políticas públicas y modificaciones legales que estime necesarias para el mejoramiento del sistema penal, para una efectiva persecución de los delitos, la protección de las víctimas y de los testigos y el adecuado resguardo del derecho de las personas"[51]. Aquí me ocuparé únicamente de estas "políticas propias de persecución penal", que designaremos aquí como política criminal del Ministerio Público, distinguiéndolas así de las "sugerencias de políticas públicas y modificaciones legales" cuyos destinatarios son otras instituciones.

La política criminal del Ministerio Público se materializa en el conjunto de criterios de actuación que regulan el si y en qué condiciones archivar o no los procedimientos, en qué casos otorgar a los imputados el principio de oportunidad, cuándo correspondería negociar una suspensión condicional del procedimiento, cuándo acceder a un procedimiento abreviado o uno simplificado, y cuándo seguir con el juicio oral hasta el final, esto es, todas las *instrucciones y criterios de actuación* que suponen la existencia de criterios sobre cuáles delitos se estima prioritario perseguir, "con todo el rigor de la ley", y cuáles no; en qué casos puede estimarse que un imputado no volverá a delinquir de llegarse a una salida alternativa y qué casos no; cuánto tiempo y recursos invertirá la Fiscalía en la investigación y sostenimiento ante los tribunales del caso o la policía en cumplir sus instrucciones; cuánta inversión en protección de víctimas y testigos es adecuada a la investigación en curso, etc. [52]

---

[49] El autor es Magíster y Doctor en Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, España. Profesor Asociado de la Universidad de Talca. Director del Centro de Estudios de Derecho Penal, Campus Santiago, Universidad de Talca.

[50] Cfr. al respecto MATUS ACUÑA, Jean Pierre. "El Ministerio Público y la política criminal en una sociedad democrática". *Rev. derecho (Valdivia)*, dic. 2006, vol. 19, no. 2, p. 187-203.

[51] Piedrabuena, G., "Séptima Cuenta Pública del Ministerio Público, Efectuada por el Fiscal Nacional, Dn. Guillermo Piedrabuena (Art. 21 de la Ley 19.640), 28 de abril de 2006", en http://www.ministeriopublico.cl/index.asp, visitado el 20 de mayo de 2006, p. 47.

[52] Sin embargo, por las reglas que permiten a los Fiscales Regionales controlar ciertas decisiones estratégicas de los fiscales adjuntos y darles instrucciones particulares; reservando para el Fiscal Nacional sólo la posibilidad de dar instrucciones de carácter general, podemos asumir que existen dos niveles claves en la determinación de la política de persecución criminal del Ministerio Público: el nacional y el regional. Además, según como cada Fiscal Regional ejerza sus atribuciones y entienda la supuesta "autonomía" de los fiscales adjuntos, es evidente que pueden surgir políticas de persecución penal locales, sobre todo en las Regiones donde las distancias favorecen la toma de decisión sin control. Pero no podemos entrar a analizar ahora la existencia de estas políticas regionales y locales de persecución criminal.

En el estudio de estas *intrucciones y criterios de actuación* dictados hasta el año 2005 desarrollé la hipótesis de que la política criminal del Ministerio Público había transitado durante su fase de instalación regional desde una de *moderado reduccionismo penal* a una de *moderada maximización punitiva*,[53] como puntos intermedios entre los extremos que designé como *radical reduccionismo penal*[54] y *radical maximización punitiva*[55].

En efecto, la política de moderada reducción punitiva predominó en el Ministerio Público básicamente desde su instalación hasta fines del año 2002, siendo su más representativo oficio el Instructivo General Nº 75 (2001), sobre archivo provisional en *delitos menores*, esto es, aquéllos que no tienen pena aflictiva. Sin embargo, la cada vez más creciente preocupación por las tasas de delitos y las críticas públicas que en las zonas reformadas se iban realizando a los vulgarmente llamados "bolsones de impunidad" que parecía ir dejando el nuevo proceso penal,[56] anunciaban el cambio hacia la política de *moderada maximización punitiva*. Este cambio se consolidó, en marzo de 2004, con la dictación del Oficio FN Nº 096 (2004), el que, entre otras cosas, ofrece una nueva mirada a las facultad de archivar provisionalmente en casos de delitos menores, ya claramente desde el punto de vista de la *moderada maximización punitiva*.

Así, mientras en el Instructivo Nº 75 (2001), reflejando la consolidación de la etapa de *moderado reduccionismo*, se entregaba un criterio de actuación que permitía archivar provisionalmente con el solo mérito de la denuncia y la citación a la víctima, exigiendo para decretar diligencias un previo juicio acerca de su "viabilidad" para "obtener un resultado exitoso"; en el Oficio FN Nº 096 (2004) se exige en todo caso decretar una orden de investigar (viable o

[53] MATUS ACUÑA, Jean Pierre. "Criterios de actuación del ministerio público en materias penales. Recensión del texto: Reforma procesal penal. Oficios del fiscal nacional. Materias penales. 2001-2004. Santiago 2005". *Ius et Praxis*, 2006, vol. 12, no. 1, p. 305-313.

[54] Una política de *radical reduccionismo penal* podría desarrollarse bajo la suposición de que las sanciones penales son un factor criminógeno en los primerizos y un gasto inútil en la mayor parte de los restantes casos, tendría como objetivo principal disminuir la aplicación de las sanciones penales en todos los casos que sea posible, reservando los escasos recursos fiscales para la persecución de aquellos en que la amarga necesidad de la pena fuese inevitable. En aplicación de esta política podría instruirse estimar que no hay antecedentes conducentes al esclarecimiento de los hechos cuando no existe una forma rápida y relativamente barata de identificar a sus responsables (sobre todo de delitos de baja cuantía), y por tanto, que debe procederse a su archivo provisional; que puede concederse el principio de oportunidad al responsable de cualquier delito, salvo los casos que la ley exopresamente lo impide (que su pena mínima excediere de 540 días o sea cometido por un funcionario); que deben negarse o tenerse por no acreditadas las agravantes y concederse todas las atenuantes posibles, si con eso se puede llegar al máximo permitido para una suspensión condicional o para un procedimiento abreviado; que todo delito comprendido en el Título IX del CP afecta "bienes disponibles de carácter patrimonial" y, por tanto, no deben oponerse los fiscales adjuntos a un acuerdo reparatorio por robo con intimidación; y que todo simple delito debiera tramitarse en conformidad a las reglas del procedimiento simplificado (acogiendo atenuantes y negando agravantes de ser necesario), sin oponerse muy seriamente a la suspensión de la pena.

[55] Una política de persecución penal de *radical maximización punitiva* tendría como objetivo realizar el mayor número de investigaciones posibles para obtener el mayor número de condenas probables, bajo el supuesto de que la imnposición de las penas sí tiene un sentido en la comunidad y de que, precisamente, es éste el rol exclusivo del Ministerio Público. Naturalmente, esta política subordina a este objetivo todos los recursos disponibles, incluyendo el tiempo "libre" y la salud de los funcionarios y del resto de los intervinientes en el proceso, sin discriminar entre casos, pues nunca se sabe a dónde se puede llegar profundizando investigaciones en curso. La aplicación de esta política supondría instruir no decretar el archivo provisional de ningún caso salvo después de exhaustivas investigaciones y pasado un tiempo prudencial de espera por nuevos antecedentes; negar el beneficio del principio de oportunidad a todo imputado; no negociar acuerdos de suspensión condicional y utilizar el tiempo para recopilar evidencia incriminatoria a usar en el juicio, a menos que se tenga la certeza de perderlo; oponerse a todo acuerdo reparatorio que no se refiera exclusivamente a hurtos, lesiones menos graves y delitos culposos; y, salvo los casos mandados por la ley, no recurrir jamás al procedimiento simplificado, para evitar el riesgo de que el juez suspenda condicionalmente la pena.

[56] El impacto de estas críticas en la institución aparece claramente en la Cuenta Pública del Fiscal Nacional del año 2004, donde se lee, bajo el título "El Ministerio Público y su política de actuación frente a los delitos menores", lo siguiente: "… Esta sensación de desprotección puede deberse al uso de las salidas alternativas del conflicto penal, en especial el archivo provisional … Por ello, se ha resuelto revisar los criterios de actuación en materia de archivos provisionales, en términos de que los fiscales siempre deben escuchar a la víctima antes de tomar la decisión de archivar y procurar establecer junto con la policía, las conexiones criminales de los delitos menores para determinar si se está en presencia de organizaciones o bandas criminales dedicadas a los hurtos y robos de pequeño monto … En materia de suspensión condicional del procedimiento, se ha instruido a los fiscales de que si se cumplen los requisitos legales, deben evaluar en cada caso concreto si el imputado puede rehabilitarse y si las condiciones de la suspensión pueden cumplirse, antes de tomar la iniciativa de solicitar la suspensión." En [http://www.ministeriopublico.cl]

no) y una revisión global y periódica de los casos archivados, siendo significativo que se agregue que "no constituye excusa para incumplir estos criterios de actuación, la circunstancia de ser insuficientes los inmuebles o las dotaciones de las fiscalías". Un poco antes, en el Oficio FN Nº 551 (2003), sobre delitos funcionarios, se restringía la aplicación de esta facultad, sólo cuando en "forma previa" se hubieran agotado "los medios razonables de investigación".

Por lo que respecta al *principio de oportunidad*, mientras el Instructivo General Nº 35 (2000) dejaba, en definitiva, a criterio de los Fiscales Adjuntos determinar los casos en que era "conveniente" concederlo "con la debida ponderación casuística del compromiso social que el hecho punible concreto acarree y sus circunstancias de comisión", idea acorde con la política de moderada reducción punitiva; en el Oficio FN Nº 272 (2004), ya se pide a los fiscales abstenerse de recurrir a este beneficio, tratándose de un delito de receptación, donde se cumplirían los requisitos legales del art. 170 CPP 2000. Y siguiendo esta línea de *moderada maximización*, el Oficio FN Nº 258 (2004), tratándose de hurtos, incorpora como requisito antes de proceder a aplicar el principio de oportunidad, considerar "el interés concreto de la víctima"; el Oficio FN Nº 150 (2002), relativo de delitos contra la propiedad intelectual exige un acuerdo escrito de la víctima; el Oficio FN Nº 551 (2003), lo excluye respecto de todo delito en que haya participado un funcionario público, sea que lo haga en ese carácter o no.

Este paso desde una política de persecución penal moderadamente reduccionista a una de moderada maximización punitiva se aprecia también en los énfasis que, respecto a la *suspensión condicional del procedimiento*, se empiezan a poner una vez que la Reforma Procesal comienza a abarcar más. Así, en el Oficio FN Nº 150 (2002), se habla de las "desventajas" de esta salida en relación a los delitos contra la propiedad intelectual, requiriendo un acuerdo escrito de la víctima para darle curso; en el Nº 551 (2003) se declara esta medida "no aplicable" a la mayor parte de los delitos funcionarios; en el Nº 096 (2004) se constata "con preocupación" una suerte de "manga ancha" en el recurso a esta salida, y se ordena corregir esta situación con diversas medidas: evitando que se adopte apresuradamente, exigiendo que se escuche a la víctima e impidiendo su aplicación en delitos de carácter sexual donde estuvieran involucrados menores de edad. En cambio, en el Instructivo de los tiempos del moderado reduccionismo (Instructivo General Nº 36, 2000), se dejaba abierta la puerta a la experimentación en esta materia, exigiendo sólo una "actitud prudente y conservadora". Las restricciones explícitas e implícitas de los tiempos actuales llevan al Fiscal Nacional a escribir en el citado Oficio FN Nº 096 (2004), que éstas "no pueden significar abandonar esta salidad alternativa, pero debe instarse por ella de manera reflexiva y selectiva".

Incluso en materia de *acuerdos reparatorios* el tránsito descrito anteriormente es perceptible: el Instructivo General Nº 34 (2000) permitía a los fiscales adjuntos no oponerse a ellos incluso en casos como la usura, el alzamiento de bienes, la violación de domicilio no violenta, y los robos con fuerza en lugares diferentes a los habitados, y tratándose de delitos tentados o frustrados, incluso para robos violentos o con intimidación o con fuerza en lugares habitados; y el Oficio FN Nº 230 (2000) extendió estas posibilidades a los delitos de receptación. Pero cuando se instaló la moderada maximización punitiva como política de persecución, el Oficio FN Nº 272 (2004), limitó drásticamente esta posibilidad, ordenando a los fiscales adjuntos instar por su rechazo, salvo en casos de receptación de hurtos de poca cuantía. Por su parte, el Oficio FN Nº 273 (2004), ordena oponerse a estos acuerdos cuando se suscriban con relación al delito de desacato a los fiscales; el Nº 304 (2004) lo hace respecto de la denuncia calumniosa; y el Nº 551 (2003), respecto de los delitos funcionarios.

También las prevenciones por los efectos de la elección de procedimientos están presentes en la política de persecución criminal del Ministerio Público desarrollada a partir de fines del año 2003,

particularmente en cuanto a los procedimientos abreviados, respecto del cual se afirma que "no puede el fiscal alterar sustancialmente el mérito de la investigación en cuanto a la naturaleza del delito o de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal … [pues] no es conveniente como política criminal llegar a condenas con penas muy benevolentes que no se ajustan a la realidad de lo sucedido y que, por lo mismo, producen una sensación de inseguridad y de impunidad en la ciudadanía", según concluye el ya tantas veces citado Oficio Nº 096 (2004).

Al término de la gestión de don Guillermo Piedrabuena como Fiscal Nacional, cabe preguntarse, primero, si la instalación en la Región Metropolitana de la Reforma Procesal Penal ha afectado esta política criminal y en qué sentido; y en segundo lugar, si ella se ha reflejado, estadísticamente, en la actuación de los fiscales adjuntos.

2. La política criminal del Ministerio Público en su fase de instalación nacional (2005-2007)

En general, se puede afirmar que con la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal en la Región Metropolitana se ha consolidado la política criminal del Ministerio Público de *moderada maximización punitiva*, con una tendencia hacia una *maximización punitiva limitada* únicamente por restricciones legales.[57] Esto es, siempre que la ley no parezca disponer algo decididamente incompatible con una política criminal de *maximización punitiva*, los *criterios de actuación* que se prefieren son aquellos que, téoricamente, llevarían a la imposición de una pena mediante sentencia definitiva (limitando el uso de las llamadas *salidas alternativas*), y entre ellas, a la más severa y efectiva posible.[58]

Así, respecto al *principio de oportunidad*, el Oficio FN Nº 789 (2005), advierte que además de los (moderadamente restrictivos) criterios generales ya dictados al efecto, los fiscales "evaluarán la presencia de reiteración de la violencia, el contexto en que ésta se produce y los riesgos de ocurrencia de nuevos actos violentos" para "determinar en cada caso concreto si existe o no un compromiso grave del interés público", apareciendo así la existencia de un contexto de violencia intrafamiliar como una *limitación adicional* a las legales y los criterios ya impartidos en la materia. Lo mismo ocurre en el ámbito de la Responsabilidad Penal Adolescente, donde, a pesar de que el art. 35 de la Ley 20.084 mientras su artículo 35 parece dar una amplia cabida al principio de oportunidad, tomando en consideración únicamente "la incidencia que su decisión podría tener en la vida futura del adolescente imputado" y la medida de la pena aplicable, el Oficio FN Nº 484 (2007), declara dicha referencia también como un *requisito adicional* a los establecidos en el art. 170 del Código Procesal Penal, y por tanto, que *"serán aplicables a los adolescentes todos los criterios de actuación ya establecidos para el uso de esta figura respecto de los adultos"*. Según la Cuenta Pública del Fiscal Nacional del año 2007, se ha instruído, además, con carácter general, no aplicar el principio de oportunidad en los "delitos de abusos en contra

[57] Los criterios de actuación dictados entre 2005 y 2007 se contienen tanto en PIEDRABUENA, Guillermo. *Oficios del Fiscal Nacional. Modificaciones al Proceso Penal (Ley Nº 20.074). Ley de Violencia Intrafamiliar. Responsabilidad Penal Adolescente*. Editorial Jurídica de Chile, 2007. 346 p. (allí se comprenden los *criterios de actuación* para aplicar tres de las más importantes reformas al sistema penal chileno de estos últimos años: las realizadas precisamente a propósito de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal en la Región Metropolitana –contenidas en la Ley Nº 20.074, que en principio debía hacerse cargo de las sugerencias realizadas por la Comisión de Expertos formada el año 2003 al efecto–; las relativas a la nueva Ley de Violencia Intrafamiliar y las relativas a la nueva Ley de Responsabilidad Penal Adolescente), como en la página web del Ministerio Público, http://www.ministeriopublico.cl [visitada por última vez el 18 de septiembre de 2007], donde se puede consultar también la Cuenta Pública del año 2007, que hace referencia a criterios de actuación en materias especiales.

[58] Los únicos casos donde, según la Cuenta Pública del año 2007, la *política criminal* del Ministerio Público es favorable decididamente a la obtención de *acuerdos reparatorios* y otras salidas anticipadas, es en los delitos de *apropiación indebida de cotizaciones previsionales* y de *evasión del pago de pensiones alimenticias*. No me es posible en este lugar intentar una explicación más profunda, de carácter sociológico, acerca de esta desviación en los criterios generales, aparte de la obviedad de considerar que de este modo se favorecería el pago de las deudas que se encuentran en la base de los nuevos delitos.

de particulares y de apremios ilegítimos tipificados en los artículos 150A y 255 del Código Penal"; en los "delitos de que son víctimas funcionarios de investigaciones"; y en los "atentados a pedradas a vehículos en circulación", tipificados por la Ley Nº 20.149.

En lo que respecta a la *suspensión condicional del procedimiento*, la situación es similar: Por una parte, aunque el nuevo inciso final del art. 394 agregado por la Ley Nº 20.074 permite ahora expresamente "la posibilidad de una suspensión condicional" del procedimiento simplificado, el Oficio FN Nº 643 (2005), insiste en que tal posibilidad no es "una imposición obligatoria para los fiscales", remarcando que la "Fiscalía Nacional ha impartido criterios general respecto a esta materia, *en algunos casos restrictivos*, para asegurarse" que tales suspensiones no sean "acuerdos reparatorios que la ley no admite" ni se traduzcan "*en situaciones de impunidad* que la sociedad no acepta" (los destacados son míos, JPM), citando al efecto el Instructivo General N° 36 (2000), sobre criterios de actuación en materia de suspensión condicional; el Oficio FN N° 145 (2002) sobre citación de las víctimas; el Oficio FN N° 096 (2004) sobre revisión de criterios de actuación en delitos menores; y el Oficio FN N° 482 (2004) sobre criterios de actuación de la suspensión condicional del procedimiento y en especial respecto de las infracciones de la ley 19.366. Por su parte, el mencionado Oficio FN Nº 789 (2005) menciona la suspensión condicional del procedimiento como "una salida especialmente recomendable" en el contexto de la *violencia intrafamiliar*, ello lo sería sólo "siempre que existan en la red social los recursos adecuados para su implementación" y se cumplan ciertas otras condiciones, que no son, otra vez, las establecidas por la ley, sino las necesarias para evitar una "nueva" o "mayor victimización", obtener una "reparación" que tenga "para la víctima, un efecto más positivo que la continuación del proceso", y "en el imputado existan condiciones … que … le permitirán cumplir con lo que se acuerde en la suspensión". En lo que respecta a la *responsabilidad penal adolescente*, el ya citado Oficio FN Nº 484 (2007), hace también aplicables a los menores los criterios de actuación vigentes para los adultos, "de acuerdo con las instrucciones generales y criterios de actuación contenidos en el oficio FN N° 096 de 10 de marzo de 2004", afirmando que "no sólo se deberán cumplir los requisitos legales que establece el Código Procesal Penal sino que se deberá ponderar en cada caso las circunstancias de la comisión del delito, su naturaleza, modalidad y móviles, el grado de desarrollo del mismo y de participación del imputado, la naturaleza de las atenuantes y especialmente de las agravantes que concurran, entre otros aspectos, debiendo desechar este mecanismo y perseverar en la investigación y persecución criminal, cuando aparezca necesaria, por la gravedad y trascendencia de los hechos en el caso concreto", pues "la suspensión condicional del procedimiento es, en definitiva, un instrumento político criminal entregado a la discrecionalidad del órgano de persecución penal para que haga uso de él cada vez que estime que la persecución no aparece necesaria, teniendo en consideración que su aplicación resulte útil desde la perspectiva del imputado y la víctima". Además, según la Cuenta Pública del Fiscal Nacional del año 2007, se ha instruído, con carácter general, que "no es conveniente la aplicación de la suspensión condicional" en los "delitos de abusos en contra de particulares y de apremios ilegítimos tipificados en los artículos 150A y 255 del Código Penal"; y que en los casos de "violencia en los estadios", ella debe llevar aparejada, como condición del art. 238 letra b), la prohibición de concurrir a espectáculos deportivos.

