MINISTERIO PUBLICO
FISCALIA NACIONAL

Boletín del Ministerio Público

ISSN 0718-0543

N° 28 - SEPTIEMBRE 2006

MINISTERIO PUBLICO
FISCALIA NACIONAL

Boletín del Ministerio Público

Fiscal Nacional y Representante Legal:

Guillermo Piedrabuena Richard

Comité Editorial:

Pablo Campos Muñoz
Coordinador

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

Colaboradores:

Andrea González Leiva

Antonia Calderón Labra
Secretaria

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

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

El envío de trabajos para su publicación y toda solicitud de canje o donación del Boletín debe dirigirse al abogado de la División de Estudios, 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.

ÍNDICE

PRÓLOGO 7

I. FALLOS

Juzgados de Garantía

Condena por el delito de lesiones menos graves reiteradas en grado de consumado del artículo 399, en relación con el artículo 494 Nº 5, ambos del Código Penal, cometidos en el contexto de violencia intrafamiliar, previsto y sancionado en el artículo 5º de la Ley N° 20.066. ***Segundo Juzgado de Garantía de Santiago***, veinticuatro de julio de dos mil seis. 11

Tribunales de Juicio Oral en lo Penal

Declara que el delito de atentado contra la autoridad o sus agentes no es un delito o infracción contra el carácter institucional de las autoridades, sino sólo contra su aspecto funcional o administrativo. ***Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco***, veintisiete de mayo de dos mil seis. 17

La expresión "pequeñas cantidades" del artículo 4 de la ley 20.000 exige que el peligro creado para la salud pública sea insignificante. ***Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena***, veintinueve de mayo de dos mil seis. 28

Declara que la agravante especial del artículo 456 bis Nº 3 del Código Penal se fundamenta en la sola pluralidad de los actores. ***Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique***, uno de junio de dos mil seis. 39

Declara que la aplicación de la ley 19.856 extingue la pena tan pronto opera el beneficio, porque de lo contrario, el legislador habría señalado que en el caso de producirse un nuevo delito en el período comprendido por la rebaja de la sanción, el sentenciado debería cumplir su saldo de condena. ***Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago***, diez de junio de dos mil seis. 52

Señala que la diferencia entre una reiteración y un delito continuado radica en la posibilidad de precisar las diferentes oportunidades parciales de verificación del hecho. ***Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago***, cinco de julio de dos mil seis. 62

Cortes de Apelaciones

Señala que el delito continuado exige la imposibilidad de individualizar diversas infracciones realizadas en pos de un mismo propósito delictivo. ***Corte de Apelaciones de Temuco***, primero de agosto de dos mil seis. 76

Declara que los extranjeros también pueden ser beneficiados con un cumplimiento alternativo de la pena, de los establecidos por la ley 18.216, en virtud del principio constitucional de la igualdad ante la ley. ***Corte de Apelaciones de Santiago***, catorce de junio de dos mil seis. 85

Reitera la abundante opinión jurisprudencial respecto de la exigencia objetiva de la agravante del artículo 456 bis Nº 3 del Código penal referida a la participación de dos o más personas en los delitos de robo o hurto. ***Corte de Apelaciones de Valdivia***, veintiocho de julio de dos mil seis. 87

Señala que la víctima en sentido colectivo dice relación con los intereses sociales relevantes del artículo 111 del Código Procesal Penal. ***Corte de Apelaciones de Coyhaique***, once de agosto de dos mil seis. 89

Concede solicitar a la República Federal de Argentina la extradición por los delitos de estafa reiterada y asociación ilícita, en aplicación de la Convención de Extradición de Montevideo de 1933. ***Corte de Apelaciones de Santiago***, dieciocho de agosto de dos mil seis. 95

Corte Suprema

Acoge el recurso de queja presentado por el Ministerio Público en contra de los Ministros de la Corte de Apelaciones de Concepción que conociendo de la apelación en contra de la sentencia dictada en procedimiento abreviado, absolvieron al acusado en lugar de recalificar jurídicamente como pedía el apelante. ***Corte Suprema***, treinta y uno de julio de dos mil seis. 98

Declara que la invocación al derecho constitucional que asegura una defensa jurídica y su conveniente ejercicio durante todo el desarrollo del proceso, no le permite pronunciarse sobre las relaciones de confianza entre defendido y defensor, así como tampoco sobre la calidad de la defensa prestada. ***Corte Suprema***, dos de agosto de dos mil seis. 104

Tribunal Constitucional

Declara que en el artículo 450 bis inciso primero del Código Penal el legislador ha establecido penas, actuando dentro del marco de la reserva legal. ***Tribunal Constitucional***, dieciocho de julio de dos mil seis. 109

II. SENTENCIAS COMENTADAS

Sentencia RUC N° 0500248957-2: La Ley N° 20.084 No Impide Aplicación del Art. 450 inciso 1° del Código Penal
María Cecilia Ramírez 115

Breve comentario a las sentencias sobre robo con intimidación RUC N° 0600127121-9 y RUC N° 0500695820
María Cecilia Ramírez 125

Comentario a la sentencia en causa RUC Nº 0500046423-8 por los delitos reiterados de malversación de caudales públicos del artículo 233 N° 2 y 3 del Código Penal
Roberto Morales Peña 160

III. ARTÍCULOS

Procedencia de que el Fiscal Nacional imparta instrucciones particulares a un Fiscal Regional en los casos previstos en el inciso 2° del artículo 19 y en la letra c) del artículo 46, ambos de la ley N° 19.640
Olga Feliú Ortúzar 187

¿Procede que el Fiscal Nacional entregue "instrucciones particulares" a un Fiscal Regional en la hipótesis del inciso 2º del artículo 19 de la ley 19.640?
Raúl Tavolari Oliveros 190

La prueba indiciaria.
Julián Carrasco Poblete 195

PRÓLOGO

Con la publicación de este nuevo número del Boletín del Ministerio Público seguimos en nuestra tarea de aportar en la difusión de material jurisprudencial y de estudio actual, elaborado durante lo que va corrido de este año, exactamente desde mayo a la fecha.

Destacamos en este número los informes en derecho elaborados por doña Olga Feliú y don Raúl Tavolari, insignes juristas nacionales, en torno a la procedencia de que el Fiscal Nacional imparta instrucciones particulares a un fiscal regional en la hipótesis del inciso segundo del artículo 19 de la ley 19.640.

Asimismo, el análisis efectuado por el abogado de la Unidad Especializada de Delitos Funcionarios y Probidad Pública de la Fiscalía Nacional, don Roberto Morales, respecto de una sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, por delitos reiterados de malversación de caudales públicos, que condenara a una pena altísima al funcionario responsable, demostrando la vigencia e importancia del bien jurídico protegido por estos delitos.

Y en relación con el fallo mencionado, a su vez se publican en este número dos sentencias, una de Tribunal de Juicio Oral en lo Penal y una de Corte de Apelaciones, que se pronuncian respecto del alcance del delito continuado en relación al delito reiterado.

Como novedad, cabe resaltar la publicación de un fallo del Tribunal Constitucional que se pronuncia respecto del artículo 450 bis del Código Penal.

Esperando que los contenidos de esta publicación sean de utilidad para sus lectores, agradecemos los comentarios, aportes o sugerencias que nos ayuden en esta tarea de difusión.

Fiscalía Nacional del Ministerio Público

I Fallos

JUZGADOS DE GARANTÍA

- **Condena por el delito de lesiones menos graves reiteradas en grado de consumado del artículo 399, en relación con el artículo 494 Nº 5, ambos del Código Penal, cometidos en el contexto de violencia intrafamiliar, previsto y sancionado en el artículo 5º de la Ley N° 20.066.**

Tribunal: Segundo Juzgado de Garantía de Santiago.