En lo que toca a los *acuerdos reparatorios*, no sólo se ha mantenido la política de moderada maximización punitiva, sino que en ciertos casos se ha transitado derechamente hacia una radical maximización punitiva. Así, se mantiene la política de *moderada maximización* cuando se hace "aplicable a los procedimientos que se rijan por la LRPA las instrucciones vigentes contenidas en el Oficio N° 38 de 21 de enero de 2003 sobre criterios de actuación relativos a los acuerdos reparatorios"—Oficio FN Nº 484 (2007)—, y cuando se instruye en el Oficio FN Nº 643 (2005) a

los fiscales a que se opongan a éstos o al sobreseímiento consecutivo si "no se cumplen los requisitos previstos en el artículo 241 del C.P.P. o si las obligaciones contraídas por el imputado en el acuerdo reparatorio no están cumplidas o si éstas no han sido garantizadas satisfactoriamente en protección de los intereses de la víctima", recurriendo de apelación si es necesario, todo ello evidentemente contra la voluntad de la víctima. Pero esta política se transforma en *radical maximización* cuando estamos ante fenómenos de *violencia intrafamiliar,* donde es la propia Ley 20.066 la que, en términos generales prohíbe esta salida alternativa en todos "los procesos por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar", sin aclarar exactamente cuáles serían, labor que la Fiscalía Nacional asume en el Oficio FN Nº 789 (2005), donde se aclara que "esta limitación opera para todo tipo de delitos que se inscriban en el concepto de violencia intrafamiliar" (básicamente, todos los delitos contra las personas en un contexto de abuso[59]) y que, "por consiguiente, ni aún en los casos de lesiones menos graves o de delitos culposos, relacionados o constitutivos de violencia intrafamiliar, se podrá convenir acuerdos reparatorios". También con carácter absoluto se instruye a los fiscales oponerse a esta salida alternativa, según la Cuenta Pública del Fiscal Nacional del año 2007, en los "atentados a pedradas a vehículos en circulación", tipificados por la Ley Nº 20.149; en los "delitos de que son víctimas funcionarios de investigaciones"; y en los de "violencia en los estadios"; declarando como "no conveniente" su aplicación a "delitos de abusos en contra de particulares y de apremios ilegítimos tipificados en los artículos 150A y 255 del Código Penal".

La situación no es diferente tratándose del *archivo provisional* y de la elección de procedimientos. Así, en el marco de la investigación de delitos cometidos en un contexto de *violencia intrafamiliar*, se determina por el Oficio FN Nº 789 (2005), que para decidir un archivo provisional deben tenerse en cuenta no sólo los requisitos legales, sino además, "de manera prioritaria", "los antecedentes de riesgo del caso" y "el daño provocado a la víctima por el delito", y siempre que previamente se haya realizado una investigación preliminar. Y en cuanto a la *elección de procedimientos*, el Oficio FN Nº 655 (2005), luego de una reseña de las normas contenidas en la Ley Nº 20.074 respecto a los procedimientos simplificado y abreviado, la que lo lleva a considerar que siempre que una acusación pretenda la imposición de una pena inferior a 541 días de privación de libertad, debe entenderse la misma como un requerimiento (y tramitarse, por tanto, conforme a las reglas del *procedimiento simplificado*), determina que "los fiscales habrán de deducir acusaciones *exclusivamente con peticiones de penas superiores a 540 días*, de resultar legalmente procedente" (el subrayado es mío, JPM), evitando así que "tales acusaciones sean tenidas como requerimientos", aún a pesar de que dicha ley suprimió la posibilidad de imponer multas y sustituir penas en los casos de simples delitos (arts. 395 y 398). Es más, aún en los casos en que tales *requerimientos* se presenten, se insiste en el Oficio FN Nº 724 (2005) que la única rebaja punitiva que se ofrezca, para el evento que el requerido acepte su responsabilidad, sea la de bajar la pena hasta 61 días de presidio o reclusión menor, salvo que el hecho pueda también calificarse de falta (mencionando el ejemplo de las lesiones menos graves), argumentando —erradamente— que aún en el caso de concurrir atenuantes no podrían rebajarse las penas de simples delitos hasta las de prisión (de 1 a 60 días), por ser éstas penas de faltas, pues de otro modo "se volvería además al sistema anterior de negociación que implicaba la aplicación de multas o penas de prisión remitidas a hechos de cierta gravedad que la ley sancionaba con penas de simple delito, esto es de presidio o reclusión menores en su grado mínimo".[60] En el mismo sentido, se ha instruído –según la Cuenta Anual de 2007– que, tratándose

[59] La lista de delitos posibles de cometerse en este contexto, aparte del matrato habitual del art. 14 de la Ley Nº 20.066, comprende, según el Oficio FN Nº 789 (2005), los siguientes: homicidio, parricidio, aborto, infanticidio, mutilaciones, lesiones propiamente tales, secuestro, sustracción de menores, violación de morada, abandono de niños y personas desvalidas, amenazas, violación, propia e impropia, violación con homicidio, estupro, abuso sexual, propio e impropio, favorecimiento de la prostitución, exposición del menor a actos de significación sexual, y producción de material pornográfico infantil.

[60] Sin embargo, el argumento "legal" para la decisión de "política criminal" de no ofrecer reducir las penas requeridas a menos

de "delitos de abusos en contra de particulares y de apremios ilegítimos tipificados en los artículos 150A y 255 del Código Penal", "el archivo provisional y la facultad de no iniciar investigación pueden adoptarse pero no de manera automática, sino después de efectuar un detenido estudio" y que "debe aplicarse limitadamente, el procedimiento simplificado o el abreviado"; mientras que en los casos de "delitos de que son víctimas funcionarios de investigaciones", se prohíbe "aplicar el procedimiento monitorio".

Esta política de moderada *maximización punitiva* se ha impuesto también en el ámbito de la determinación y aplicación de las sanciones conempladas en la Ley Nº 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente, a pesar de las serias *limitaciones* que dicha Ley le impone, con su aceptación del principio de que la privación de libertad ha de ser "el último recurso" en el tratamiento penal de los adolescentes (arts. 26, 32 y 47) y sus prácticamente ilimitadas posibilidades de imponer una sanción distinta a las privativas de libertad y suspender, sustituir o remitir las condenas impuestas para casi cualquier clase de delito cuya pena mínima prevista en la ley sea inferior al presidio o reclusión mayor en su grado medio (arts. 6, 19, 24, 41, 53 y 55). En efecto, no sólo se instruye en el Oficio FN Nº 648 (2007) reiteradamente oponerse en general a las suspensiones y remisiones de la pena,[61] sino que la leve reluctancia que el Oficio FN Nº 139 (2006), muestra hacia las sanciones de reparación del daño (art. 10) y *trabajos en benficio de la comunidad* (art. 11),[62] se transforma en un claro rechazo a la utilidad de dichas sanciones y aún de la *libertad asistida* y la multa, cuando el Oficio FN Nº 594 (2007), calificándoselas como *"sólo virtuales o simbólicas"* e instruyendo que para "la elección de la sanción penal susceptible de imponer a un adolescente en un caso concreto debe[n los fiscales] considerar el principio de proporcionalidad entre la gravedad de la conducta y la cuantía de la pena", por lo que "en casos de adolescentes condenados por delitos graves que manifiestan, además, daño psicosocial severo (comercio sexual, abuso de sustancias, pertenencia a bandas juveniles[63] e implicación usual en riñas) … la sanción privativa de libertad puede constituir una posibilidad de intervenir eficazmente, con propósitos socioeducativos, en un espacio de desarraigo familiar y social y cumplir de mejor manera los fines de prevención general y especial positiva, al ser percibidas como un castigo real por el adolescente infractor".

---

de 61 días aún en el caso de concurrir atenuantes es manifiestamente contrario al sentido del art. 77 del Código Penal que impone recorrer las Escalas Graduales para hacer las rebajas correspondientes, siendo aplicable al caso la Escala Gradual Nº 1 del art. 59, que contempla como grados inferiores a las penas de presidio o reclusión menor las de prisión en su grado máximo, medio y mínimo. Otra cosa es que lo que se pretenda es rechazar, como dice el Oficio citado, que los fiscales al ofrecer rebajas "se puedan apartar abiertamente de la legalidad penal en la calificación del delito [o] construir o inventar atenuantes que sólo tengan por finalidad lograr la rebaja de la pena".

61 Allí se señalan como criterios de actuación "oponerse a que se suspenda el cumplimiento de la pena cuando se aplique pena privativa o restrictiva de libertad, basándose los fiscales en los mismos fundamentos que los han llevado a pedir esa sanción y por los cuales se ha impuesto"; que si la pena se pretende sustituir, "instar a que la pena que se aplique en reemplazo de la primitivamente impuesta, se encuentre dentro de las indicadas en el respectivo tramo del artículo 23"; que los fiscales "deberán oponerse a las sustituciones sucesivas de las penas impuestas a los adolescentes"; que en caso de "sustitución condicional" del art. 54, "cuando se trate de sustituir sanciones privativas de libertad, instar porque la única condición que se pueda fijar es el cumplimiento de la pena sustitutiva"; a oponerse a la remisión del saldo de condena del art. 55, "no obstante haberse emitido informe favorable del SENAME"; y a "oponerse a las solicitudes de medidas alternativas de la ley 18.216, en razón de que en este nuevo sistema resultan improcedentes e innecesarias".

62 Por lo que instruye a los fiscales "tener especial cuidado de solicitarla en *aquellos casos en que el interés público comprometido no haga necesaria una intervención más intensa*" y señalando como ejemplos en que en su lugar convendría al menos la sanción de "libertad asistida", los casos de "delitos graves en que la extensión de la pena deba ser igual o inferior a 540 días" o concurra en el adolescente "habitualidad".

63 Es de destacar aquí, que precisamente es conocido que el contexto *normal* en que se desarrollan las conductas de criminalidad adolescente es, precisamente, en el marco de su actuación grupal (Cfr. CARNEVALI, Raúl; KÄLLMAN, Eva. "La importancia de los grupos en el comportamiento juvenil. Especial consideración con la pluralidad de malhechores del Art. 456 *bis* N° 3 del Código Penal". *Polít. crim.* nº 4, 2007. D1, 1-24. [http://www.politicacriminal.cl]), por lo que la referencia a la misma tiene la potencialidad de convertir la mayor parte de los actos de criminalidad juvenil en situaciones donde, según este criterio de actuación del Ministerio Público, la respuesta penal adecuada es una sanción privativa de libertad.

3. La política criminal del Ministerio Público en cifras. Análisis estadístico.

Ahora pasamos a contestar la pregunta acerca de cómo ha influido este giro desde un *moderado reduccionismo* hacia una *moderada maximización punitiva* en la conducta diaria de los Fiscales. Para ello analizaremos su comportamiento con relación a los términos aplicados en un delito que prácticamente no ha sufrido variaciones legales estos últimos ocho años y cuyo índice de denuncias parece acercarse más al de la realidad, esto es, el robo con fuerza, comprendido en las estadísticas del Ministerio Público bajo la designación "robos no violentos"[64]. La hipótesis a verificar será la siguiente: con el paso de la política criminal del Misniterio Público desde un *moderado reduccionismo penal* a una *moderada maximización punitiva*, los fiscales adjuntos habrían ido "endureciendo" su forma de actuación, reduciéndose estadísticamente el porcentaje de salidas alternativas y aumentándose el de condenas. Los datos utilizados han sido suministrados por la División de Estudios del Ministerio Público, a través de la Sra. Blanca Alarcón, Jefa de Gabinete del Fiscal Nacional. Se han considerado los porcentajes totales del sistema por años cabales (se dejan afuera el 2000 y el 2007), asumiendo que, con independencia de la cantidad de casos ingresados al sistema, la respuesta de los fiscales adjuntos ha de ser uniforme, atendido el sentido "nacional" de las instrucciones que se imparten. La Tabla de datos con que se trabajará y se crearán los gráficos que se expondrán será, entonces, la siguiente:

Tabla N°1

Tipo de término/ año	2001	2002	2003	2004	2005	2006	Total
Sentencia definitiva condenatoria	1,0%	1,7%	3,2%	4,4%	4,9%	6,2%	5,0%
Sentencia definitiva absolutoria	0,1%	0,0%	0,1%	0,1%	0,1%	0,1%	0,1%
Sobreseimiento definitivo	0,5%	0,8%	1,3%	1,5%	1,5%	1,8%	1,6%
Sobreseimiento temporal	0,1%	0,1%	0,2%	0,1%	0,2%	0,3%	0,3%
Suspensión condicional del proced.	0,2%	0,2%	0,8%	0,9%	1,0%	1,8%	1,3%
Acuerdo reparatorio	0,6%	0,8%	0,8%	0,6%	0,5%	0,3%	0,5%
Facultad para no investigar	1,4%	0,6%	0,4%	0,5%	0,3%	0,4%	0,4%
Archivo provisional	92,1%	92,0%	89,2%	88,7%	88,0%	86,5%	86,7%
Principio de oportunidad	0,4%	0,3%	0,3%	0,2%	0,2%	0,3%	0,2%
Incompetencia	3,2%	1,7%	1,2%	1,2%	0,8%	0,5%	0,8%
Decisión de no perseverar	0,4%	1,8%	2,4%	1,7%	2,2%	1,8%	2,9%

En esta Tabla se puede apreciar claramente una *constante aceleración* en el porcentaje de sentencias condenatorias, con marcadas diferencias en el paso del año 2002 al 2003 (la diferencia del procentaje total de términos por esta vía entre el año 2001 y 2002 fue de 0,7%, mientras que entre el 2003 y el 2002, de 1,5%) y en el del año 2005 al 2006 (1,3%), coincidiendo con el primer año cabal en que la Reforma Procesal rigió en todo el país. Dado que en todo el período las tasas de sentencias absolutorias permanecen prácticamente constantes alrededor del 0,1%, no puede atribuírse estas diferencias a mejoras en la litigación o a endurecimiento de los jueces.

[64] Cfr. RUIZ, Paulina; CEA, Macarena; RODRÍGUEZ, Carlos; MATUS, Jean Pierre. "Determinantes de la criminalidad: Análisis de Resultados". *Polit. Crim.* nº3, 2007, D1, p. 1-80, p. 8 [visitado por última vez el 25.09.2007 en http://www.politicacriminal.cl]

Sin embargo, tampoco parece posible atribuir esta diferencia a una preferencia de los fiscales por presentar acusaciones en vez de utilizar las llamadas *salidas alternativas* del proceso. En efecto, si bien no se ha repetido nunca más el 0,4% de términos vía *principio de oportunidad* del año 2001, su porcentaje de aplicación ha permanecido constante entre el 0,3% y el 0,2%, variaciones que no alcanzan a explicar siquiera un décimo de la variación en el porcentaje de sentencias condenatorias. Por otra parte, aunque los *acuerdos reparatorios* sí han mostrado una más significativa variación a la baja a partir del año 2003, donde alcanzaron su punto máximo de participación en el total de los términos (0,8%), llegando a apenas un 0,3% en 2006, esta baja parece claramente compensada con la fuerte aceleración de la aplicación de la *suspensión condicional del procedimiento*, que pasó de representar el 0,2% en 2001 y 2002, al 0,8% en 2003, para de nuevo acelerarse en 2006 hasta llegar a un 1,8% del total de los términos. Ahora bien, si sumamos el conjunto de *salidas alternativas* que -según aquí se ha expuesto-, determinan la política criminal del Ministerio Público (*principio de oportunidad, acuerdos reparatorios y principio de oportunidad*); y a las sentencias condenatorias les agregamos las absolutorias (entendiendo que en ambos casos se ha presentado acusación y, por tanto, se ha decidido perseverar en el ejercicio de la acción penal), nos encontramos con la siguiente situación: aunque no se redujo significativamente el total de salidas alternativas del sistema, éste se estancó un poco bajo el 2% precisamente a partir del año 2003, para mostrar un fuerte repunte el año 2006, cuando la Reforma Procesal Penal se aplica ya en todo el país, según se aprecia en el Gráfico Nº 1. Sin embargo, la estabilidad de las cifras de salidas alternativas durante el período 2003-2005 no impide las variaciones que se producen al interior del grupo, donde gana terreno en las preferencias de los fiscales la *suspensión condicional del procedimiento*, cuyo aumento estadístico explica por sí solo el alza del total de salidas alternativas en el año 2006, como puede verse en el Gráfico agregado N° 2.

Gráfico N°1

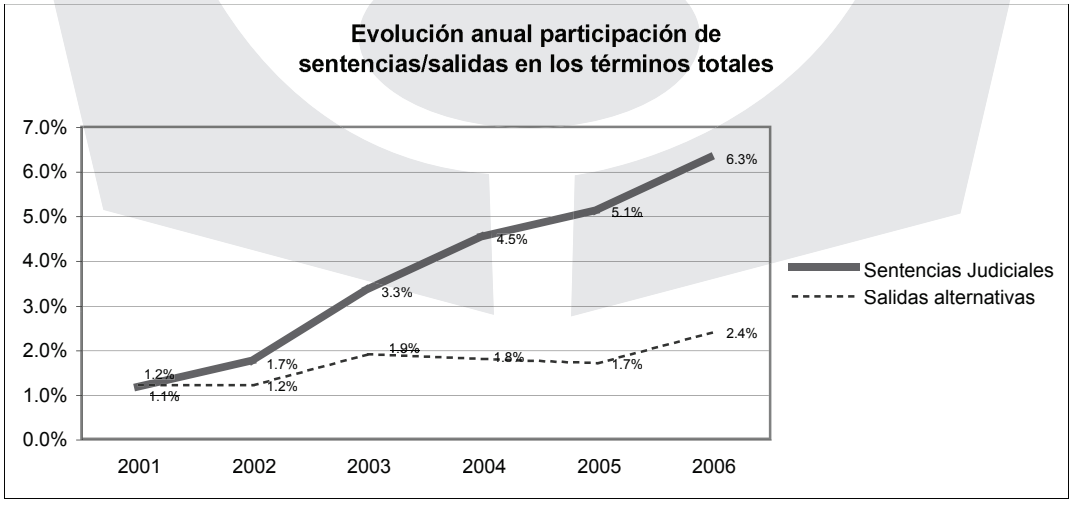
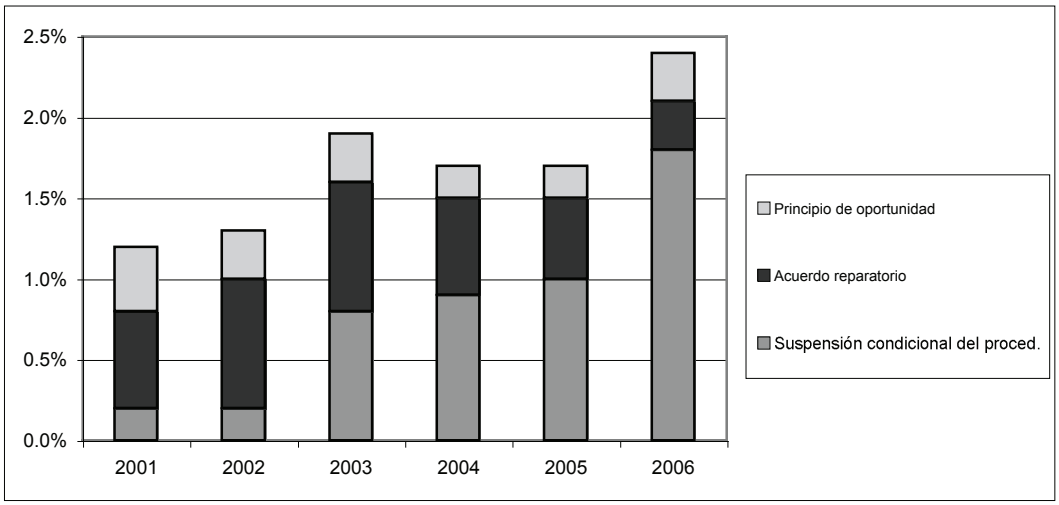


Gráfico N° 2



En términos generales, la situación descrita parece paradojal: si bien se ha aumentado el porcentaje total de sentencias resultado del sostenimiento de la acción pública, tal como se establecía en la hipótesis de trabajo; la hipótesis no se verifica respecto de las *salidas alternativas*, las que no han disminuido significativamente, y al contrario, aumentaron el año 2006, especialmente tratándose de la suspensión condicional del procedimiento, a pesar de las aprehensiones que sobre esta clase de términos se han expresado en los Oficios y Cuentas Públicas del Fiscal Nacional antes transcritos.