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de lesiones menos graves reiteradas en contexto de violencia intrafamiliar, estimando concurrente la atenuante del artículo 11 Nº 9 del Código Penal. La Defensa reconoció los hechos, así como la responsabilidad del acusado, solicitando se tuviera en especial consideración que éste renunció a su derecho a guardar silencio, teniendo como muy calificada la atenuante invocada. El Tribunal, en procedimiento abreviado, condenó por la figura penal de lesiones menos graves reiteradas, en grado de consumada, prevista y sancionada en el artículo 399, en relación con el artículo 494 Nº 5 del Código Penal, cometida en un contexto de violencia intrafamiliar, previsto y sancionado, a su vez, en el artículo 5º de la Ley N° 20.066. En cuanto a la solicitud de tener como muy calificada la atenuante invocada, la rechazó por considerar que no se configuraron sus requisitos, cuales son la entrega de antecedentes relevantes, la aceleración de tiempos y/o la contribución a un mayor grado de convicción en la decisión, porque si bien prestó declaración, sólo lo hizo cuando la investigación estaba prácticamente agotada y sin aportar algún elemento que no constara en los antecedentes de la investigación, que por lo demás ya se bastaban a sí mismos para dar por acreditado tanto el hecho punible como su participación.

Texto completo:

Santiago, veinticuatro de julio de dos mil seis.

VISTOS:

PRIMERO: Que el Ministerio Público de esta ciudad, representado por la Fiscal Adjunto de la zona Centro Norte doña Marcela Adasme Flores domiciliada en Avda. Pedro Montt N° 1606, comuna de Santiago, en causa RUC Nº 0600224776-1, RIT N° 2534-2006, solicitó audiencia en virtud de lo dispuesto en el artículo 407 del Código Procesal Penal, para los efectos de seguir el presente asunto de acuerdo a las normas del procedimiento abreviado, para lo cual dedujo acusación verbal en contra de **FREDDY EMMANUEL SERRANO AGUIRRE**, Cédula de identidad N° 12.212.244-1, domiciliado en Pasaje San Lorenzo N° 1435, Comuna de Renca, legalmente representado por el Defensor Penal Licitado doña Rodrigo Molina De La Vega. La presente acusación se funda en los siguientes hechos: 1) el día 26 de marzo de 2006, cerca de las 12:00 horas al interior del domicilio ubicado en calle San Lorenzo N° 1435, comuna de Renca, el acusado agredió a su cónyuge Marjorie Coletti con golpes de puños en diversas partes del cuerpo, resultando la víctima con escoriaciones en el cuello y contusión longitudinal en el muslo izquierdo, según da cuenta el dato de atención de urgencia N° 729281 del SAPU de Renca; 2) el día 31 de marzo de 2006, cerca de las 12:00 horas al interior del mismo domicilio indicado anteriormente, el imputado agredió a su cónyuge Marjorie Coletti con golpes de puños en el rostro y con una sierra manual, provocándole hematoma parietal derecho y herida contusa en la pierna derecha, según da cuenta el dato de atención de Urgencia N° 7314498 del

SAPU de Renca; 3) el mismo día 31 de marzo de 2006 cerca de las 21:30 horas, al interior del ya referido domicilio, el imputado agredió a su cónyuge Marjorie Coletti con el cuchillo de una procesadora de alimentos en la mano izquierda, provocándole una herida cortante en el dedo anular izquierdo, hematoma subgladual y herida contusa prelabial derecha, según da cuenta el dato de atención de urgencia N° 731658 del SAPU de Renca; 4) el día 1° de abril del año en curso cerca de las 03:00 horas, al interior del domicilio indicado el acusado agredió a su cónyuge Marjorie Coletti con golpes de puño en distintas partes del cuerpo y con una zapatilla, provocándole un hematoma en el parietal derecho, hematoma frontal derecho, equimosis periocular izquierda, hematoma en el antebrazo derecho, según da cuenta el dato de atención de urgencia N° 731751 del SAPU de Renca. Asimismo, en la misma oportunidad golpeó al hijo menor de la víctima Pierangelo Coletti quien salió en defensa de su madre con un palo en la cabeza, provocándole hematoma malar izquierdo, hematoma interparietal, equimosis en el hombro izquierdo y hematoma en el antebrazo izquierdo según da cuenta el dato de atención de urgencia N° 731740 del SAPU de Renca.