¿Cómo se explica esta paradoja? A mi juicio, por dos poderosos estímulos institucionales: primero, la existencia en el sistema estadístico del Ministerio Público de la diferenciación entre "salidas facultativas" y "salidas judiciales", atribuyéndose mayor valor a estas últimas, como indicador de la eficacia del sistema (con relación al objetivo "obtener términos de calidad"), como puede apreciarse en todas las Cuentas Públicas del Fiscal Nacional a partir del año 2003. Y en segundo lugar, la aplicación a nivel nacional del sistema de *defensa penal pública licitada*, que a partir del año 2005 estimula la rápida terminación de causas mediante el pago de igual suma (precio promedio ponderado) a toda clase de término, con independencia de los recursos que en ellos se inviertan.

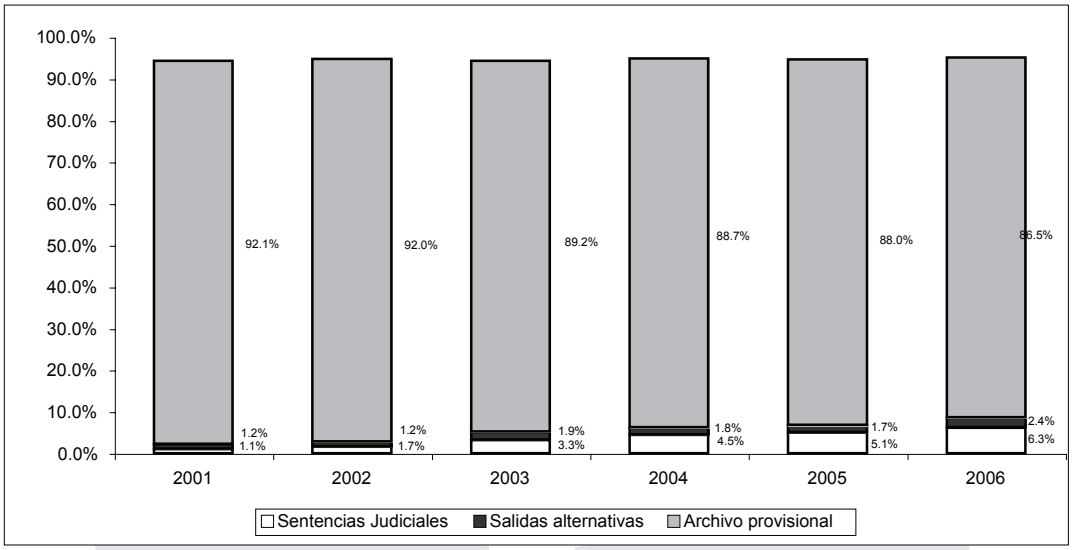
En cuanto al estímulo institucional del Ministerio Público en orden a considerar como *metas de desempeño* la obtención del mayor número posible de "términos judiciales", dado que la *suspensión condicional* se considera precisamente un "término judicial", parece esto un claro estímulo para dar por terminada causas en casos en que, por cualquier motivo, se dude de las resultas del juicio o éste tenga un pronóstico que exceda el período estadístico en que se contabilizaría. Ello lo prueba no sólo el reconocimiento de estas prácticas en las cuentas anuales del Fiscal Nacional,[65] sino también el comportamiento estadístico, como veremos a continuación. Esta presión ha tenido como efecto positivo, además, un relativo mejoramiento de la calidad de las investigaciones que se llevan a juicio y el consecuente aumento en la probabilidad de presentar una acusación y obtener una condena en esta clase de delitos, pues

[65] Así, en la Cuenta Pública del año 2007, se lee en el punto 19: "No deben anteponerse el cumplimiento de metas al resultado propio a los correspondientes delitos. Ha sido preocupación del Fiscal Nacional que los fiscales apliquen el procedimiento que corresponda y las salidas alternativas procedentes, según la pena efectivamente aplicable al correspondiente delito en el caso concreto, y no negocien las penas con la defensa con objetivos tales como cumplimiento de metas o de gestión de causas. Sobre esta materia se estimó necesario reiterar instrucciones anteriores."

ello requiere no sólo la detención del sospechoso, sino también la incautación de alguno de los bienes apropiados y una prueba válida relativa al modo de ejercer la fuerza. Estadísticamente esto parece demostrarse por el hecho de que ha sido el porcentaje total de archivos provisionales lo que se ha reducido en favor del aumento de las *sentencias judiciales* y de las *salidas alternativas*, como aparece en el gráfico Nº 3.

Por otra parte, la aplicación en todo el territorio nacional del sistema de Defensa Pública Licitada,[66] donde a partir del año 2005 se establece la posibilidad de recibir un pago único (precio promedio ponderado) por causa terminada,[67] es lo que parece estimular a los defensores públicos licitados a ofrecer y aceptar suspensiones condicionales que liberan al imputado de la incertidumbre de un jucio y de la eventualidad de registrar antecedentes penales a cambio de condiciones de fácil ejecución (devolver cantidades ínfimas o especies ajenas, no acercarse a determinados lugares o personas, etc.), y sobre todo, liberan a los abogados del trabajo de presentarse a un juicio, cuyo mayor costo en tiempo y esfuerzo parece no reflejarse en la remuneración que se recibe: cualquiera que sea la forma de término, el pago promedio por causa terminada es idéntico.

Gráfico N°3



La pregunta acerca de por qué estos estímulos no se traducen al mismo tiempo en más *acuerdos reparatorios*, que también en el Ministerio Público se consideran *términos judiciales*, puede responderse atendiendo al costo de transacción de cada salida: mientras la *suspensión condicional* sólo requiere el acuerdo del fiscal, el defensor y el juez; en un acuerdo reparatorio es necesario también el concurso de la *víctima*. Por otra parte, dado que el *acuerdo reparatorio* no tiene el aspecto sancionatorio de las "condiciones" de la *suspensión condicional*, la elección de los fiscales parece más "justificada" si se impone una "condición" cuyo quebrantamiento suponga una nueva sanción a que si no se impone ninguna.

[66] Información algo más detallada sobre este proceso se encuentra en la página web de la Defensoría Penal: [http://www.defensoriapenal.cl/interior/licitaciones_defensa/proceso_licitacion.php].

[67] El cambio de sistema de pagos empezó a operar precisamente junto con la entrada en vigor de la Reforma Procesal Penal en la Región Metropolitana (información de que dispongo como miembro del Consejo Nacional de Licitaciones desde su instalación el año 2002 hasta el año 2007). La regulación vigente puede consultarse en [http://www.defensoriapenal.cl/interior/licitaciones_defensa/BAG_2006.pdf].

4. Conclusión

La revisión de la política criminal del Ministerio Público durante el período en que Guillermo Piedrabuena ha ejercido como Fiscal Nacional, nos permite concluir que, con la entrada en vigor de la Reforma Procesal Penal en la Región Metropolitana, se ha consolidad la política criminal de *moderada maximización punitiva*, como manifestación del rol de sostenedor de la acción penal y defensor del "interés público" del Ministerio Público. Y lo más importante: ella será un legado para el próximo Fiscal Nacional que, difícilmente, podrá cambiarse de un día para otro, dado que se ha ido desarrollando a partir de las experiencias acumuladas y la interacción de la institución con los restantes poderes públicos y la comunidad política. Cómo vincular esta política criminal con la gestión diaria de los fiscales, evitando la existencia de los estímulos contradictorios que aquí se han señalado, especialmente en relación con la *suspensión condicional del procedimiento* y las metas de gestión interna, así como conseguir la necesaria vinculación entre éstas y metas de reducción de la criminalidad (aspecto que hasta el momento el Ministerio Público no ha abordado), son tareas que sólo será posible realizar sobre la base de lo ya desarrollado, si no se quiere tener que aprender de nuevo las lecciones del pasado.

CONSIDERACIONES SOBRE LA APLICACIÓN TEMPORAL DE LA NUEVA REGLA DE CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN DELITOS SEXUALES CON VÍCTIMAS MENORES DE EDAD

Guillermo Oliver Calderón[68]

I.- Introducción

El día 31 de agosto de 2007 se publicó en el Diario Oficial la Ley Nº 20.207, que introdujo en el Código Penal un nuevo artículo, el 369 quáter, cuyo tenor es el siguiente:

"En los delitos previstos en los dos párrafos anteriores, el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumpla 18 años".

Es muy probable que esta disposición dé lugar a varias dificultades en su interpretación y aplicación práctica, tales como, entre otras, la de decidir si consagra o no una duplicidad de plazos de prescripción que empezarían a correr en momentos distintos y para personas diferentes; en caso afirmativo, la de precisar las consecuencias que un proceso penal produciría en otro que le sucediera, debido a que distintas personas inicien uno dentro de los diferentes plazos con que contarían para ello, y la de determinar los efectos en el tiempo que produciría la nueva norma. El objetivo de este breve trabajo es contribuir a solucionar sólo uno de tales problemas: el relativo a la posible aplicación retroactiva de esta disposición.

II.- Sobre la posibilidad de aplicar la nueva regla especial de cómputo del plazo de prescripción de la acción penal a delitos anteriores a su entrada en vigencia

La prescripción es una de las instituciones que ha originado mayor controversia a la hora de determinar su naturaleza jurídica.[69] Un breve examen de diversas opiniones que sobre este punto se han planteado permite concluir que existen, al menos, tres posiciones disímiles. Por un lado, hay quienes sostienen que se trata de una institución procesal. En este sector destaca Cerezo Mir, quien defiende la naturaleza adjetiva de la prescripción, "por guardar una relación indisoluble con la aplicación del Derecho penal"[70]. Por otro, algunos afirman que su naturaleza es mixta. Es el caso, verbigracia, de Serrano Butragueño, quien expresa que "la prescripción [...] goza de naturaleza mixta, pues guardando gran relación con los actos del proceso –se interrumpe desde que la acción se dirija contra el culpable [...]–, sin embargo, sus efectos son netamente sustantivos, ya que extingue la responsabilidad penal"[71]. Finalmente, hay quienes, a mi juicio, con razón, afirman que se trata de una figura de naturaleza penal. Así, por ejemplo, Morillas Cueva defiende su naturaleza sustantiva, porque "supone una renuncia por parte del Estado al derecho de castigar basada en razones de política criminal aglutinadas por el transcurrir del tiempo, que incide en que aquél considere extinguida la responsabilidad criminal y, por consiguiente, el delito y la pena"[72]. Pienso que, efectivamente,

[68] El autor es Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

[69] Sobre el punto, cfr. Ragués i Vallès, *La prescripción penal: Fundamento y aplicación. Texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código Penal* (Atelier, Barcelona, 2004), pp. 69 y ss.

[70] Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, tomo I (Tecnos, 6ª edición, Madrid, 2004), pp. 224 y s.

[71] Serrano Butragueño, *Comentario al art. 2*, en VV.AA., *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, coordinados por Ignacio Serrano Butragueño (Comares, Granada, 1998), p. 39.

[72] Morillas Cueva, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal* (Dykinson,

se trata de una institución penal, dado que es posible advertir en ella una renuncia del Estado para ejercer su potestad penal cuando ha transcurrido un determinado tiempo desde la comisión del delito.[73]

Traigo a colación las diversas posturas acerca de la naturaleza jurídica de la prescripción, porque algunos autores han planteado que la solución al problema consistente en determinar si la prohibición de aplicar leyes desfavorables *ex post facto* alcanza o no a las disposiciones relativas a la prescripción (como el art. 369 quáter del Código Penal), depende de cuál sea dicha naturaleza.[74] Según ellos, si se considera a la prescripción una institución penal, la respuesta es afirmativa; si se la estima una figura procesal, en cambio, la respuesta es negativa.[75]

Mi opinión es distinta. Creo que para solucionar el señalado problema lo importante no es determinar cuál es la naturaleza jurídica de la prescripción,[76] sino analizar si la aplicación de una ley sobre prescripción más desfavorable a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia vulnera o no el fundamento del principio de irretroactividad en materia penal. Si resulta atacado, entonces debe concluirse que tal aplicación está prohibida. En caso contrario, la prohibición no le afecta. Pienso que esta forma de razonar conduce a extender el ámbito de aplicación de la

Madrid, 2004), pp. 229 y ss. Cfr. también El Mismo, *Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas* (Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Granada, Granada, 1980), p. 43; Gómez Pavón, *La prescripción del delito en el Código Penal*, en VV.AA., *Estudios de Derecho penal y Criminología. Homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, tomo I (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1989), pp. 370 y ss., especialmente, p. 373; Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General* (Reppertor, 7ª edición, Barcelona, 2004), p. 751; Cobo del Rosal / Vives Antón, *Derecho Penal. Parte General* (Tirant lo Blanch, 5ª edición, Valencia, 1999), pp. 955 y ss., Landecho Velasco / Molina Blázquez, *Derecho Penal Español. Parte General* (Tecnos, 7ª edición, Madrid, 2004), p. 156; Gallego Díaz, *Prescripción penal y prohibición de retroactividad*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, enero 1986, p. 37. En la doctrina chilena, véase Cury Urzúa, *Derecho Penal. Parte General* (Ediciones Universidad Católica de Chile, 7ª edición, Santiago, 2005), pp. 798 y ss.

73 En la jurisprudencia española esto ha sido reiteradamente declarado. *Vid*., por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1991, ponente Joaquín Delgado García (fundamento jurídico 2º). Cfr. Pastor Alcoy, *La prescripción en el Código Penal de 1995 y su aplicación retroactiva. Comentarios y formularios* (Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1996), p. 86.

74 Así, Rodríguez Mourullo, *Derecho Penal. Parte General* (Civitas, Madrid, 1978), p. 139; Ferrer Sama, *Comentarios al Código Penal,* tomo II (Sucesores de Nogués, Murcia, 1947), pp. 162 y ss.
En Italia la doctrina y la jurisprudencia suelen asignar a esta institución naturaleza penal, de lo que deducen la improcedencia de aplicar retroactivamente los aumentos en los plazos de prescripción. Cfr. Camaioni, *Successione di leggi penali* (Cedam, Padova, 2003), pp. 139 y ss. Idéntico proceder se observaba en la jurisprudencia francesa anterior a la promulgación del Código Penal de 1992, cuyo art. 112-2 nº 4 extiende expresamente la irretroactividad a los aumentos en los plazos de prescripción. *Vid*. Levasseur / Chavanne / Montreuil, *Droit pénal général et procédure pénale* (Sirey, 10ª edición, París, 1991), p. 43. Por su parte, la jurisprudencia belga opta por aplicar retroactivamente cualquier modificación, perjudicial o favorable, en las reglas relativas a la prescripción. Cfr. Hennau / Verhaegen, *Droit Pénal General* (Bruylant, 2ª edición, Bruselas, 1995), p. 89.

75 En Alemania, sobre la base de asignar a esta institución naturaleza procesal, se justificó la ampliación retroactiva de los plazos de prescripción de los delitos cometidos por los jerarcas del régimen nazi que aún no habían prescrito. En 1965 se los aumentó para los asesinatos y en 1969 se los volvió a aumentar para los delitos castigados con pena privativa de libertad perpetua, a la vez que se declararon imprescriptibles los delitos de genocidio y las penas impuestas por ellos. Atendido el supuesto carácter adjetivo de la prescripción, se la excluyó de la prohibición de retroactividad penal. Cfr. Gallego Díaz, *Prescripción penal*..., cit., p. 43.; Fletcher, *Conceptos básicos de Derecho Penal* (traducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997), p. 27. Esta posición es todavía dominante en dicho país. Cfr. Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I (traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997), p. 165, nota 85.

76 Cfr., entre otros, Pedreira González, *La prescripción de las infracciones penales tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, en *La Ley*, n° 6249, Madrid, martes 10 de mayo de 2005, p. 3; Sáinz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General* (Bosch, 3ª edición, Barcelona, 1990), p. 396; Ruiz Antón, *El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia*, en *Poder Judicial*, número especial VI, Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, Madrid, 1989, p. 102; Ragués i Vallès, *La prescripción penal*..., cit., pp. 77 y ss. y Frígols i Brines, *Fundamentos de la Sucesión de Leyes en el Derecho penal español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales* (Bosch, Barcelona, 2004), p. 362, quienes restan importancia a la determinación de la naturaleza de la prescripción para decidir si ésta se encuentra o no dentro del radio de acción del principio de irretroactividad y se inclinan por la respuesta afirmativa. En el mismo sentido, en la doctrina alemana, cfr. Freund, *Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal*, traducción de Ramon Ragués i Vallès, en Wolter / Freund (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal* (Marcial Pons, Madrid, 2004), pp. 104 y ss., afirmando que desde una perspectiva material la distinción entre punibilidad y perseguibilidad suena como simple palabrería y oponiéndose a una ampliación retroactiva de los plazos de prescripción.

prohibición de leyes perjudiciales *ex post facto* a las modificaciones en materia de prescripción. A mi juicio, el basamento de la irretroactividad penal se encuentra en la idea de seguridad jurídica, entendida, en términos negativos, como no exclusión de la posibilidad de los ciudadanos de conocer el ordenamiento jurídico y calcular la calificación jurídico-penal de sus conductas, para evaluar si serán o no castigados y, en caso efectivo, cómo lo serán. Las leyes penales desfavorables no pueden aplicarse retroactivamente, porque si se permitiese hacerlo, las dificultades para conocer el ordenamiento jurídico y anticipar los efectos penales de las actuaciones –que ya son muchas con leyes irretroactivas (por falta de claridad de las leyes, ausencia de prolijidad, complejidad y equivocidad del lenguaje con que se redactan, falta de taxatividad en la descripción de los tipos penales, constantes cambios legales en breves espacios de tiempo, etc.)– se incrementarían hasta alcanzar un nivel inaceptable. De este modo, al establecer la irretroactividad de las leyes penales desfavorables no se busca que los ciudadanos conozcan el derecho –lo que se ha revelado más como un mito que como una realidad–, sino que no sea imposible que lo conozcan –tarea mucho más modesta–, de tal suerte que si efectivamente acceden al mensaje normativo, puedan calcular, con un grado razonable de previsibilidad, la valoración jurídico-penal que de sus actos futuros se haga. Pues bien, si este es el fundamento de la irretroactividad de las leyes penales desfavorables, forzoso es sostener que su radio de acción alcanza a las modificaciones perjudiciales en materia de prescripción, como por ejemplo, las ampliaciones de los plazos de prescripción.[77] Para que no sea imposible que las personas evalúen los riesgos penales de sus actuaciones y decidan si delinquen o no, es necesario que puedan saber durante cuánto tiempo el Estado puede perseguirlos criminalmente.[78] Como las normas secundarias refuerzan la función motivadora de las normas primarias mediante la amenaza de pena,[79] la consideración del tiempo durante el cual esta amenaza se puede concretar es un importante factor que puede incidir en que los ciudadanos decidan ejecutar o no los hechos a cuya abstención se les pretende motivar.[80] Y la única forma de hacer posible esto es asegurando que las modificaciones desfavorables en las leyes sobre prescripción no se apliquen a hechos anteriores a su entrada en vigencia. De nada sirve que no se excluya la posibilidad de que las personas sepan anticipadamente qué consecuencias jurídico-penales asigna la ley a una determinada clase de conductas, garantizando la irretroactividad de las disposiciones que establecen penas, si no tienen la posibilidad de saber también cómo se llega a la aplicación de esas consecuencias. Un elemento fundamental del camino que conduce a éstas es el inicio del procedimiento penal dentro del plazo de prescripción. En el fondo, si una persona no está en condiciones de prever el cómo de dicho camino –incluyendo las reglas sobre prescripción–, mal puede saber, realmente, el sí de la pena. Piénsese en el siguiente caso hipotético. Imaginemos que una persona está evaluando seriamente cometer un delito en un momento en que la legislación establece para el mismo un plazo de prescripción sólo de meses. Es evidente que si a esa persona

[77] Cfr., sin embargo, Queralt Jiménez, *El principio de legalidad penal* (mecanografiado inédito, Barcelona, 1995), pp. 372 y ss., quien defiende la procedencia de ampliar los plazos de prescripción en curso, a pesar de sostener que la seguridad jurídica es el fundamento de la exigencia de irretroactividad de las leyes penales.