A juicio de la Fiscalía los hechos descritos son constitutivos del delito de lesiones menos graves reiteradas en contexto de violencia intrafamiliar, previsto y sancionado en el artículo 399 en relación al artículo 494 N° 5 del Código Penal, encontrándose el ilícito en grado de consumado.

Al imputado le cabe participación en calidad de autor ejecutor del artículo 14 y 15 n° 1 del Código Penal. Estima que no concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad.

El Ministerio Público solicita que al acusado se le condene a sufrir la pena de **QUINIENTOS CUARENTA Y UN DIAS de presidio menor en su grado medio**, más la accesoria general contemplada en el artículo 30 del Código Penal, esto es, la suspensión de todo cargo u oficio público, durante el tiempo que dure la condena, mas las accesorias del artículo 9 letras a) y b) de la ley 20.066 esto es, el abandono del hogar común y la prohibición de aproximarse a las víctimas o a su domicilio por el lapso de un año. Además de las costas de la causa.

SEGUNDO: Que consultado por el tribunal, el acusado aceptó expresamente los hechos y circunstancias que fueron objeto de la acusación y los antecedentes de la investigación que se invocaron como su fundamento, manifestando su conformidad con la aplicación del procedimiento abreviado; todo ello en forma libre, voluntaria y con pleno conocimiento de sus derechos, además de haber consultado con su abogado defensor, quien tampoco manifestó reparos. Que en tal circunstancia el Ministerio Público solicitó se reconociera a favor del imputado la minorante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, esto es la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, teniendo en cuenta que renunció a su derecho a guardar silencio y prestó declaración ante la Fiscal, manteniendo su solicitud de pena.

TERCERO: Para fundar su acusación y posterior modificación de la misma el Ministerio Público invocó los siguientes antecedentes:

a) Declaración prestada por la víctima doña Marjorie Coletti Quiroga ante el Ministerio Público quien refiere que el día 26 de marzo de 2006, llegó desde Iquique a su casa, se bajó del taxi y preguntó por su celular, su cónyuge lo había vendido, al pedirle la plata le dijo que hasta cuando le vendía las cosas, se enojó y la tomó del cuello y la trató de ahorcar, ella lo tomó del pelo, la soltó, el acusado tomó una manguera y con eso le pegó en las piernas. Señala que denunció el hecho a Carabineros. Luego, refiere que el día 31 de marzo en horas de la mañana su cónyuge quería tomar desayuno, ella le dijo que no tenía dinero, luego de discutir él le pegó porque no tenía plata. Explica que primero le pegó con el puño en la cabeza y una cachetada en la frente luego tomó una sierra manual, ella se tiró en la cama y puso el pié para defenderse, le pegó con la sierra en la pierna y se la cortó, se fue al consultorio, le dieron unas pastillas para dormir. Agrega que efectuó la denuncia correspondiente, llegó a su hogar y se durmió hasta que llegó el imputado quien le tiró un jarro de agua fría, la hizo levantarse, le dio cachetadas, la tomó del pelo, le sacó un mechón, ella tenía en sus brazos a su hija de meses la que no soltaba, hasta que le da un golpe en la cabeza con su zapatilla, como la golpeaba en todo el cuer-

po gritó a su hijo Pierangelo de 11 años, para que le tomara a la niña. El menoro sale en su defensa con un cuchillo, que desconoce si agredió o no al imputado, pero el imputado agrede a su hijo, lo amenaza de muerte, ella lo tomó para defenderlo, él le pega al niño con el palo de la escoba en la cabeza y en las piernas. Finalmente añade que en ese momento todos los niños lloran, llega Carabineros. Refiere que le teme mucho, que no quiere verlo nunca mas.