[78] En contra, cfr. Roxin, *Derecho Penal. Parte General,* cit., p. 165: "el ciudadano tiene derecho a saber si puede ser castigado y, en su caso, en qué medida, pero el sentido del principio de legalidad no es el de decirle por cuánto tiempo se tendrá que ocultar tras la comisión del hecho, para luego poder reaparecer a salvo". Consecuente con su opinión, este autor no se opone a que las ampliaciones en los plazos de prescripción se apliquen a delitos cometidos antes de su entrada en vigencia, cuando aún no han prescrito, pero –de un modo que me parece un tanto contradictorio con su planteamiento– rechaza que tales ampliaciones se apliquen a delitos ejecutados antes de su entrada en vigor que ya han prescrito.

[79] Cfr. Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 80; Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo* (Bosch, Barcelona, 1992), pp. 355 y ss.

[80] Así, Levasseur, *Opinions heterodoxes sur les conflits de lois repressives dans le temps*, en VV.AA., *En Hommage a Jean Constant* (Faculté de Droit de Liège, Liège, 1971), p. 220; Théodosiadès, *Essai sur la non-rétroactivité des lois* (Ed. Abel Pilon, París, 1866), p. 223. En contra, Queralt Jiménez, *El principio de legalidad penal*, cit., p. 371, quien sostiene que es "insusceptible cualquier sujeto de ser motivado mediante la prescripción".

no se le asegura que, si decide delinquir, eventuales futuras ampliaciones de tal plazo no se le podrán aplicar en su perjuicio, no podrá calcular el sí de la pena, frente al abanico de posibilidades susceptibles de representarse: que el plazo se mantenga inalterado –caso en el cual el sujeto contaría con altas expectativas de no resultar sancionado–, que se amplíe o que el delito pase a ser considerado imprescriptible –casos en los cuales las expectativas de ser castigado aumentarían de manera considerable–.

Lo que he dicho me parece plenamente aplicable al nuevo art. 369 quáter del Código Penal. En el fondo, lo que ha hecho el legislador al establecer que en los casos que la disposición menciona el plazo de prescripción empieza a correr cuando la víctima llega a la mayoría de edad es, materialmente, una ampliación indeterminada de los plazos de prescripción. Digo indeterminada, porque para precisar el tiempo en que se ve aumentado el plazo de prescripción de la acción penal de un delito sexual contra un menor de edad, será necesario saber la edad de la víctima. Si ésta tuviera 17 años de edad, el incremento del plazo sería de un año, que será lo que le reste para alcanzar la mayoría de edad, evento en que comenzaría recién a correr el plazo que corresponda conforme a las reglas generales; si tuviera 4 años de edad, el aumento sería de 14 años. En otras palabras, el legislador ha aumentado los plazos de prescripción de la acción penal en delitos sexuales contra menores de edad en tanto tiempo cuanto le falte a la víctima para llegar a la mayoría de edad. Y como se trata de un aumento –indeterminado– de plazos de prescripción, entonces es forzoso concluir que no puede aplicarse retroactivamente a hechos anteriores a su entrada en vigencia. El sentido de garantía de la prohibición de aplicar leyes más severas ex post facto, que asegura a las personas que no serán perjudicadas en sus expectativas de no ser sancionadas –o no serlo tanto–, generadas por la legislación vigente al tiempo de la ejecución del hecho, se vería seriamente afectado, si no se extendiera a los cambios en la legislación que facilitan el castigo del mismo.[81] Es obvio que con el aumento del plazo de prescripción de delitos sexuales contra menores de edad que prevé el nuevo art. 369 quáter del Código Penal, se facilitaría el castigo de los hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor, si se lo pretendiera aplicar a éstos.[82]

La mejor demostración de que ninguna importancia debería tener en Chile la discusión acerca de la naturaleza de la prescripción para solucionar el problema planteado, la proporcionan los artículos 18 del Código Penal y 11 del Código Procesal Penal. Si se asignara naturaleza penal a la prescripción, el primer precepto citado serviría para reconocer la irretroactividad del nuevo art. 369 quáter del Código Penal. Si se afirmara que se trata de una institución procesal, el segundo precepto citado permitiría arribar a idéntica conclusión.[83] Es cierto que, en estricto rigor, al establecer la irretroactividad penal, el art. 18 inc. 1º del Código Penal y el art. 19 Nº 3 inc. 7º de la Constitución Política de la República aluden a las leyes que establecen las penas aplicables y no a aquellas que se refieren a la prescripción (plazos, manera de computarlos, forma de suspenderlos e interrumpirlos, etc.). Pero es evidente que estas disposiciones se fundan en el necesario respeto de la seguridad jurídica y ya he explicado cómo se vulneraría ésta si se dejaran fuera del radio de acción del principio de irretroactividad de las leyes penales desfavorables las modificaciones perjudiciales en materia de prescripción.

---

81 Cfr. Mir Puig, *Sobre la irretroactividad de las normas procesales y el sujeto del delito de bigamia*, en *La Ley*, Madrid, 1986-3, pp. 260 y ss.

82 *Vid*. también Pastor, *Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales*, en VV.AA., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin* (Marcos Lerner Editora Córdoba – La Lectura Libros Jurídicos, Córdoba, Argentina, 2001), pp. 807 y ss., cuyo planteamiento conduce a sostener que las normas procesales integran la norma penal secundaria, tesis que, si se asignara naturaleza adjetiva a la prescripción, podría servir para apoyar mi opinión.

83 Cfr. Politoff Lifschitz / Matus Acuña / Ramírez Guzmán, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General* (Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, Santiago, 2004), p. 128, nota 68.

Como otro argumento para apoyar mi opinión puede invocarse lo que la doctrina y la jurisprudencia ibéricas han sostenido a propósito del art. 132.1 del Código Penal español de 1995, similar al art. 369 quáter del Código Penal chileno, y que fue uno de los antecedentes que se tuvieron a la vista durante la tramitación parlamentaria de la Ley Nº 20.207[84]. Esta disposición fue modificada en España por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril y luego vuelta a cambiar por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio. Estas modificaciones buscaban "congelar" el inicio de los plazos de prescripción cuando la víctima en ciertos delitos ("tentativa de homicidio, delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio") fuera menor de edad, hasta que alcanzara la mayoría de edad. Conforme a la doctrina española, estas modificaciones no pueden ser aplicadas en el cómputo de los plazos de prescripción de los delitos cometidos antes de su incorporación en el Código Penal. De lo contrario, se burlaría la seguridad jurídica.[85] El Tribunal Supremo español así también lo ha entendido.[86] No veo razón alguna para que la jurisprudencia chilena sostenga algo distinto para la nueva regla especial de cómputo del plazo de prescripción prevista en el art. 369 quáter del Código Penal.

III.- Conclusiones

Como conclusiones de este trabajo pueden formularse las siguientes:

i) Para determinar si el radio de acción del principio de irretroactividad de las leyes penales desfavorables alcanza a las modificaciones perjudiciales en materia de prescripción lo importante no es decidir que se trata de una institución penal o de una procesal, sino analizar si su aplicación retroactiva vulneraría o no el fundamento de dicho principio, es decir, la seguridad jurídica.

ii) La seguridad jurídica se vería afectada si tuviera lugar una aplicación retroactiva de una modificación desfavorable en materia de prescripción, como por ejemplo, un aumento en el plazo de prescripción de la acción penal para perseguir un delito, por lo que debe estimarse que el principio de irretroactividad penal cubre estas situaciones.

iii) El nuevo art. 369 quáter del Código Penal contiene, materialmente, una ampliación indeterminada de los plazos de prescripción de ciertos delitos sexuales contra víctimas menores de edad, por lo que sólo puede aplicarse a hechos que tengan lugar después de su entrada en vigencia.

[84] Véase el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados de fecha 15 de junio de 2005 (Boletines 3786-07 y 3799-07, refundidos)

[85] Así, Ragués i Vallès, *La prescripción penal*..., cit., pp. 150 y ss., especialmente p. 154.

[86] En este sentido pueden verse sus sentencias de 15 de abril de 2005, ponente Perfecto Andrés Ibáñez (fundamento jurídico 5º) y de 11 de febrero de 2003, ponente Julián Sánchez Melgar (fundamento jurídico 3º).

IV.- Bibliografía

- Camaioni, Salvatore: *Successione di leggi penali* (Cedam, Padova, 2003).
- Cerezo Mir, José: *Curso de Derecho penal español. Parte general*, tomo I (Tecnos, 6ª edición, Madrid, 2004).
- Cobo del Rosal, Manuel / Vives Antón, Tomás Salvador: *Derecho Penal. Parte General* (Tirant lo Blanch, 5ª edición, Valencia, 1999).
- Cury Urzúa, Enrique: *Derecho Penal. Parte General* (Ediciones Universidad Católica de Chile, 7ª edición, Santiago, 2005).
- Ferrer Sama, Antonio: *Comentarios al Código Penal,* tomo II (Sucesores de Nogués, Murcia, 1947).
- Fletcher, George: *Conceptos básicos de Derecho Penal* (traducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997).
- Freund, Georg: *Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal*, traducción de Ramon Ragués i Vallès, en Wolter, Jürgen / Freund, Georg (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal* (Marcial Pons, Madrid, 2004), pp. 91 a 128.
- Frígols i Brines, Eliseu: *Fundamentos de la Sucesión de Leyes en el Derecho penal español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales* (Bosch, Barcelona, 2004).
- Gallego Díaz, Manuel: *Prescripción penal y prohibición de retroactividad*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, enero 1986, pp. 27 a 48.
- Gómez Pavón, Pilar: *La prescripción del delito en el Código Penal*, en VV.AA., *Estudios de Derecho penal y Criminología. Homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, tomo I (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1989), pp. 369 a 391.
- Hennau, Christiane / Verhaegen, Jacques: *Droit Pénal General* (Bruylant, 2ª edición, Bruselas, 1995).
- Landecho Velasco, Carlos María / Molina Blázquez, Concepción: *Derecho Penal Español. Parte General* (Tecnos, 7ª edición, Madrid, 2004).
- Levasseur, Georges: *Opinions heterodoxes sur les conflits de lois repressives dans le temps*, en VV.AA., *En Hommage a Jean Constant* (Faculté de Droit de Liège, Liège, 1971), pp. 189 a 254.
- Levasseur, Georges / Chavanne, Albert / Montreuil, Jean: *Droit pénal général et procédure pénale* (Sirey, 10ª edición, París, 1991).
- Mir Puig, Santiago: *Derecho Penal. Parte General* (Reppertor, 7ª edición, Barcelona, 2004).
- *Sobre la irretroactividad de las normas procesales y el sujeto del delito de bigamia*, en *La Ley*, Madrid, 1986-3, pp. 259 a 264.
- Morillas Cueva, Lorenzo: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal* (Dykinson, Madrid, 2004).
- *Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas* (Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Granada, Granada, 1980).
- Pastor, Daniel R.: *Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales*, en VV.AA., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin* (Marcos

Lerner Editora Córdoba – La Lectura Libros Jurídicos, Córdoba, Argentina, 2001), pp. 793 a 822.

- Pastor Alcoy, Francisco: *La prescripción en el Código Penal de 1995 y su aplicación retroactiva. Comentarios y formularios* (Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1996).
- Pedreira González, Félix: *La prescripción de las infracciones penales tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, en *La Ley*, n° 6249, Madrid, martes 10 de mayo de 2005, pp. 1 a 10.
- Politoff Lifschitz, Sergio / Matus Acuña, Jean Pierre / Ramírez Guzmán, María Cecilia: *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General* (Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, Santiago, 2004).
- Queralt Jiménez, Joan Josep: *El principio de legalidad penal* (mecanografiado inédito, Barcelona, 1995), 448 páginas.
- Ragués i Vallès, Ramon: *La prescripción penal: Fundamento y aplicación. Texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código Penal* (Atelier, Barcelona, 2004).
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo: *Derecho Penal. Parte General* (Civitas, Madrid, 1978).
- Roxin, Claus: *Derecho Penal. Parte General*, tomo I (traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997).
- Ruiz Antón, Luis Felipe: *El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia*, en *Poder Judicial*, número especial VI, Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, Madrid, 1989, pp. 95 a 107.
- Sáinz Cantero, José A.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General* (Bosch, 3ª edición, Barcelona, 1990).
- Serrano Butragueño, Ignacio: *Comentario al art. 2*, en VV.AA., *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, coordinados por Ignacio Serrano Butragueño (Comares, Granada, 1998), pp. 28 a 43.
- Silva Sánchez, Jesús María: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo* (Bosch, Barcelona, 1992).
- Théodosiadès, Miltiade C.: *Essai sur la non-rétroactivité des lois* (Ed. Abel Pilon, París, 1866).

EXPOSICIÓN DEL FISCAL NACIONAL EN LA UNIVERSIDAD CATÓLICA SEDE TALCAHUANO SOBRE "EL ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA REFORMA PROCESAL PENAL"

Agosto, 2007

Guillermo Piedrabuena Richard[87]

Autoridades, Profesores y Alumnos de la Universidad Católica Sede Talcahuano

Agradezco la invitación de esta prestigiosa Universidad para referirme en un tiempo relativamente breve sobre el rol del nuevo Ministerio Público en la justicia penal reformada acusatoria, todo esto con motivo de mi visita a esta Región y del término, en pocos meses más, de mis funciones como Fiscal Nacional del Ministerio Público.

Este organismo es "nuevo" en nuestro ordenamiento jurídico. Los antiguos fiscales y el antiguo Ministerio Público del Código Orgánico de Tribunales y que nacieron en el siglo XIX, a imitación del sistema español, no tienen semejanza con el nuevo Ministerio Público y sus fiscales que establecieron las leyes 19.519 de 1997 que reformó la Constitución y la Ley Orgánica Constitucional 19.640 de 1999.

Este nuevo organismo no integra el Poder Judicial y no está sujeto a la superintendencia correccional y/o administrativa de la Corte Suprema, siendo autónomo frente a los otros Poderes del Estado.

Sus funciones constitucionales, en especial la dirección de la investigación penal de los delitos de acción pública, hacen que esta entidad con rango constitucional sea incuestionablemente una autoridad para todos los efectos legales.

También contribuye a esta concepción de autoridad, la circunstancia de que sus autoridades superiores, vale decir Fiscal Nacional y Fiscales Regionales sólo pueden ser removidos por la Corte Suprema, en virtud de causales muy excepcionales y a petición del Presidente de la República, de la Cámara de Diputados o de un número de diez Diputados. Si el Ministerio Público no fuera una autoridad pública, mal pudo la Constitución preocuparse del tema de su remoción en un procedimiento bastante similar al de la acusación constitucional.

Cierto es que además los fiscales son intervinientes en el nuevo proceso penal y como tales se encuentran en igualdad de condiciones con el resto de los intervinientes en las etapas contradictorias del proceso, pero cuando ejercen sus funciones constitucionales deben ser tratados y respetados como si fueren autoridad pública.

En la jurisprudencia de varias Cortes de Apelaciones, la calidad de autoridad es reconocida para los efectos de la configuración del delito de desacato y amenazas en contra de la autoridad del Código Penal, aún cuando no se encuentren los fiscales en el listado de autoridades que tuvo en vista nuestro centenario Código Penal.

En estos dos últimos años desde que se modificó la Constitución, no se ha planteado formalmente ninguna cuestión de competencia o conflicto de atribuciones entre los tribunales y los fiscales, siendo un punto muy interesante que deberá dilucidar una futura jurisprudencia del Tribunal Constitucional que es el órgano llamado a dirimir los conflictos entre los Tribunales, salvo la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones, y las autoridades políticas

[87] El autor es el Fiscal Nacional del Ministerio Público de Chile. Profesor de Derecho Procesal Penal en la Pontificia Universidad Católica de Chile.

o administrativas, concepto que en nuestra estimación y en opinión de varios Profesores de Derecho Constitucional, incluye a los fiscales del Ministerio Público.

Según la reforma constitucional, es al Fiscal Nacional a quien le corresponde la superintendencia disciplinaria sobre todos los funcionarios del MP y se remite a la ley orgánica del MP para sus atribuciones y organización, incluyendo el tema de los reclamos disciplinarios por infracciones administrativas.

Además, cabe recordar que existió una intensa discusión en el Senado cuando se trató la reforma constitucional que creó el Ministerio Público en 1997, en la Ley 19.519, en cuanto a si las autoridades superiores del MP podían ser acusadas políticamente por notable abandono de deberes, instando la entonces Ministra de Justicia por el rechazo de esta idea para resguardar absolutamente la autonomía de este nuevo órgano constitucional.

Me permito hacer estos recuerdos porque en la reforma constitucional del año 2005, nuevamente se pretendió instalar la acusación constitucional contra las autoridades del MP, no reuniéndose el consenso y el quórum necesario para aprobar la idea.

También es importante acotar un antecedente nuevo porque recientemente se ha presentado un proyecto de ley de algunos diputados para someter a los fiscales a la tuición disciplinaria de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema, tribunales que podrían imponer sanciones disciplinarias a los fiscales, incluyendo la remoción.

El Ministerio Público está regulado constitucionalmente en el Capítulo VI A de la Constitución y el Poder Judicial lo está en el Capítulo VI, incluyendo la superintendencia directiva y correccional de la Corte Suprema que rige sólo respecto de los jueces e integrantes del Poder Judicial, al cual no pertenece el Ministerio Público.

Ahora bien, la nueva legislación procesal penal denominó a los antiguos fiscales como "fiscales judiciales" que integran al Poder Judicial y que dependen disciplinariamente de los Tribunales Superiores. Los actuales fiscales judiciales son muy pocos, sólo actúan ante las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema y fundamentalmente su labor está circunscrita a los llamados "dictámenes" que deben ser considerados por los Tribunales Superiores de Justicia, especialmente en materias civiles puesto que en materia penal su labor se mantiene sólo respecto de los procesos del sistema antiguo. Su subsistencia ha sido cuestionada por su pasividad y porque en varias Cortes del país su trabajo ha disminuido fuertemente porque no tienen competencia en los asuntos del nuevo sistema penal. Por ello, hay varios proyectos de ley que suprimen a estos fiscales judiciales.

Los actuales fiscales (a secas y sin apellido judicial), son indudablemente el motor de la nueva justicia penal porque investigan en forma exclusiva los posibles delitos o ilícitos penales y además porque ejercen la acción penal pública y protegen a las víctimas y testigos, aunque estas dos últimas funciones no son exclusivas porque el nuevo ordenamiento penal permite también a la víctima el ejercicio de la acción penal y porque también la autoridad administrativa, las policías e incluso los tribunales tienen la obligación de proteger, en su caso, a las víctimas y testigos. Al respecto, diversas normas del nuevo Código Procesal Penal consagran el deber de las policías de respetar a las víctimas y auxiliarlas y el de los jueces de respetar los derechos de las víctimas e informarlos de su situación.

En efecto, los artículos 6° inciso 1° y 109 letra e) del C.P.P. consagran la obligación de escuchar y proteger a la víctima también a los Tribunales de Justicia y por su parte, los jueces de garantía deben asegurar los derechos de todos los intervinientes y no sólo los de los imputados.

Por su parte, las policías tienen el deber de auxiliar a las víctimas como primera diligencia investigativa, conforme lo establece el Art. 83 letra a) del C.P.P., sin previa orden del fiscal.

¿Qué razón tuvo el legislador para crear este nuevo Ministerio Público?

Desde luego, existía una crisis bastante acelerada y pronunciada de la antigua justicia penal en que el mismo juez investigaba, acusaba y sentenciaba. Los derechos de los imputados eran a veces vulnerados. Enseguida, las investigaciones penales cada vez eran más rutinarias y descansaban casi exclusivamente en la actividad de las policías. Aún más, el control de las investigaciones se ejercía de manera inapropiada por empleados denominados actuarios que no eran jueces, que no estaban considerados en el Código y no tenían la responsabilidad propia de la judicatura.

También influyó en la sabia decisión del legislador, la observación de que no existía un órgano público eficaz que ejerciera la acción penal pública. El antiguo ordenamiento consagró a los promotores fiscales que formaban parte del Poder Judicial, como órganos acusadores ante los tribunales, pero la práctica y la experiencia había demostrado su ineficiencia y pasividad en términos que cuando en el año 1927 fueron suprimidos por razones de economía fiscal, no surgió ninguna voz u opinión disidente que impugnara la decisión gubernativa decidida en virtud de un decreto ley.

En cuanto a la investigación penal, siempre se había entendido que ello formaba parte de la jurisdicción de los tribunales, junto con la de fallar y ejecutar lo resuelto. La separación de la investigación penal de las funciones de los tribunales fue una decisión que motivó arduas y prolongadas discusiones en el foro y en las Facultades de Derecho de las Universidades del país, habiéndose producido un informe favorable de la Corte Suprema en estrecha votación dividida que arrojó sólo un voto de mayoría en favor del proyecto del Gobierno.

Fue tan intenso el debate hace diez años, que el proyecto de nuevo Código Procesal Penal presentado en 1995 y que había alcanzado a ser aprobado en la Cámara de Diputados en el año 1996, en primer trámite, debió suspenderse a la espera de una reforma constitucional que permitiera expresamente al nuevo Ministerio Público el ejercicio de la atribución de dirigir exclusivamente la investigación penal y sólo en 1997, a través de la reforma constitucional de la ley 19.519, fue posible separar de la jurisdicción penal, la llamada investigación de los hechos constitutivos de delito y de la participación o inocencia del posible imputado. Sólo con esta reforma constitucional fue posible continuar la tramitación del Código Procesal Penal que sería aprobado por la ley 19.696 de octubre del año 2000 y fue posible además la presentación y aprobación de la ley orgánica del MP en octubre de 1999.

Sin esta crucial reforma constitucional, a nuestro juicio tanto el CPP como la ley orgánica del MP pudieron haberse impugnado de inconstitucionalidad al restar de la atribución de los tribunales de conocer las causas penales, la de investigar por un órgano ajeno a la judicatura.

Quisiera detenerme, ahora en un punto crucial y que demuestra la variación del punto de vista de la Cámara de Diputados y del Senado, cuya visión primó en definitiva tanto en el nuevo Código Procesal Penal como en la reforma constitucional.

En la tramitación parlamentaria de los proyectos básicos de la Reforma Procesal Penal, se advirtió una cierta desconfianza en los poderes que se le darían a los nuevos fiscales desconocidos hasta ese momento, lo que era comprensible, de aquí que especialmente en el Senado se limitaron fuertemente sus atribuciones y se dejó expresamente establecido que los fiscales jamás podrían ejercer funciones jurisdiccionales.

Así, en el proyecto de Código Procesal Penal, los fiscales tenían algunas funciones que pudieran considerarse jurisdiccionales, tales como la detención provisoria de una persona por algunas horas a la espera de la decisión judicial, tal como se da en algunas legislaciones comparadas. Además, los sobreseimientos definitivos podían ser resueltos por los fiscales y así variadas materias que no es posible detallar en este momento. Esto hizo que estas disposiciones fueran retiradas o modificadas en el segundo trámite constitucional en el Senado, después de la reforma constitucional.

Sin embargo, en el actual C.P.P. existen todavía reminiscencias de este amplio poder decisorio de los fiscales del antiguo proyecto de C.P.P., como por Ej. el Art. 189 inciso 2° que permite al fiscal la devolución de las cosas hurtadas, robadas o estafadas, a su dueño o legítimo tenedor, sin intervención de los tribunales. También podemos citar la facultad exclusiva del fiscal para no perseverar en la investigación, sin perjuicio del forzamiento de la acusación a que se refieren los Arts. 248 letra c) y 258 del C.P.P.

Estas y otras reminiscencias de los poderes de los fiscales de los primeros proyectos, han sido denominadas por el Profesor Jean Pierre Matus, como funciones "cuasi jurisdiccionales" de los fiscales que han sido aceptadas no obstante que la Constitución dispone que el Ministerio Público jamás ejercerá funciones jurisdiccionales. Persisten algunas dudas sobre los alcances que tiene la facultad de los fiscales de restituir las cosas hurtadas, robadas o estafadas, sin intervención de los jueces de garantía, existiendo algunos fallos en recursos de protección que exigen la autorización judicial para ejercer estas funciones en razón de que los fiscales no son jueces.

En algunas ocasiones, en debates parlamentarios en que se analiza la marcha de la reforma procesal penal, se escuchan voces críticas en torno a la falta de decisión de los fiscales para ordenar la detención de algunos sospechosos, olvidándose que tales atribuciones fueron suprimidas durante la discusión legislativa de las leyes 19.519 y 19.696, porque los fiscales requieren de una orden judicial para detener. También los medios de comunicación hablan todavía de que el fiscal ordenó la detención de determinado imputado, lo que no cuadra con la actual normativa procesal penal.

Algunos preguntarán legítimamente si no sería conveniente volver al sentido primitivo del proyecto de C.P.P., modificando la Constitución y la ley, para asegurar la eficacia de la persecución penal, permitiéndose que los fiscales puedan ordenar la detención de un imputado en las primeras horas hasta que el juez ratifique su decisión.

La respuesta está dada por la evolución y la experiencia del sistema. Si los fiscales se afianzan como personas equilibradas que den garantías de objetividad e imparcialidad y si sus acciones son controladas efectivamente por las fiscalías regionales, podría pensarse seriamente en un cambio legal. También, si se generalizara la tendencia, hoy muy excepcional, de la falta de autorización de los jueces para proceder a la detención de personas que pudieran fugarse o eludir la acción de la justicia o para dar lugar a las medidas intrusivas solicitadas por los fiscales, también pudiera repensarse el tema.

Por ahora y esta fue la posición del Senado que predominó en la Reforma Procesal Penal, existe una confianza limitada en estos nuevos fiscales y en sus criterios de actuación, estimándose que sus poderes deben ser controlados por los llamados jueces de garantía.

Otro tema interesante en que se reflejó un distinto criterio entre la Cámara y el Senado, fue el relativo al control de las policías por el Ministerio Público. En efecto, en el proyecto aprobado por la Cámara, los fiscales tenían cierto poder disciplinario sobre las policías, para asegurar la eficacia de la persecución penal. Estas atribuciones fueron limitadas por el Senado,

no permitiéndose que los fiscales interfirieran en la estructura orgánica de las fuerzas de orden y seguridad, dejando intactas las atribuciones exclusivas de sus mandos sobre el desempeño de las policías.

Uds. habrán podido advertir que de vez en cuando surgen opiniones muy legítimas en cuanto a que sería conveniente que las policías dependieran exclusivamente del Ministerio Público, como sucede en algunos sistemas comparados, y que sólo de este modo se podría asegurar la eficacia de la acción policial.

Nuevamente, sólo la experiencia y el transcurso del tiempo demostrarán si esta opinión es viable o no. En la medida de que la investigación de las policías se profesionalice y sus procedimientos se adecúen íntegramente a los estándares del nuevo proceso penal acusatorio, la proposición no debería prosperar. En cambio, si no se soluciona el tema de la dualidad de las policías y de ciertos antagonismos entre ellas que a veces frustran una investigación o si hay además vacíos en la acción policial que conduzcan al fracaso de las investigaciones penales, aquella opinión cobraría más fuerza y pudiera inducir a una modificación estructural de la policía en Chile para hacerla depender del Ministerio Público.

Por ahora, continuamos con el sistema aprobado de acuerdo al criterio del Senado, en cuanto a que las fuerzas de orden y seguridad actúan según sus leyes orgánicas y siguen las instrucciones penales de los fiscales, sin depender orgánicamente del Ministerio Público.

****

En una segunda parte de esta exposición, quisiera referirme a la implementación del nuevo MP y como debió organizarse en estos primeros casi ocho años de la reforma procesal penal.

La experiencia demuestra que muchas reformas legales no han sido exitosas, aún cuando en el papel parecían muy promisorias.

En cambio, tanto la implementación del MP como de otras instituciones del nuevo sistema penal, tales como la Defensoría y los nuevos tribunales, ha sido exitosa, no obstante que deba reconocerse que existen importantes problemas pendientes que pudieran disminuir su eficacia en el futuro.

Hay varias características que permiten aseguran el funcionamiento del nuevo sistema. Me refiero a la gradualidad, la capacitación y al soporte continuo de recursos financieros, en especial en lo relativo a las dotaciones de los tribunales y al número suficiente de fiscales.

En cuanto a la gradualidad de su implantación en el país y no obstante la crítica constitucional de algunos profesores que estimaban que ello iba en contra de la igualdad ante la ley, ello aseguró ciertamente el éxito de la reforma.

Nuestro diagnóstico es que si en el año 2000 se hubiera empezado con el nuevo proceso en todo el país y además abarcando tanto los hechos nuevos como los anteriores a la vigencia de la reforma, el éxito habría sido ciertamente muy limitado, como ha sucedido en otros países de América Latina en que los fiscales han tenido que asumir miles de causas del sistema antiguo.

Cuando en el año 2000 tuvo que organizarse el MP en la IV y IX Regiones, que formaban la primera etapa de la reforma, tuvimos arduos problemas porque los recursos presupuestarios de dicho año eran abiertamente insuficientes y porque el nuevo C.P.P. no había sido aprobado y muchos intervinientes del nuevo proceso, eran capacitados con el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados que había sido modificado sustancialmente por el Senado. Incluso, muchos fiscales habían sido nombrados sólo dos o tres meses antes de la entrada en vigencia de la

reforma, porque los recursos presupuestarios no permitían nombrarlos con más anticipación para capacitarlos adecuadamente. El presupuesto del MP para el año 2000 fue de $2.700.000.000 y se aprobó sin que participara en la discusión el Fiscal Nacional que no había sido nombrado sino que hasta noviembre del 2000, después de la aprobación de la Ley de Presupuesto.

Imagínense Uds. que la ley 19.696 que promulgó el Código Procesal Penal lo fue recién en octubre del 2000 y la reforma empezaba a regir el 16 de diciembre del mismo año. Debe añadirse que la Defensoría Penal Pública no se había creado y que los defensores eran seleccionados de un programa de ayuda a la justicia del Ministerio del ramo. También producía dificultades la circunstancia de que sólo unos pocos edificios del nuevo sistema habían sido construidos y que había sido necesario arrendar provisoriamente inmuebles antiguos para el funcionamiento de la nueva justicia. Si mal no recuerdo, el único edificio nuevo construido y terminado para el inicio de la reforma fue el del Tribunal de Garantía de Vicuña en donde se inauguró solemnemente el inicio de la Reforma Procesal Penal el 16 de diciembre del 2000.

Muchos pensábamos que era necesario prorrogar esta vigencia por algunos meses, opinión que no hicimos pública para no perjudicar el proceso, pero al final primó una decisión política de empezar el proceso de la reforma procesal penal y ello justamente se apoyó en la gradualidad de aplicación del nuevo sistema, lo que permitiría que muchos errores de la primera etapa fueran corregidos en las etapas siguientes.

En todo caso, los errores que se cometieron en la primera etapa sólo afectaron a dos regiones del país y hubo tiempo para reflexionar y enmendar rumbos, tanto en el Ministerio Público como en los tribunales. Recuerdo algunas interpretaciones judiciales bastante equivocadas que han sido corregidas en el tiempo, así como actuaciones de fiscales que hoy día ya no se repiten por su ineficiencia.

Es así como la gradualidad permitió que los años siguientes se aumentaran sustancialmente los recursos financieros, se terminaran otros edificios judiciales, se capacitara a más actores, se creara la Defensoría Penal Pública en abril del año 2001 y se establecieran criterios jurisprudenciales más estables y definitivos.

Un segundo tema que permitió un buen desarrollo del nuevo sistema procesal, consistió en la capacitación que tuvimos tanto fiscales como jueces y defensores, durante los primeros cinco años de la reforma, esto es desde el año 2000 hasta el año 2005, aproximadamente, con profesores y monitores nacionales y extranjeros. Fue muy importante la colaboración de países extranjeros como Alemania y Estados Unidos donde existía hacía muchos años un sistema acusatorio. En estos últimos dos años se ha incorporado España, con recursos financieros para proyectos internacionales de apoyo a la gestión de las fiscalías y a programas de persecución de la pornografía infantil y de los delitos de drogas, para mencionar sólo algunas iniciativas, aún cuando el sistema español es un sistema mixto con ingredientes acusatorios y por lo mismo no es similar al nuestro.

De otra parte, sería una omisión lamentable no destacar el apoyo de las universidades al nuevo proceso penal desde los inicios de los primeros proyectos de la reforma.

Numerosos talleres, seminarios, simulaciones de procedimientos y múltiples formas de capacitación se idearon en los centros de estudios superiores para aumentar el conocimiento y fomentar la inquietud e interés del mundo jurídico, en especial de los abogados, para participar en el nuevo proceso.

Estos centros jurídicos incentivarán la discusión entre alumnos y profesores y contribuirán a establecer procedimientos y buenas prácticas en la aplicación del nuevo sistema acusatorio penal.

También servirán para detectar las dificultades existentes y contribuir a la mejor información jurídica de todos los posibles usuarios del sistema.

Hay matices en la formación de los intervinientes del nuevo proceso. Los Defensores reciben capacitación con un marcado énfasis en la defensa de los derechos de las personas que se presumen inocentes hasta su condena. Los Fiscales reciben entrenamiento para que su persecución penal sea más eficaz e inteligente y los Jueces reciben capacitación para afianzar su imparcialidad y el respeto de los derechos de todos los intervinientes.

Naturalmente, existen imperfecciones y a veces puntos de vista muy opuestos entre fiscales y defensores. Sin embargo, en lo sustancial la capacitación ha sido satisfactoria y ha permitido con tiempo preparar a los actores en las etapas posteriores de la reforma, en especial para la Región Metropolitana que entró en vigencia hace dos años.

En cuanto al tercer elemento que aseguró el éxito de la reforma, consiste en que los recursos presupuestarios han sido satisfactorios y suficientes desde el año 2001 en adelante, en lo que dice relación con jueces, fiscales y defensores. De este modo, las fiscalías han podido organizarse adecuadamente y lo mismo sucede con las defensorías y las licitaciones de las defensas. Puedo citar algunas opiniones de algunos ex Ministros de Hacienda que me confesaban que llegaban a temblar con los gastos de la Reforma Procesal Penal superiores a los U$500.000.000, pero reconocían que esto era una prioridad esencial al país y que no estaban arrepentidos de haber entregado estos recursos.

Sin embargo, existe un peligro que puede conspirar en contra del éxito del sistema, cual es la resistencia de los Poderes Públicos para enfrentar el problema de la insuficiencia de los fiscales en el país, la insuficiencia de los recursos de los organismos auxiliares de la justicia tales como las Policías, Gendarmería, Servicio Médico Legal, Instituto de Salud Pública, etc. y las demoras en los nombramientos judiciales de los tribunales del nuevo sistema procesal penal.

En relación a esta última materia, la hemos abordado en la charla del día de ayer en la Corte de Apelaciones en acto organizado por la Asociación Regional de Magistrados.

En cuanto a la insuficiencia de los recursos de los organismos auxiliares, tenemos la convicción de que en los estudios previos a la iniciación de la reforma procesal penal, sólo se consideraron los costos de la instalación de los tribunales, fiscalías, defensorías y su personal, pero se incurrió en el grave defecto de no dimensionar adecuadamente el costo de la modernización de importantes organismos auxiliares como los señalados, por lo que se han producido importantes retrasos y deficiencias en la marcha de los nuevos procesos penales porque dichos organismos no se encuentran suficientemente dotados de personal y de recursos y su gestión se encuentra atrasada.

En cuanto al tema de la insuficiencia en el número de los fiscales adecuados para enfrentar el sistema penal, cabe señalar que en la estimación de la Cámara de Diputados cuando trató la Ley Orgánica del MP, era que los 625 fiscales adjuntos iniciales debían ser aumentados en los próximos años después de 1998, siendo el ideal que llegaran a los 1.200 en el país. Este predicamento correspondía a los estudios de la Universidad Católica de Valparaíso que recomendó en 1998, una suma inicial de 625 fiscales, la que debía incrementarse sustancialmente en los años siguientes luego que la reforma entrara en vigencia en todo el país. También se recomendaba que cada fiscal tuviera un ayudante de fiscal abogado que lo secundara en sus labores, pero en la práctica la dotación actual sólo permite tener un abogado asistente para cada dos fiscales. Esta situación se corrige parcialmente en el proyecto de agenda corta antidelincuencia en que el Ministerio de Hacienda aprobó la creación de 95 cargos de abogados ayudantes.

Los ingresos de causas pronosticados por la Universidad Católica de Valparaíso para dimensionar las cargas de trabajo y el número de fiscales, son abiertamente inferiores a los que se han observado en la práctica de la reforma. Así por ejemplo, los ingresos del año 2006 llegan al millón de causas, en circunstancia de que la Universidad Católica de Valparaíso diagnosticó para el año 2005 en que estaría el sistema en régimen en todo el país, un ingreso de más o menos 800.000 causas anuales, de las cuales un 32% eran causas de alcoholes que hoy se encuentran segregadas de la nueva justicia penal para entregarlas a los Juzgados de Policía Local, según ley del año 2002. Es decir, para dicha universidad los ingresos por el resto de los delitos sería de poco más de 500.000 causas.

Si se analizan las causas promedio que un fiscal tramita anualmente, se tiene que en los últimos tres años, este indicador ha tenido un crecimiento sostenido. Mientras el año 2004 cada fiscal tramitaba en promedio 1.392 causas, el año 2005 el promedio subió a las 1.435 causas y en el año 2006 el promedio alcanzó a las 1.511.

En la Región Metropolitana, luego de dos años de reforma, los fiscales tienen a su cargo un promedio de 1.422 causas anuales y la proyección hacia fines del año 2007 es que este promedio subirá a 1.479 casos anuales.

La actual carga de trabajo es muy superior a la diagnosticada por el estudio de la Universidad Católica de Valparaíso que sirvió de base en 1998 para la fijación del número de fiscales en el país en el proyecto de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en que se calculó que cada fiscal debería llevar razonablemente en promedio, alrededor de 1.000 causas anuales y muy superior a la que tienen los fiscales en América Latina.

Según los estudios del Centro de Estudios de Justicia de Las Américas (CEJA), los promedios de casos por fiscal en América Latina, son muy inferiores al de Chile.

Promedio casos por fiscal en América Latina

PAÍS	AÑO	CASOS PROMEDIO POR FISCAL
Nicaragua	2003	487,5
Costa Rica	2004	441,3
Venezuela	2004	410,2
Ecuador	2002	378
Guatemala	2004	291,8
Argentina (Sistema Federal)	2003	272,4
Colombia	2004	236,6
Perú	2003	199
El Salvador	jun 2004 - mayo 2005	168,7
Bolivia	2003	105,4
Paraguay	2001	104,7

Las evidencias empíricas no hacen otra cosa que ratificar la urgente necesidad de aumentar la actual dotación de fiscales adjuntos y personal de apoyo, a objeto de enfrentar de manera

adecuada la creciente carga de trabajo y los constantes desafíos que impone una persecución penal moderna y eficaz.