b) Declaración del testigo menor de edad Pierangelo Coletti Coletti de (11 años de edad), quien previa autorización de su madre señala a la Fiscal de la causa con fecha 3 de mayo del 2006, que el día de los hechos 31 de marzo a las 21:30 horas recuerda que su madre retó a su hermano César por haber botado unas cortinas, ante lo cual Freddy (el acusado) se enojó, fue a buscar un cuchillo de la máquina de moler de carne y con este le trataba de cortar la cara a su mamá, logrando cortarle un dedo. Explica que él lo vio pero no pudo hacer nada, su madre se fue a la Posta y a la Comisaría sola.

Prosigue el menor señalando que a su madre le habían dado pastillas para dormir y su padrastro (el acusado) llegó de madrugada curado, todos dormían. Le tiró un jarro de agua a su madre se despertó ella y él, que estaba durmiendo con ella, lo echó a dormir a su pieza, se quedó dormido pero escuchó un llamado de su madre que le pedía que se fijara en la niña. Su padrastro le había pegado a su mamá con una zapatilla y le había pasado a llevar la carita a la guagua. Se levantó y vio al imputado que le pegaba cachetadas y patadas a su madre. Se fue a la cocina tomó un cuchillo cocinero y se lo enterró en la espalda, él le quería pegar pero su madre lo tomó del poleron. Agrega que el acusado le pegó una cachetada, luego un combo, luego tomó el palo de la escoba y le pegó quebrándolo en su cabeza, le dio otro golpe en las piernas y con el pedazo que tenía en la mano, le pegó en la espalda y en la frente, causándole moretones y hematomas. Posteriormente, llegó Carabineros, le quitaron el cuchillo y se lo llevaron detenido.

c) Declaración del funcionario policial Renato Cárdenas Benavides, quien señala que el día de los hechos llegó al domicilio de Pasaje San Lorenzo de la comuna de Renca, a las doce de la noche habían luces encendidas, se escuchaban los ruidos y gritos de niños y adultos, la puerta estaba entreabierta, abrieron y el imputado estaba con un cuchillo en sus manos, ebrio y cuando los vio se sentó, se resistió a la detención dándose golpes contra la reja y el cemento. Cuando llegaron tenía amenazada a su cónyuge, había un palo quebrado con el cual al parecer según manifestaron le había pegado al niño. Añade el funcionario que antes había acompañado a la víctima a la posta ese mismo día, pero ahora tenía nuevas lesiones.

d) Datos de atención de urgencia Nº 729281 de fecha 26 de marzo de 2006, Nº 731498 de 31 de marzo de 2006, Nº 731658 también de 31 de marzo de 2006, Nº 731751 de 1 de abril de 2006 todas atenciones de la cónyuge doña Marjorie Coletti que dan cuenta de las lesiones correspondientes al SAPU de Renca, y dato de atención de urgencia Nº 731740 de fecha 1 de abril de 2006 que da cuenta de las lesiones sufridas por el menor Pierangelo Coletti, también del SAPU de Renca.

e) Certificado de matrimonio del acusado con la víctima doña Marjorie Coletti Quiroga celebrado con fecha 1º de diciembre de 2003.

f) Certificado de nacimiento del menor Pierangelo Coletti Coletti nacido el 9 de noviembre de 1994, hijo de la víctima.