A lo anterior hay que agregar el indudable impacto que han tenido las sucesivas modificaciones legales que se han efectuado desde 1999 en adelante y que han recargado el sistema penal, todas las cuales no fueron consideradas en el diseño original del número de fiscales.

Con miras a calcular este impacto el Ministerio Público elaboró una Matriz con las modificaciones legales en materia penal y procesal penal que impactan la carga de trabajo de los fiscales, que recoge todas las leyes que han introducido reformas en materia penal o procesal penal en el período comprendido entre 1998-2007, revelando, entre otras materias, la creación de 119 nuevos tipos penales en dicho período.

Este estudio deja en evidencia la gravedad de no dimensionar la recarga de trabajo que implica para el sistema penal la creación de nuevos delitos, en especial para los fiscales que tienen a su cargo la persecución penal pública, sin que se otorguen los recursos necesarios para enfrentar las nuevas competencias penales.

Quisiera ejemplificar esta situación con la ley de violencia intrafamiliar que creó en el año 2005, nuevos delitos que corresponden a situaciones que antes eran conocidas por los Juzgados Civiles o de Menores. Entre ellos, el maltrato habitual incluso psíquico en el interior de las familias, no obstante que no existieran lesiones. En la tramitación legislativa se consideró que este aumento de competencia del sistema penal nuevo, no ocasionaba ningún gasto y por lo tanto no amplió el número de fiscales, jueces o defensores. Lo mismo casi ocurrió con la ley de responsabilidad penal adolescente en que se incorporaron al sistema penal los menores de 14 y 15 años, dejando constancia la Cámara que la ley no importaba ningún gasto público nuevo, situación que fue enmendada parcialmente en el Senado para crear una Unidad Especializada en el Ministerio Público y aumentar el número de fiscales en 22, muy por debajo a los 50 fiscales que habíamos solicitado y por debajo a los 40 defensores públicos que la misma ley creó. Hasta ahora nadie ha podido explicar por qué esta diferencia entre fiscales y defensores, no obstante que es un hecho reconocido de que los fiscales tienen mucho más trabajo que los defensores porque éstos sólo intervienen en una parte de las causas judicializadas por el MP que a su vez sólo equivalen al 35% de los ingresos.

Además, existen otros factores que impactan en la carga de trabajo, como las nuevas y relevantes funciones de los fiscales introducidas por la ley 19.823 en materia de votaciones populares y escrutinios, las nuevas competencias generadas por la ley 17.798 sobre control de armas, y aquellas generadas por la modificación a la ley 17.322 y el DL 3.500 sobre delitos en materia previsional, así como las nuevas competencias introducidas en materia de tramitación de solicitudes de asistencia internacional contenidas en la ley 20.074.

Si a lo anterior se agrega el aumento de las denuncias e ingresos criminales mucho más allá de lo previsto en el diseño original de la reforma, las conclusiones son tan claras que no se pueden eludir con una vaga referencia a la mejoría de la gestión para solucionar el déficit. Si con ello se alude a la solución simplista de archivar causas y aumentar los términos administrativos en forma masiva, es decir digámoslo francamente para investigar menos y dedicarse sólo a los delitos muy graves, ello no dejaría satisfecho a las víctimas del delito y al interés de la sociedad y se criticaría fuertemente a los fiscales por falta de servicio.

En resumen, el Ministerio Público enfrenta un grave problema con este aumento de la carga de trabajo. Ello ha venido produciendo agotamiento y estrés en nuestros fiscales, que deben cumplir sucesivos turnos y extenuantes jornadas de trabajo, con evidente detrimento en

su calidad de vida, situación que no resulta sostenible en el tiempo sin afectar la eficiencia en la calidad de las investigaciones a su cargo.

****

Finalmente, debo referirme brevemente a las actuales críticas que se hacen al sistema procesal penal reformado, críticas que afectan principalmente a los jueces pero también a los fiscales.

Todos Uds. están informados de las distintas objeciones que actualmente se hacen a la reforma procesal penal, en especial luego de su entrada en vigencia en la Región Metropolitana donde se reúne la delincuencia más dura del país, las que no es necesario reproducir en este momento.

Existe un fenómeno social muy complejo que revela un divorcio bastante marcado entre lo que es legítimamente la tendencia garantista del nuevo sistema con la expectativa que se formó la mayoría de la población del país en cuanto a que el nuevo proceso terminaría o reduciría fuertemente la delincuencia. Recuerdo que esta expectativa fue alimentada posiblemente por diversos eslogans o discursos que se hacían en favor del cambio de sistema, lo que influyó en la aprobación de la reforma por todos los sectores políticos y ciudadanos.

Podrán encontrarse en estos siete años, casos de errores visibles en la acción de los fiscales que se han ido corrigiendo en mérito a la superintendencia directiva del Fiscal Nacional y de los Fiscales Regionales y también errores de criterio en algunos fallos judiciales de primera instancia que han sido revocados, en la mayoría de los casos, por las Cortes de Apelaciones demostrándose que el sistema funciona a través de los controles y recursos procesales correspondientes.

Las críticas omiten señalar que algunos de los defectos que se denuncian provienen de la existencia de una antigua legislación penal que debe ser reformulada conforme a padrones modernos que imperan en países más desarrollados y otras que están relacionadas con insuficiencias presupuestarias de los servicios auxiliares de la administración de justicia y también de las policías y del número de fiscales.

Hay que reconocer que la crítica social de los medios de comunicación afecta profundamente a la totalidad del sistema y a su credibilidad. No es posible dividir los temas, atribuyendo en un caso la responsabilidad a los fiscales y en otros a los jueces porque la crítica afectará al sistema en su conjunto, de allí que esto es un factor que debe considerarse cuando se hacen declaraciones públicas por cualquiera de los intervinientes del nuevo proceso, sean jueces, fiscales, defensores y hasta policías.

De allí es que es siempre positiva la prudencia y la moderación en los juicios públicos.

Otro factor que debe considerarse para defender la credibilidad del nuevo sistema, es que no debemos ser reacios a los cambios legales cuando ellos surgen de la realidad y experiencia diaria de los intervinientes y de los usuarios. Suele observarse la opinión de algunos expertos que se empecinan en no admitir ninguna reforma a los cuerpos legales fundamentales, aduciéndose que son suficientes mejores prácticas y procedimientos de gestión en las fiscalías o en los tribunales.

Recordamos por ejemplo como existió una fuerte oposición a la ley 19.789 que permitió a los tribunales, en casos de urgencia, decretar medidas intrusivas de las garantías en forma verbal a los fiscales, reforma aprobada por unanimidad en el Congreso y que ha colaborado con la rapidez y eficacia de las investigaciones, sin desmedro de los derechos de los imputados. También recuerdo la oposición de algunos a que se dictara una ley adecuatoria N° 19.806 para poner en armonía el nuevo sistema penal con numerosas leyes orgánicas constitucionales, aduciéndose que no era necesario y que bastaba con que se aplicara preferentemente el Código Procesal Penal, criterio que no fue seguido por los poderes legisladores que también aprobaron por unanimidad la ley adecuatoria. Por último, también recuerdo que en la discusión de la ley 20.074 del año 2005

surgieron voces para anunciar el colapso del sistema, ya que las facultades que se le daban a los fiscales o el aumento de las hipótesis de flagrancia o el uso permitido de la videoconferencia en las audiencias orales, producirían una mayor judicialización del sistema que no podían ser abordadas por los tribunales y los defensores, discusión que se ha vuelto a renovar con motivo del proyecto denominado agenda corta antidelincuencia pendiente en el Congreso.

Cierto es que a veces no son necesarias las modificaciones legales y que son suficientes cambios en la gestión y en la administración, pero tampoco debemos cegarnos que algunas de las normas aprobadas en la reforma de hace ocho años deben ser precisadas, aclaradas y hasta modificadas, sin mengua de los principios fundamentales que animaron a la reforma. No es lo mismo el sistema aplicado en EE.UU., en Alemania, en Argentina o en Chile.

Por lo demás, en estos ocho años se ha modificado el Código Orgánico de Tribunales, el Código Procesal Penal y la Ley del Ministerio Público en numerosas oportunidades, prácticamente por unanimidad y por razones claras de eficiencia del sistema.

Todo lo anterior explica en parte el profundo divorcio que suele haber entre las posiciones más doctrinarias de la reforma y las inquietudes de la sociedad que procuran representar los legisladores y también los medios de comunicación.

****

Me habría gustado también referirme más ampliamente a temas tan interesantes como la necesaria autonomía del Ministerio Público y como el sistema no podría funcionar y cumplir con sus fines si esta autonomía es amagada con leyes o por limitaciones presupuestarias.

Esta autonomía y la prescindencia política es esencial para el MP, lo cual no significa aislarse de los problemas sociales que dan origen a la delincuencia y restarse a las tareas de seguridad pública de las autoridades y de las comunidades locales.

El Ministerio Público considera como deber esencial colaborar también en la prevención del delito y en las tareas de seguridad pública, en especial después de las modificaciones de la ley 20.074 que permite al Fiscal Nacional sugerir en su Cuenta Pública las políticas públicas y modificaciones legales que estime necesarias para el mejoramiento del sistema penal.

Sin embargo, lo anterior constituye una delicada tarea en que el Ministerio Público no puede verse comprometido en su independencia y autonomía frente a los poderes públicos.

Estimamos que uno de los logros de nuestra administración como Fiscal Nacional ha sido la preservación de la autonomía del Ministerio Público muchas veces incomprendida por algunos que preferirían una fiscalización política del obrar de esta institución.

Además, para asegurar y respetar esta autonomía hay que buscar un clima de mejor entendimiento entre los fiscales, la judicatura y los defensores, comprendiendo que cada uno tiene su rol legítimo en la sociedad y en el sistema acusatorio.

****

Termino agradeciendo nuevamente a esta Universidad que me haya permitido disertar sobre la implementación del Ministerio Público en el proceso de reforma y aprovechar esta oportunidad para expresar mi satisfacción personal por haber cumplido la tarea de liderar por el Ministerio Público, este cambio tan trascendental en la justicia chilena en estos 8 años del ejercicio de mi cargo que termina en noviembre del 2007.

Muchas Gracias

REFORMA PROCESAL PENAL: REVITALIZACIÓN DE LA DISCUSIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO EN CHILE

María Cecilia Ramírez Guzmán [88]

Es ya lugar común señalar que el advenimiento de la Reforma Procesal Penal en Chile tuvo como una de sus principales motivaciones, la necesidad de ajustar la regulación de la materia a los Tratados Internacionales suscritos por el Estado chileno. El respeto a las garantías de un debido proceso fue concebido como uno de los pilares del cambio. Desde la entrada en vigencia del nuevo sistema se ha advertido una mayor atención de los distintos actores por el significado y alcance de las garantías constitucionales, no sólo en el ámbito procesal penal sino que también de derecho sustantivo

Cuestiones relativas a la vulneración de garantías constitucionales sobre proporcionalidad de las penas, vigencia del principio non bis in idem, culpabilidad, legalidad e igualdad ante la ley son algunas de las argumentaciones que se ventilan en el desarrollo del proceso o se consignan en la fundamentación de las sentencias.[89]

Por otra parte, de manera expresa el ordenamiento jurídico ha entregado importantes herramientas para impugnar las resoluciones en que eventualmente se hayan vulnerado garantías constitucionales como el recurso de nulidad, cuyo conocimiento corresponderá a la Corte Suprema cuando se funde precisamente en la casual de la letra a) del artículo 373 del CPP 2000.[90] Por esta vía se puede apreciar la gravitación, que estos temas han adquirido en el nuevo sistema procesal penal, pero también en los recursos que conocen las Cortes de Apelaciones, por ejemplo, cuando en virtud del artículo 383 inciso tercero del CPP 2000, la Corte Suprema les remite alguna presentación.[91]

La ley 20.050 de D.O. 26.08.2005 le entregó competencia al Tribunal Constitucional para conocer de las acciones de inaplicabilidad, presentadas por cualquiera de las partes o por el propio juez de la causa, permitiéndole así analizar la constitucionalidad de una disposición legal, en la medida que exista una gestión pendiente ante un tribunal, cuya aplicación, transgreda la Constitución. Esta modificación a la carta fundamental ha permitido que este máximo Tribunal haga una valiosa contribución en el desarrollo de las discusiones, que en el seno de la reforma procesal se han promovido. De acuerdo con la información proporcionada por el Ministerio Público

[88] La autora es abogado, Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales Universidad de Barcelona.

[89] C de Apelaciones de Stgo. 23.11.2005, rol 457-2005; TOP Viña del Mar 22.08.2005, RUC 0500234753-0; TOP Viña del Mar 5.07.2005, RUC 0402301074-2; TOP Stgo. 6.03.2007, RUC 0610014762-7; TOP Villarrica 18.05.2007, RUC 0600123345-7, SJG de Stgo. 8.03.2006, Revista Procesal Penal, Lexis Nexis, Nº 141, p. 141.

[90] Algunas sentencias de la Corte Suprema, en que se ha discutido la garantía del debido proceso: 2.10.2002, rol 1989-2002; 19.02.2004, rol 5362-2003; 11.08.2004, rol 2600-2004; 12.06.2007, rol 1646-007; 11.06.2007, rol 1836-2007; 31.01.2003, rol 4969-2003; sobre el derecho a guardar silencio: 17.01.2005, rol 5444-2004; 13.07.2004, rol 2108-2004; presunción de inocencia: 13.07.2004, rol 2108-2004; sobre el derecho a defensa: 20.09.2004, rol 3303-2004; igualdad ante la ley: 13.01.2005, rol 5154-2004. En materia sustantiva penal, la Corte Suprema acogió recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en contra sentencia condenatoria del tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt, que no aplicó el artículo 450 inc 1 del CP y la agravante de reincidencia. Con respecto a la primera, una vez más la Corte Suprema señaló que no infringía el principio de tipicidad penal, puesto que constituía una regla especial sobre determinación de la pena a imponerse (considerando 3º de la sentencia de nulidad). Con respecto a la segunda, concluye que no transgrede el principio non bis in idem, ni el de culpabilidad, igualdad ante la ley o proporcionalidad de la pena, puesto que opera como un incremento del quantum de la pena, no como una nueva sanción penal cuyo fundamento sería la peligrosidad del sujeto (considerando noveno de la sentencia de nulidad).

[91] Causas remitidas en virtud de este artículo, entre otras, CS 7.10.2004, rol 4179-2004; CS 4.03.2004, rol 514-2004; CS 4.10.2004, rol 3989-2004; CS 14.08.2002 rol 2539-2002. A modo de ejemplo, se puede apreciar argumentaciones de índole constitucional en S. C. de Apelaciones de Talca de 22.12. 2003, rol 34-2003 en que se discutió la causal del artículo 374 letra c) del CPP 2000, esto es haberle negado al defensor ejercer las facultades que la ley le confiere. También en C. de Apelaciones de Temuco 15.12.2003, rol s/n, identificador Lexis Nexis nº 31176.

en virtud de la nueva competencia del Tribunal Constitucional, han ingresado en este tribunal, hasta el 11 de septiembre del año en curso, 45 de acciones de inaplicabilidad de causas en régimen de reforma procesal penal. De estas presentaciones 11 han sido declaradas inadmisibles, 3 acogidas, 10 rechazadas, encontrándose aún un importante número de ellas en trámite o en acuerdo[92].

Las acciones de inaplicabilidad acogidas corresponden a la impugnación del artículo 416 inc 3 del CPP 2000, que de acuerdo al sentenciador constitucional no se ajustaría al mandato de los Artículos 19 Nº 3 inciso 5 y 1 de la C.P. R.[93]

Los requerimientos rechazados se refieren tanto a impugnaciones de disposiciones de derecho procesal como sustantivo penal[94]. De estos últimos, comentaremos a continuación, el que analiza el artículo 434 del Código Penal en función del principio de determinación legal. Nos parece que constituye un buen ejemplo de cómo la discusión de problemas penales constitucionales de la mayor relevancia, se presentan en el nuevo sistema de enjuciamiento criminal, desde la génesis del problema, planteado en el juicio, la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional y la sentencia de nulidad dictada por la respectiva Corte de Apelaciones, que acogiendo la tesis del Máximo Tribunal, anula la sentencia.

1. Sentencia del Tribunal Constitucional que se pronuncia afirmativamente sobre la constitucionalidad del Artículo 434 del Código Penal.

Con fecha 30 de marzo del año en curso, el Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 434 del Código Penal, presentado durante el desarrollo de un juicio oral, que tuvo lugar por el delito de piratería, perpetrado contra Pesqueros de Alta Mar en la VIII región.[95]

La Defensa hizo la presentación ante el máximo Tribunal, sosteniendo que el artículo citado no respetaría la exigencia de tipicidad consagrada en el artículo 19 Nº3 de la CPR, puesto que su tenor sería vago, impreciso, sin señalar en qué consisten los actos de piratería.

La mención a los actos de esta naturaleza hecha por el texto legal, a juicio de los requirentes, no resultaría clara, patente ni especificada, por lo que no habría una conducta descrita expresamente Agregan, que el artículo 434 del código punitivo no respetaría el principio de taxatividad porque su tenor no admitiría ser interpretado sin que el intérprete sustituya al legislador, ejerciendo funciones que son propias de ese órgano.

El Tribunal Constitucional, en fallo unánime, desestima estos argumentos sosteniendo que el precepto impugnado se ajusta a la Constitución, tanto en el cotejo abstracto de las disposiciones en juego como en su aplicación particular.

1.1. Alcance de la Sentencia

Esta sentencia representa un importante pronunciamiento sobre el significado y extensión del principio de tipicidad penal. En efecto, el tribunal señala que como una de las manifestaciones del principio de legalidad, la tipicidad -como tal principio- implica que la conducta debe ser concebida como una construcción precisa y clara, capaz de ser entendida por cualquier ciudadano. Sin embargo, tal construcción no llega al punto de comprender una descripción

[92] Información proporcionada por la Unidad de Recursos Procesales y Jurisprudencia del Ministerio Público.

[93] STC rol 533-2006, rol 478-2006 y rol 529-2006. Para ver el detalle de la argumentación cfr Cº 9, 21, 22 23 de la STC rol 533-2006.

[94] Artículo 416 inc 2 del CPP, STC rol 561-2006 y rol 568-2006; artículo 37 Ley 20.000 , STC rol 621-2006; artículo 11 Ley 19.806, STC rol 670-2006; artículo 434 del CP, STC rol 549 (537-538)-2006.

[95] STC 30.03.07, Rol Nº549 (537-538)-2006-

acabada de la conducta, de tal manera, que no quepa un margen de interpretación sobre la inteligencia del precepto.[96]

El sentenciador reconoce como limitación al grado certeza o determinación de la ley penal, la naturaleza abstracta de estas disposiciones, y los problemas inherentes al uso del lenguaje, cuestión que ha puesto igualmente de manifiesto la doctrina.[97] La ley no regula un caso singular, sino que un grupo de casos, siendo tarea del juez especificarlo y por muy evidente que parezca el significado de las palabras empleadas en una disposición, siempre suscitan interrogantes.[98]Ante esta constatación, el carácter expreso de la descripción de la conducta no puede significar totalidad e integridad.

Coinciden con el planteamiento de este máximo Tribunal, por señalar algunos autores, Eser para quien " el principio de determinación no puede entenderse como una exclusión total de ambigüedad, ni como exclusión total de valoraciones".[99] Entre los profesores nacionales Cury, destaca que la aspiración expresada por el principio de determinación del tipo penal es un ideal, una meta a la que se debe procurar, pero que lograrla en toda su perfección es "prácticamente imposible".[100]

Todas las expresiones empleadas por el legislador penal admiten en mayor o menor medida más de un significado o están sujetas a valoración con la sola excepción, según lo señala Roxin, de los números, fechas y medidas.[101]

Nuestro Código Penal contiene varias situaciones de ambiguëdad o vaguedad como las propuestas por Coloma, v. gr., el artículo 480 del texto punitivo en que la expresión "mina" puede ser entendida o bien como "yacimiento" o como "artefacto explosivo"; los derivados del uso de conectivos "Y" u "o"; la expresión habitualmente del art 367, o la extensión de la claúsula "imposibilidad de valerse por si mismo o de ejcutar funciones naturales que antes ejecutaba".[102]

La existencia de tales situaciones no implica necesariamente que haya transgresión al principio de tipicidad, cobrando fuerza lo que hace presente el Tribunal Constitucional, con relación a que este principio se cumple a plenitud mientras "más precisa, pormenorizada sea la descripción directa e inmediata contenida en la norma. Empero, ésta también puede consignar términos que a través de la función hermenéutica del juez, permitan igualmente obtener la representación cabal de la conducta."[103]

Por otra parte, la descripciones de los tipos penales son incapaces de reflejar las múltiples formas que pueden adoptar las conductas en la vida real y la alternativa de hacer un catálogo de ellas sería una labor inabarcable por el legisaldor.[104]

---

96 Considerando Cuarto de la Sentencia.

97 COLOMA, Rodrigo, "La Función de Garantía del Tipo legal: Límites Lingüísticos y Lógicos". *Problemas Actuales de Derecho Penal*. Universidad Católica de Temuco, 2003, pp. 47-65. STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal Parte General. El hecho Punible.* 4ª edición. Trad: Cancio Meliá y Sancinetti. Buenos Aires: Hamurabi, 2005, p. 88. URQUIZO, José. "Principio de Determinación de la Ley Penal". En *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Cuenca: Ediciones Universidad Castilla la Mancha-Universidad de Salamanca, v. 1, 2001, p. 136.

98 POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, M. Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General.* 2ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 107.

99 ESER, Albin. *Derecho Penal*. Trad. Bacigalupo Sagesse y Cancio Meliá. Madrid: Colex. 1995, 2/17; p. 55.

100 CURY, Enrique. *La Ley Penal en Blanco*. Bogotá: Temis, 1988, p. 15.

101 ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, T. I, Traducción y notas: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Primera edición en Civitas. Madrid: Civitas, 1997, p. 148.

102 Coloma, Rodrigo. "La función de garantía" p. 53 y 54.

103 Considerando Décimo Segundo de la sentencia.

104 Haciéndose cargo de la imposibilidad de que la ley penal describa cada una de las conductas, a propósito del delito de abuso sexual: DIEZ RIPOLLES, José Luis. *La Protección de la libertad Sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma.* Barcelona: Bosch, casa editorial. 1985, p. 122.

Existen delitos de factura tan simple como el homicidio del artículo 391 nº2, cuyo núcleo se satisface con "matar a otro", sin expresión de medios comisivos ni circunstancias de tiempo o de lugar. Tal simplicidad no es sinónimo de vulneración del principio de tipicidad.

De una lectura muy superficial podría pensarse que el ejemplo del homicidio no es pertinente porque él sí tendría con una conducta expresamente determinada. Sin embargo, tal afirmación no es exacta, puesto que este delito cuenta con importantes campos de imprecisión, desde el clásico cuestionamiento sobre la idoneidad del miedo como medio comisivo hasta los más fundamentales sobre el comienzo y fin de la vida humana.[105]

En el mismo sentido que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, y ya Beling declaraba que la "insuficiencia de la letra de la ley en las disposiciones especiales deben salvarse por medio de la interpretación".[106]

1.2. Determinación relativa del tipo penal. Limitación.

Habiendo quedado establecido que la descripción de la conducta no puede tener un nivel absoluto de determinación, de tal suerte que solo cabe hablar de "una exigencia de precisión relativa de la ley penal",[107] el problema que se hace necesario abordar es determinar los márgenes de relatividad admisibles.

El Tribunal Constitucional da una pauta para ello. De partida descarta la analogía en materia penal,[108] y conforme lo ha declarado anteriormente, en sentencia causa Rol Nº 24 de 4 de diciembre de 2004, para cumplir con el mandato del artículo 19 Nº3 inciso 8º, la ley penal debe tener definido el núcleo de la conducta.[109] Los elementos esenciales de ésta tienen que estar contenidos en la disposición legal. El carácter expreso -claro, patente, especificado- de la conducta se asocia, en palabras del propio Tribunal, a la comprensión y al conocimiento por las personas de tales elementos.[110]

Este pronunciamiento, citado en la sentencia objeto de este comentario, fue efectuado a propósito de la validez de las leyes penales en blanco. El artículo 434 del Código Penal no tiene tal carácter, por lo que podría pensarse que la afirmación del Tribunal Constitucional no tiene aplicación. Sin embargo, no se debe perder de vista, que el Tribunal en dicho pronunciamiento explica el significado del término "expresamente descrita", analizando el efecto que tuvo el cambio experimentado por la disposición constitucional durante la tramitación legislativa, en que se decidió usar esa palabra en lugar de completamente. De esta manera, el sentenciador ha establecido el contenido necesario de la conducta contenida en una ley penal para cumplir con el mandato constitucional.

En el caso de la disposición impugnada, a fin de perfilar el núcleo de la conducta, y su grado de comprensión y conocimiento, el máximo Tribunal recurre al significado gramatical de la expresión piratería, la concepción del legislador histórico y las opiniones que en doctrina se han vertido sobre el artículo en cuestión. Concluye el sentenciador, que la conducta es aprehensible

[105] POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, M. Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. 2ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 27 - 30.

[106] Von BELING, Ernst. *Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito-tipo*. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires. Librería El Foro. 2002, p. 78.

[107] URQUIZO, José. Principio de Determinación "d, v. 1, p. 136.

[108] Descarta la analogía de manera categórica cuando es in malam partem CURY, Enrique. *Derecho Penal*. 7ª edición. Santiago: ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 202. POLITOFF, Sergio. *Derecho Penal*. 2ª edición, Santiago: Consur Lexis Nexis, 2000, p. 91.T.I.

[109] STC Rol Nº 244 de 1996 y Nº468 de 2006. Esta precisión sobre el significado de la palabra expresamente ha sido emitida a propósito de la constitucionalidad de las leyes penales en blanco.

[110] Considerando Cuarto de la sentencia.

por los destinatarios de la norma, específicamente en la noción clásica del término piratería, concebida como "abordaje de barcos en el mar para robar".[111]

En efecto, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española una de las fuentes analizadas por el fallo, piratería "es el robo o presa que hace el pirata", también el "robo o destrucción de los bienes de alguien" ; y por pirata, "Ladrón que roba en el mar".[112]

De los primeros comentaristas del Código Penal, Fuensalida nada dice sobre este tema.[113] Fernández, en cambio, reproduce la discusión de los comisionados, para quienes el delito ya era tenido en definitiva como un robo en el mar. Por la concordancia que efectúa y la jurisprudencia que cita, la nota característica del delito sería la de ser un robo especial, en función al lugar donde tiene lugar: el mar.[114]

Labatut se refiere a la modificación introducida en el texto legal por la Ley N° 13.303, en virtud de la cual se deja de castigar a los piratas y en su lugar se incriminan los actos de piratería y sus efectos,[115] en tanto que Etcheberry, desde la perspectiva histórica, hace presente que el criterio de la comisión redactora del código nacional, es el sustentado por Carrara.[116] Para este último autor, el delito consiste en agredir en el mar a un buque para saquearlo, o para aprisionar o matar a las personas con una finalidad de lucro. En el programa de Derecho Criminal este tratadista hace la siguiente comparación: "lo que son en tierra los bandoleros son el mar los piratas, salvo que éstos tiene más campo para sus excursiones y más probabilidades para escapar de las autoridades sociales".[117] Politoff, Matus y Ramírez, tratan esta figura penal como un robo con violencia o intimidación, agravado por cometerse mediante actos de piratería.[118]

Podemos destacar, a la luz de lo señalado, la coincidencia de estas observaciones con la noción clásica de piratería tomada en consideración por el sentenciador.

Por otra parte para el Tribunal Constitucional la reforma comentada por Labatut, Ley N° 13.303, es de la mayor relevancia, puesto que al haberse incorporado la expresión "actos", se descarta la punición de un estado o condición personal. De ahí que centre el problema en el término piratería.[119]

Con respecto a éste, vale decir el término piratería, y, en definitiva, al analizar la impugnación presentada, según la propia declaración del Tribunal Constitucional, le corresponde al sentenciador al momento de resolver encontrar una interpretación racional compatible con la carta fundamental.

Del análisis de los elementos tomados en cuenta para perfilar el núcleo de la conducta, concluye este Tribunal, que la noción clásica del término cumple con esa compatibilidad,

[111] Considerando Décimo Tercero de la Sentencia.

[112] Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 22 edición. En http://www.rae.es/.

[113] En el texto de este autor, sólo se encuentra la concordancia con los respectivos artículos del texto punitivo español, a saber, artículo 156: "el delito de piratería cometido contra españoles o súbditos de otra nación, que no se halle en guerra con España, será castigado con la pena de cadena temporal en su grado máximo a muerte. Por otra parte, el artículo 157 de este texto legal se hacía cargo de indicar circunstancias del delito.

[114] FERNÁNDEZ, Javier. *Código Penal de la República de Chile*. Segunda Edición. Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona. Santiago, 1899, p. 214 y 215. Uno de los casos de jurisprudencia puestos por el autor corresponde a la condena a muerte "de los tripulantes de una chalupa que en los canales de Chiloé atacaron a los de otra, matándolos a palos". Vera también se hace de la opinión de los comisionados, destacando que se trata de un robo cometido en el mar. VERA, Robustiano. *Código Penal de la República de Chile. Comentado*. Santiago: Imprenta de P. Cadot y CA, 1883, p. 654.

[115] A su juicio, la modificación legal transforma a este delito en uno de carácter material. Previo a ella correspondía tratarlo como aquellos formales. LABATUT, *Derecho Penal*, p. 205.

[116] ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte especial*. T III. Tercera edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 347.

[117] CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial*. Bogotá: Temis, 1991,&2144, p. 181.

[118] POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, PE, *Lecciones. P:E.* p. 373.

[119] Considerando Décimo Segundo de la Sentencia.

pudiendo el juez de la causa a través de la función hermenéutica "obtener la representación cabal de la conducta".[120]

Conforme a lo explicado por Roxin, el legislador con el sentido literal de la disposición penal, crea el marco de regulación que viene a ser complementado por el juez.[121]

La misión del juez va a constituir una legítima de intepretación, y no analogía, en la medida que se mantenga en el marco delimitado por tal sentido literal, del lenguaje ordinario del texto, el que concretará considerando el significado literal más próximo, la concepción del legislador histórico y el contexto sistemático legal, según el fin de la ley. Si la interpretación no queda cubierta, según este procedimiento, por el sentido literal posible constituiría analogía creadora de pena y, por lo tanto, una actividad proscrita.[122]

Para los efectos del artículo 434 el significado literal más próximo está representado por el lenguaje natural, en el sentido clásico del término, actos de piratería son actos de robo o pillaje que tienen lugar en el mar. La concepción del legislador histórico, por la opinión estampada en las actas de la comisión redactora, en las que se sostuvo finalmente que se trataba de un robo en el mar. En cuanto al contexto sistemático de la ley, por la ubicación del delito en el título del robo con violencia e intimidación contra las personas, ubicación que también ha sido considerada por el sentenciador, junto a los otros factores mencionados, en su razonamiento.

En atención a ello la labor de interpretación del juez con relación al precepto impugnado, sí quedaría comprendido en el sentido literal posible.

2. Recurso de Nulidad Presentado en contra la Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal

La acción de inconstitucionalidad fue presentada durante el desarrollo del juicio oral. Los requirentes solicitaron la suspensión del procedimiento, cuestión a la que no se dio lugar por lo que el juicio continuó con su normal desarrollo. Siendo así y estando pendiente la vista del requerimiento, el Tribunal Oral en lo Penal dictó sentencia en la que, en cuanto al delito de piratería, recalificó los hechos de la acusación al delito de asociación ilícita del artículo 292 del Código Penal. Uno de los argumentos dados por el Tribunal para la recalificación fue la dificultad de subsumir los hechos en la construcción típica del artículo 434 del CP, cuya descripción no estaría determinada y, por lo tanto, sería díficil de conciliar su aplicación con el principio de tipicidad.

Ante esta resolución, el Ministerio Público presentó recurso de nulidad el que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Concepción.[123] Con respecto del delito de piratería, la Corte hace suyo el planteamiento del Tribunal Constitucional, que el artículo impugnado no contiene una descripción acabada de la conducta, constituyendo una labor de los jueces, a través de la hermenéutica, determinar si los hechos imputados configuran o no tal delito. Para ello, señala el considerando cuarto de la sentencia de nulidad, se debe recurrir a la historia fidedigna de la disposición y a la ubicación del artículo en el texto punitivo. En definitiva estima, que de acuerdo al significado clásico de la piratería, se trata de un delito de apropiación de cosa ajena producida en el mar, con violencia o intimidación. Debido al lugar en que tienen lugar los hechos, los autores debieron hacer uso de embarcaciones para abordar. Estos supuestos conocidos por los acusados configuran, a juicio de la Corte, actos de piratería.

---

120 Considerando Décimo Segundo de la Sentencia.

121 ROXIN. *Derecho Penal*, p. 148.

122 ROXIN. *Derecho Penal*, p.149.

123 SCA de Concepción 29.07.07, rol Nº 496-2006. La causal invocada por el recurrente fue el artículo 373 letra b), fundado en la no aplicación del artículo 434 del C.P y en la aplicación errónea del artículo 97 nº 9 del C. T.

De esta manera, la delimitación que hace el Tribual Constitucional, en el caso concreto, sobre el alcance del principio de determinación legal es recogido por la resolución de la Corte de Apelaciones, contribuyendo así a perfilar el contenido de la garantía constitucional.

A fines del mes de agosto y primero días de septiembre del año en curso, tuvo lugar la audiencia del segundo juicio oral ante Tribunal Oral en lo Penal de Concepción. En esta oportunidad la sentencia definitiva concluye, que no aplicará el artículo 434 del C.P. porque los elementos constitutivos de este delito no se lograron acreditar con los medios de prueba rendidos, como reza en su considerando 14º: "desde que si bien se acreditó la sustracción de especies hidrobiológicas desde los pesqueros de alta mar en los momentos que éstos se aproximaban o ingresaban a la bahía de San Vicente, no se acreditaron actos de violencia o de intimidación concretos ejecutados en contra de personas determinadas, y mucho menos quiénes habrían sido los autores de los mismos; motivos que condujeron al tribunal a recalificar jurídicamente los hechos" (el subrayado es nuestro).[124] Hace presente el tribunal, que la acusación del órgano prosecutor da cuenta de los hechos que calificados por el mismo como actos de piratería: "no son otros que el apropiarse de recursos naturales hidrobiológicos o pescados, contra la voluntad de sus respectivos dueños, mediante un procedimiento que fue detallado en extenso, con indicación de las embarcaciones menores que fueron utilizadas para tales efectos, sus propietarios y los medios proporcionados por éstos para la comisión de los actos de apropiación, y de la lectura de los episodios descritos, se da cuenta de los pesqueros de alta mar que fueron afectados durante dicho periodo; hechos que a juicio de estos sentenciadores coincidían con los elementos del ilícito previsto en artículo 292 del Código Penal, y no del artículo 434 del mismo texto".[125] A juicio del tribunal los elementos de este delito fueron los que se logran probar.

Es importante destacar el fundamento de la nueva sentencia para haber efectuado la recalificación, ya que ésta no obedeció a problemas de ininteligencia del precepto o de constitucionalidad del mismo. Más aún, de manera expresa la sentencia se hace cargo de dejar a salvo este punto en el considerando 14º, al señalar que las dudas sobre la materia fueron zanjadas por el Tribunal Constitucional en la sentencia que ha sido objeto de este comentario. Asimismo, siguiendo el razonamiento del fallo sobre el recurso de Nulidad de la Corte de Apelaciones de Concepción de 29.07.07 ya citada, indica cuales son los elementos constitutivos del delito de piratería como una variante del delito de robo: "para estar en presencia del delito invocado por el ente acusador es necesario precisamente acreditar malos tratamientos de obra, amenazas ya para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, ya para impedir la resistencia u oposición a que se quiten, o cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega; todo lo cual habrá de tener lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer la impunidad".[126]

Puesto que el articulo 434 del C.P se ajusta al texto constitucional, lo que hace el Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, en la nueva sentencia es precisamente cumplir con la labor del juez de, tomando en cuenta una interpretación racional del precepto, ver si los hechos probados cumplen o no con todos sus elementos.

[124] s. TOP de Concepción 14.09.2007, RUC 0400215386-1.
[125] Considerando 15º s.TOP de Concepción 14.09.2007, RUC 0400215386-1.
[126] Considerando 14ºs.TOP de Concepción 14.09.2007, RUC 0400215386-1.

IV
Oficios e Instrucciones

Boletín del Ministerio Público

Informa sentencia de la Excma. Corte Suprema, dictada en recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública, en causa sobre delito de hurto.

Oficio N° 847, junio 20, 2007

Se ha estimado necesario informar a los Fiscales Regionales, Fiscales Adjuntos y Asesores Jurídicos de todo el país, acerca de la sentencia dictada por la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema, el pasado 04 de Junio de 2007, que recayó en el recurso de nulidad **Ingreso N° 1.347-07**, interpuesto por Defensor Penal Público, contra la sentencia dictada por el Decimocuarto Juzgado de Garantía de Santiago, en causa **RUC N° 0500234740-9**, sobre delito de hurto.

I.- Antecedentes y contenido de la sentencia recurrida.

La sentencia recurrida de nulidad, dictada en procedimiento simplificado por el ya mencionado Juzgado de Garantía, impuso a la requerida, Mariela Monserrat Castro Lira, la pena de multa de dos quintos de Unidad Tributaria Mensual, como autora del delito de hurto en grado frustrado, cometido el 18 de junio de 2005. Como lo autoriza el artículo 237 del Código Procesal Penal, dicho procedimiento fue suspendido condicionalmente a partir del 19 de junio de 2005 y por el lapso de un año. Según se ha dejado constancia tanto en la sentencia recurrida como en el fallo del máximo Tribunal al que se refiere el presente oficio, con fecha 20 de Junio de 2006 la querellante solicitó la revocación de la suspensión condicional, solicitud que fue acogida por el respectivo Tribunal que, con fecha 11 de julio de 2006, dejó sin efecto la suspensión condicional, decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago. Una vez despejado el debate acerca de la revocación de la suspensión, se reinició el procedimiento y se procedió al juicio simplificado y a la dictación de la sentencia cuya invalidación se solicitaba en el recurso de nulidad elevado al conocimiento de la Excma. Corte Suprema.

Por su parte, en el recurso se invocaban las causales de las letras a) y b) del artículo 373 del Código Procesal Penal. La primera denunciaba la infracción de la garantía del inciso quinto del numeral tercero del artículo 19 de la Carta Política, en relación con la violación de lo dispuesto en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, esto es, que *"Nadie puede ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firma de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país" – "non bis in idem"* -. Fundamentalmente se reclamaba la extinción de la acción penal de conformidad con el artículo 240 del Código Procesal Penal, y se calificaba el juicio posterior como un nuevo juzgamiento infractor de la garantía antes mencionada. La segunda causal reiteraba fundamentalmente lo antes señalado, pero ahora centrando el debate en la cuestión de derecho consistente en la aplicación de lo dispuesto en el artículo 240 antes mencionado, y la extinción de la acción penal.

II.- Sentencia de fecha 04 de junio de 2007, dictada por la segunda sala de la excma. Corte suprema.

La Segunda Sala del Máximo Tribunal, integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y Hugo Dolmestch U., desechó la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, e hizo lugar al recurso por la causal de la letra b) de la misma disposición, procediendo a invalidar exclusivamente la sentencia y a la dictación un fallo de reemplazo absolutorio.