g) Extracto de filiación del acusado el cual registra las siguientes anotaciones: 1) condenado el 2 de mayo de 1989 a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio (Tomo I) condenado a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo (Tomo II) del 4º Juzgado del Crimen de Iquique por los delitos de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, hurtos y apropiación indebida; 2) condena de 2 de marzo de 1998 condenado a 61 días de presidio menor en su grado mínimo mas multa como autor del delito de manejo en estado de ebriedad, pena por cumplida con el mayor tiempo que estuvo privado de libertad; 3)

condenado el 28 de mayo de 2003 a 541 días de presidio menor en su grado medio mas multa pena que se da por cumplida con el mayor tiempo que estuvo privado de libertad por el delito de hurto y hurto falta del 2º juzgado del Crimen de Iquique.

h) Evidencia material cuchillo cocinero cadena de custodia NUE 94695 y cuchillo de licuadora cadena de custodia NUE 94.636.

CUARTO: Que, los antecedentes descritos en el considerando anterior, en especial las declaraciones de la propia víctima, del testigo hijo de la víctima y del funcionario policial, apreciados y valorados con libertad y apego a los principios de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicamente afianzados, permiten tener por acreditado que: 1) el día 26 de marzo de 2006, cerca de las 12:00 horas al interior del domicilio ubicado en calle San Lorenzo N° 1435, comuna de Renca, el acusado agredió a su cónyuge Marjorie Coletti con golpes de puño en diversas partes del cuerpo, resultando la víctima con escoriaciones en el cuello y contusión longitudinal en el muslo izquierdo, según da cuenta el dato de atención de urgencia N° 729281 del SAPU de Renca; 2) El día 31 de marzo de 2006, cerca de las 12:00 horas al interior del mismo domicilio indicado anteriormente, el imputado agredió a su cónyuge Marjorie Coletti con golpes de puño en el rostro y con una sierra manual, provocándole hematoma parietal derecho y herida contusa en la pierna derecha, según da cuenta el dato de atención de Urgencia N° 7314498 del SAPU de Renca; 3) El mismo día 31 de marzo de 2006 cerca de las 21:30 horas, al interior del ya referido domicilio, el imputado agredió a su cónyuge Marjorie Coletti con el cuchillo de una procesadora de alimentos en la mano izquierda , provocándole una herida cortante en el dedo anular izquierdo, hematoma subgladual y herida contusa prelabial derecha, según da cuenta el dato de atención de urgencia N° 731658 del SAPU de Renca; 4) El día 1° de abril del año en curso cerca de las 03:00 horas, al interior del domicilio indicado el acusado agredió a su cónyuge Marjorie Coletti con golpes de puño en distintas partes del cuerpo y con una zapatilla, provocándole un hematoma en el parietal derecho, hematoma frontal derecho, equimosis periocular izquierda, hematoma en el antebrazo derecho, según da cuenta el dato de atención de urgencia N° 731751 del SAPU de Renca. Asimismo, golpeó al menor Pierre Angelo Coletti quien salió en defensa de su madre con un palo en la cabeza, provocándole hematoma malar izquierdo, hematoma interparietal, equimosis en el hombro izquierdo y hematoma en el antebrazo izquierdo según da cuenta el dato de atención de urgencia N° 731740 del SAPU de Renca.

Que, en consecuencia, el Tribunal ha logrado la convicción más allá de toda duda razonable, que los hechos ocurrieron en la forma antes descrita.

QUINTO: Que tales hechos se encuadran a juicio del tribunal y compartiendo la opinión del Ministerio Público en la figura criminal de lesiones menos graves reiteradas en grado de consumado previsto y sancionado en el artículo 399, en relación con el artículo 494 Nº 5 del Código Penal, cometidos en el contexto de violencia intrafamiliar, previsto y sancionado en el artículo 5º de la Ley N° 20.066, toda vez que el acusado profirió a lo menos en cuatro ocasiones golpes de pies, puños, como asimismo lesiones con elementos contundentes a su cónyuge doña Marjorie Coletti, como también al hijo menor de ésta en una ocasión.