A.- En relación con la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

Ya se dijo que la reclamación del impugnante se fundaba, en esta parte, en la supuesta infracción de la garantía del inciso 5° del N° 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental, en

relación con la también supuesta infracción de prohibición contenida en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Precisando el concepto que tiene el máximo Tribunal acerca del principio conocido como *"non bis in idem"*, se dice en el fallo que éste encierra la prohibición de juzgar nuevamente a una persona por un delito respecto del cual fue absuelto o condenado, **lo que exige estar en presencia de dos procesos**. Así, en la motivación segunda de la sentencia de 04 de junio, se indica que la prohibición resulta pertinente *"(...) cuando se está en presencia de dos procesos, uno afinado, en el cual se ha resuelto la misma materia que afecta penalmente a una misma persona que ahora, en uno separado y posterior, se pretende perseguir una nueva decisión sancionatoria sobre lo mismo. Y a este respecto hace particular referencia la norma adjetiva del artículo 1° inciso final del Código Procesal Penal, cuando declara, como uno de los principios básicos del Nuevo Proceso Penal, que la persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho"*.

Según se lee en las consideraciones posteriores, la exigencia de dos procesos no se cumplía en este caso, pues se trataba de un mismo procedimiento, en principio suspendido, y luego reactivado – conforme a derecho o no, como se adelanta a señalar el redactor - para ser resuelto en el fondo por una sentencia definitiva, razón por la que se desecha la causal en cuestión.

B.- En relación con la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

Distinta suerte corrió la segunda causal invocada, que como ya se dijo, volvía sobre los mismos tópicos de la anteriormente analizada, pero centrando los cuestionamientos en los aspectos de derecho involucrados.

Sostuvo el recurrente de nulidad, en esta parte, que en la decisión condenatoria adoptada por el Juez de Garantía se había hecho una errónea aplicación del derecho que consistía, precisamente, en haber decidido la condena de la requerida, en circunstancias que la acción penal se había extinguido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 240 del Código Procesal Penal.

La sentencia que se informa hizo lugar a esta segunda causal, inclinándose por la opinión sostenida por el recurrente en relación con la norma del Código Procedimental antes referida. Así, se dice en la motivación quinta del fallo, que respecto de la sentenciada *"(...) se ignoró lo que expresamente garantiza al imputado el inciso final del artículo 240 del mismo cuerpo legal, esto es, que "transcurrido el plazo que el tribunal hubiere fijado de conformidad al artículo 237, inciso quinto, sin que la suspensión fuere revocada, se extinguirá la acción penal, debiendo el tribunal dictar de oficio o a petición de parte el sobreseimiento definitivo." Esta norma expresa es meridianamente clara para entender que el efecto que señala se produce imperativamente por su propio mérito y ministerio, esto es: la extinción de la acción penal, quedando en un lugar secundario la obligación que le impone al juez de sobreseer definitivamente en el juicio. El no haberlo hecho de este modo, dicha resolución, y la consiguiente de alzada, no tienen más mérito que constituir simples declaraciones formales en cuyo mérito no tan solo no se produjo el efecto real de terminar la litis en ese punto, sino que, al contrario, permitió que continuara el procedimiento bajo la modalidad de simplificado y la dictación de la sentencia recurrida que, además, desconoce el fin de la acción penal"*.

La opinión sostenida en la sentencia es clara en el sentido que el transcurso del plazo por el cual se ha dejado la suspensión sometida a condición, sin que aquella se revoque, traerá como consecuencia la extinción de la acción penal y, asimismo, la extinción de la responsabilidad del imputado. Naturalmente, al no haberse adoptado de ese modo la decisión impugnada, los sentenciadores de nulidad estimaron que en ella se había hecho una errónea aplicación de derecho que tuvo influencia sustancial en su parte dispositiva, procediendo a decidir su

invalidación conforme a lo dispuesto por el artículo 385 del Código Procesal Penal, y a dictar sentencia de reemplazo absolutoria.[127]

****

El fallo a que se refiere el presente oficio se encuentra a disposición de todos los Fiscales y Funcionarios del Ministerio Público, en la Base de Jurisprudencia Electrónica.

Sentencia:

Santiago, cuatro de junio de dos mil siete.

Vistos:

En estos autos rol único 0500234740-9 e interno del tribunal 10-2005 se registra la sentencia dictada, en procedimiento simplificado, por el Décimo Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago el veintisiete de febrero último, por la cual se condenó a Mariela Monserrat Castro Lira a la pena de multa de dos quintos de unidad tributaria mensual como autora del delito de hurto previsto y sancionado en el artículo 446 N° 3 del Código Penal, ocurrido el día dieciocho de junio de dos mil cinco.

En contra de este veredicto, Carlos Verdejo Galleguillos, abogado de la Defensoría Penal Pública, en representación de la imputada Mariela Monserrat Castro Lira, dedujo recurso de nulidad sustentado en las siguientes causales y con el carácter que a continuación se indica:

[127] Este fallo ha sido objeto de comentarios por la Asesora Penal de la Fiscalía Nacional, abogado doña Silvia Peña Wasaff, que pasamos a transcribir textualmente: "Los hechos que condujeron a la Corte Suprema a la referida decisión, son los siguientes: La imputada fue sorprendida hurtando especies en un supermercado, tras lo cual, en la misma audiencia de control de detención, se formalizó la investigación y se decretó la suspensión condicional del procedimiento por un año. La imputada incumplió las condiciones impuestas, no obstante lo cual ni el querellante ni la fiscalía solicitaron **oportunamente l**a revocación de la suspensión. Al día siguiente de cumplirse dicho plazo, el querellante solicitó la revocación, que fue otorgada por el juez de garantía y confirmada luego por la Corte de Apelaciones, continuando el procedimiento simplificado, que terminó con la condena de la imputada. Ante ello el defensor presentó un recurso de nulidad fundado en las causales de las letras a) y b) del art. 373: el primero por la supuesta infracción a la garantía del debido proceso, cuya manifestación concreta sería la vulneración del principio del *non bis in idem*, y el segundo, por el error de Derecho en la aplicación del art. 240, inc. 2° del Código Procesal Penal, que dispone que la acción penal queda extinguida una vez que haya transcurrido el plazo de suspensión, sin que ésta haya sido revocada.

En su fallo, la Corte desecha la primera causal, estimando que no hubo infracción de garantías constitucionales, por cuanto la supuesta garantía que se invoca, supondría la realización sucesiva de dos juicios distintos, lo que en la especie no ocurrió.

En lo que se refiere a esta parte del fallo, cabe hacer presente que el principio del *non bis in idem* **no es un principio procesal, sino sustantivo**, en virtud del cual se prohíbe castigar dos veces por un mismo hecho (el castigo es una cuestión penal y no procesal). La imposibilidad de seguir un nuevo juicio a una persona que ya fue condenada o absuelta *por el mismo hecho* en un juicio anterior, constituye, en realidad, *el efecto de cosa juzgada* inherente a toda sentencia judicial firme.

La Corte acoge, en cambio, la segunda causal invocada, esto es, la errónea aplicación del Derecho, estimando que el art. 240, inc. 2° es suficientemente claro, en el sentido de que la revocación de la suspensión extingue la acción penal, y con ello, la responsabilidad penal, desde el momento en que se cumple el plazo de suspensión, sin que ésta haya sido revocada **por resolución ejecutoriada.**

Sin negar que en el caso concreto de que se trata, la decisión es correcta, puesto que la solicitud de revocación se presentó al día siguiente de haberse cumplido el plazo, la interpretación que hace la Corte no me parece correcta, al estimar que no basta que la solicitud se presente dentro del plazo de suspensión, sino que también la resolución que declara la revocación debe quedar ejecutoriada dentro de dicho plazo. Esta interpretación equivale a dejar librada la revocación a las vicisitudes de la fijación de audiencias por parte de los tribunales. Así, por ejemplo, en el caso sobre el cual se pronunció la Corte, una vez presentada la solicitud —fuera de plazo, como ya se dijo—, la revocación, confirmada por la Corte de Apelaciones, recién quedó ejecutoriada 35 días después, con lo cual el plazo de un año se redujo a 10 meses y 25 días, de manera que **aún cuando la solicitud se hubiese presentado dentro de plazo, el resultado habría sido el mismo.** En otros casos, la tramitación puede ser incluso mucho más lenta, con lo cual no habría ninguna certeza acerca del plazo, ya que dependería de hechos completamente independientes a la voluntad de los intervinientes.

En mi opinión, la interpretación correcta de la disposición en cuestión debe atender a la *naturaleza de la resolución que declara la revocación,* la cual se limita **a constatar el incumplimiento** de las condiciones, siendo tal incumplimiento, en consecuencia, el hecho fundante de la revocación. De ahí que la resolución sólo tiene **naturaleza meramente declarativa**, pero no constitutiva de la revocación, por lo que, pronunciada ésta, sus efectos se retrotraen a la fecha de la presentación de la solicitud. De este modo, basta con que la solicitud quede presentada dentro de plazo, para que, cualquiera que sea la fecha en que los tribunales llamados a pronunciarse sobre ella, el juicio pueda continuar por los cauces normales."

A) Causal principal, contenida en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, en concordancia con el artículo 19, N° 3°, de la Constitución Política de la República, por no haberse observado la garantía del debido proceso, así como el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, numeral 7.

B) Causal subsidiaria, sustentada en la letra b) del artículo 373 del estatuto procesal penal, al haberse dictado sentencia condenatoria con la concurrencia de la causal de extinción de responsabilidad penal contemplada en el inciso 2° del artículo 240 del mismo ordenamiento.

Este tribunal estimó admisible el recurso por las causales precitadas y dispuso pasar los antecedentes al señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la vista de la nulidad impetrada.

La audiencia pública se realizó el día quince de mayo en curso, con la concurrencia y alegatos de la abogado Pamela Pereira Fernández, por la Defensoría Penal Pública, por el recurso; del letrado Jaime Lizama Vera, en representación del Ministerio Público y del abogado Matías Balmaceda, por la querellante, y luego de la vista de la nulidad, se citó a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy.

Considerando:

A) Causal principal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

PRIMERO: Que el presente arbitrio procesal descansa en primer término en la letra a) del artículo 373 del estatuto procesal penal, atribuyéndole a la sentencia impugnada vulneración sustancial de derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile, concretando el defecto en la inobservancia a la salvaguardia del debido proceso garantizada por el artículo 19 N° 3° de nuestra Carta Fundamental y al artículo 14 N° 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Concretamente, se reclama que en la audiencia del juicio simplificado verificada el veintisiete de febrero recién pasado, la recurrente instó por la absolución de la requerida Castro Lira por concurrir en la especie la causal de extinción de responsabilidad penal contemplada en el inciso 2° del artículo 240 del Código Procesal Penal, en armonía con lo que estatuyen los artículos 265 y 264 letra e) de la misma compilación. En el caso en análisis, sostiene, concurren todos los requisitos que la ley exige para dar por extinguida la acción penal, esto es, el transcurso del plazo de un año que el tribunal fijó de acuerdo a lo que ordena el artículo 237 del estatuto en estudio y que se cumplió a las 24:00 horas del día 19 de junio de 2006 y que en dicho espacio de tiempo la suspensión condicional del procedimiento no fue revocada. Agrega que no es óbice para que dicha acción penal se haya extinguido las erradas resoluciones dictadas por el Tribunal de Garantía y por la Corte de Apelaciones de Santiago, por las cuales se revocó la suspensión condicional del procedimiento acordada pues ya estaba extinguida la acción a las 00:01 horas del 20 de junio de 2006, la que no pudo revivir con posterioridad. Aún en el evento que la querellante hubiere presentado la solicitud de revocación de la suspensión condicional del procedimiento el 19 de junio de 2006 - antes de cumplirse el año - la mera petición no produce la revocación, tal y como lo sostuvo la Corte de Apelaciones de Arica en causa RUC 0310004935-9 "no se contempla en el Código Procesal Penal disposición alguna relativa a la suspensión o interrupción del plazo que dura la suspensión condicional, por lo que la petición efectuada por el Ministerio Público, aún antes de cumplirse el año, no tiene efecto alguno." En consecuencia, aduce que al no acogerse la solicitud de absolución planteada por la defensa, se ha vulnerado el derecho de la imputada a no ser juzgada dos veces por el mismo hecho. Por su parte, el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política garantiza que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo y legalmente tramitado. Corresponderá al legislador

establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos. Finamente, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su numeral 7, dispone que "nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

SEGUNDO: Que, como se aprecia, este primer motivo de nulidad lo funda el recurrente en infracción a las normas del debido proceso consagrado en el N° 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en vinculación directa y exclusiva a la presunta violación del principio non bis in idem contemplado expresamente en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sin embargo, estos sentenciadores no lo estiman procedente. En efecto, sabido es que el término "non bis in idem" literalmente significa "no dos veces sobre lo mismo", aludiendo claramente a que una persona no puede ser juzgada dos veces por los mismos hechos que se consideran delictuosos, a fin de evitar que quede pendiente una amenaza permanente sobre el que ha sido sometido a un proceso penal anterior; se traduce en la imposibilidad procesal de interponer una nueva acción y la apertura de un segundo proceso con un mismo objeto, garantizando, de este modo, que las personas no puedan ser juzgadas nuevamente por un mismo delito, a pesar que en el juicio primigenio fue absuelto o condenado por los hechos que se pretenden analizar por segunda vez. Históricamente, se estima que el origen del principio se ubica en Roma ya que en los procesos judiciales que se instauraban en esa época, se daba la prohibición de promover un nuevo juicio a través de la interposición de una segunda demanda sobre la misma materia, por la misma o diferente acción, una vez nacida la relación jurídica procesal.

Garantía del principio es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, invocado en el recurso, cuyo artículo 14.7 establece que: "nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

Pero es claro advertir que en todo caso la institución procesal en cuestión es pertinente cuando se está en presencia de dos procesos, uno afinado, en el cual se ha resuelto la misma materia que afecta penalmente a una misma persona que ahora, en uno separado y posterior, se pretende perseguir una nueva decisión sancionatoria sobre lo mismo. Y a este respecto hace particular referencia la norma adjetiva del artículo 1° inciso final del Código Procesal Penal, cuando declara, como uno de los principios básicos del Nuevo Proceso Penal, que la persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho.

TERCERO: Que con lo que se lleva dicho se produce de partida un efecto básico y esencial que dice relación con la exigencia de existencia de dos procedimientos separados sobre los mismos acontecimientos, para que puedan discutirse los alcances de un "debido proceso", como lo ha argumentado el recurso en relación al principio del "non bis in idem".

Es hecho que reconoce la propia sentencia: en el caso de esta litis, el problema planteado deriva de una decisión del juez de garantía de suspender condicionalmente, y por un año, el procedimiento judicial iniciado en contra de una persona imputada de haber cometido un delito de hurto, y que por resoluciones dictadas después de vencido el período de suspensión, prosigue el procedimiento conforme a las normas procesales del simplificado, y en la sentencia se la condena en definitiva. Pues bien, en este caso no se trata de procedimientos distintos, en el primero de los cuales se hubiese dictado sentencia definitiva, sino que de uno solo y único, en un comienzo simplemente suspendido, pero que, de algún modo, conforme a derecho o no, se reactiva y se resuelve en el fondo por primera vez, caso en el cual, como resulta evidente, no es dable sostener que se está en el caso y situación supuesta por el recurso, por lo que debe ser rechazado.

B) Causal subsidiaria de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

CUARTO: Que, a este respecto, la defensa sostiene que el presente medio descansa en la errónea aplicación del derecho porque se ha dictado sentencia condenatoria en contra de la imputada a pesar de que la acción penal se encontraba extinguida, por cuanto ya se hallaba ejecutoriada la resolución que aprobó una suspensión condicional del procedimiento, por el término de un año, y habiendo transcurrido dicho lapso, sin que hubiere sido revocada tal salida alternativa, generó las consecuencias previstas en el inciso segundo del artículo 240 del Código Procesal Penal. De este modo, correspondía en estricto derecho que el tribunal dictara, de oficio o a petición de parte, el respectivo sobreseimiento definitivo. Concluye, en lo petitorio, solicitando que se invalide la sentencia dictada en el juicio simplificado impugnado y, en su lugar, se dicte la correspondiente sentencia de reemplazo, la cual, absuelva a su representada, Mariela Monserrat Castro Lira, de los cargos formulados en el requerimiento deducido en su contra.

QUINTO: Que, respecto a esta petición subsidiaria debe tenerse en consideración que son hechos claramente determinados por la sentencia en examen los siguientes: 1.- la imputada Mariela Monserrat Castro Lira, sindicada como responsable de un delito de hurto cometido el día 18 de junio de 2005, en audiencia de control de su detención celebrada el día 19 de junio de ese año se formaliza investigación y el Juez de Garantía suspende el procedimiento en su favor por el plazo de un año, por lo que ordena su libertad. 2.- el día 20 de junio de 2006 el querellante solicita del tribunal revoque la suspensión del procedimiento; 3.- el Juez de Garantía en audiencia del día 11 de julio de 2006 accede a la revocación del beneficio por resolución que, apelada, es confirmada por la respectiva Corte de Apelaciones. 4.- que se sigue enseguida el procedimiento bajo la modalidad del simplificado en el cual se termina condenando a la imputada y cuya sentencia es ahora objeto del presente recurso de nulidad.

Es decir, con la decisión de suspensión condicional del procedimiento acordada el día 19 de junio de 2005 la imputada fue incorporada a los beneficios que expresamente contempla el artículo 237 del Código Procesal Penal, suspendiéndose desde entonces el curso de la prescripción de la acción penal, y sólo cuando ya había transcurrido el plazo judicial de un año, casi un mes después de ello (11 de julio de 2006), se adopta la decisión de revocación del beneficio. En tal caso, se ignoró lo que expresamente garantiza al imputado el inciso final del artículo 240 del mismo cuerpo legal, esto es, que "transcurrido el plazo que el tribunal hubiere fijado de conformidad al artículo 237, inciso quinto, sin que la suspensión fuere revocada, se extinguirá la acción penal, debiendo el tribunal dictar de oficio o a petición de parte el sobreseimiento definitivo." Esta norma expresa es meridianamente clara para entender que el efecto que señala se produce imperativamente por su propio mérito y ministerio, esto es: la extinción de la acción penal, quedando en un lugar secundario la obligación que le impone al juez de sobreseer definitivamente en el juicio. El no haberlo hecho de este modo, dicha resolución, y la consiguiente de alzada, no tienen más mérito que constituir simples declaraciones formales en cuyo mérito no tan solo no se produjo el efecto real de terminar la litis en ese punto, sino que, al contrario, permitió que continuara el procedimiento bajo la modalidad de simplificado y la dictación de la sentencia recurrida que, además, desconoce el fin de la acción penal.

SEXTO: Que con la extinción de la acción penal se extingue también la responsabilidad penal del inculpado, y siendo éste el efecto dispuesto por el legislador procesal expresamente en el inciso 2° del artículo 240 del Código Procesal Penal, como se ha explicado antes, la sentencia cuestionada al desconocer esta consecuencia y decidir condenar y no absolver, como le fuera solicitado al juez, ha hecho una errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en

lo dispositivo, de suerte que, incurriéndose en la causal de nulidad contemplada en el artículo 373 letra b) deberá decidirse su invalidación.

SÉPTIMO: Que encontrándose esta Corte en el caso previsto en el artículo 385 del Código Procesal Penal y, como esta norma lo autoriza, se decidirá la invalidación de sólo la sentencia recurrida y procederá a decidir dictar sentencia de reemplazo de inmediato, y

Vistos, además, lo dispuesto en los artículos, 347, 360, 384 y 399 del Código Procesal Penal, SE DECIDE:

I.- **SE RECHAZA** el recurso de nulidad deducido por la defensa de la imputada en contra de la sentencia de veintisiete de febrero del año en curso, en cuanto por su petición principal se funda en la causal a) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

II.- **SE ACOGE** el mismo recurso en cuanto, subsidiariamente a la anterior, se funda en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, declarándose nula sólo la sentencia de veintisiete de febrero del presente año.

III.- Díctese a continuación, separadamente y sin nueva vista, la sentencia de reemplazo que corresponda.

Regístrese.

Redacción del Ministro Nibaldo Segura Peña.

N° 1347-07.-

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y Hugo Dolmestch U.

Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro.

MINISTERIO PUBLICO
FISCALIA NACIONAL

GENERAL MACKENNA 1369 - 2° PISO - SANTIAGO CHILE
FONO-FAX: (2) 690 91 00
E-mail: fnacional@minpublico.cl