SEXTO: Que en cuanto al grado de participación del acusado el tribunal de acuerdo a los antecedentes que obran en la carpeta de investigación, la propia aceptación tanto de los hechos de la acusación como de tales antecedentes, unido a la propia declaración del acusado prestada ante el Ministerio Público donde reconoce su participación en todos y cada uno de los episodios de violencia intrafamiliar, por los cuales se le acusó, aún cuando respecto de algunos pretende darle una interpretación distinta o bien atenuar su grado de responsabilidad en ellos, ha adquirido la convicción mas allá de toda duda razonable que al acusado le ha correspondido participación en calidad de autor según lo previsto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal, toda vez que ha intervenido en ellos de una manera directa e inmediata.

SÉPTIMO: Que a su turno la Defensa ha manifestado que en los delitos de violencia intrafamiliar no es posible determinar quien es el culpable, teniendo en cuenta que el acusado también resultó lesionado y también registra un dato de atención de urgencia. Pide que el tribunal tenga en cuenta al momento de imponer la pena la circunstancia que su representado renunció a su derecho a guardar silencio y prestó declaración ante la Fiscal con fecha 9 de junio del año en curso, y por lo tanto la minorante del artículo 11 nº 9 del Código Penal, habrá de tenerse como muy calificada, solicitando se rebaje la pena a su representado en un grado imponiéndose en consecuencia la pena de presidio menor en su grado mínimo, aún mas cuando no es merecedor de ninguno de los beneficios establecidos en la ley Nº 18.216. Se allana a la solicitud de las penas accesorias de la ley 20.066, pedidas por la Fiscal. Finalmente pide se le exima de las costas de la causa al haber renunciado a un juicio oral.

OCTAVO: Que el tribunal acogerá la minorante del artículo 11 nº 9 del Código Penal en relación con el artículo 407 inciso 3º del Código Procesal Penal, teniendo especialmente en cuenta la aceptación de los hechos de la acusación y por haber prestado declaración ante el Ministerio Público. La renuncia que realiza el imputado a su derecho de tener un juicio oral, público y contradictorio, de manera libre, voluntaria e informada, supone como contrapartida obtener de manera directa e inmediata un marco penal más favorable, con certeza absoluta que no puede imponerse una pena más elevada que la solicitada por el órgano persecutor penal y de manera más indirecta y mediata la de evitar las consecuencias de una exposición mucho mayor y más abierta, como es el pronunciamiento de una condena en un juicio oral, con la natural publicidad que ello conlleva. Naturalmente que existe un ahorro al estado en evitar un juicio oral, pero esa circunstancia se manifiesta en su fase jurisdiccional y sustancial. No obstante lo anterior, no acogerá la petición de la Defensa en cuanto a tener como muy calificada la referida minorante por cuanto esta juez estima que para proceder a calificar la circunstancia modificatoria de responsabilidad que se ha invocado a favor del acusado, debe atenerse al menos a tres criterios, los cuales no se han configurado en la especie, a saber: entrega de antecedentes relevantes; aceleración de tiempos y/o contribución al mayor grado de convicción en la decisión, toda vez que si bien es cierto el acusado prestó declaración no es menos cierto que lo hizo con fecha 9 de junio del año en curso cuando la investigación estaba prácticamente agotada y no hubo ningún elemento nuevo que aportara su declaración por cuanto, los antecedentes de la investigación se bastaban a sí mismos para dar por acreditado tanto el hecho punible como la participación del imputado en los mismos.

DÉCIMO: Que para regular el quantum de la pena el tribunal tiene presente, amen del mandato legal que se establece en el artículo 399, 400 y 494 Nº 5 del Código Penal, respecto del rango aplicable en la especie, la limitación contenida en el artículo 412 del Código Procesal Penal, que señala que en caso de ser la sentencia condenatoria, no podrá imponerse una pena superior ni más desfavorable a la requerida por el Fiscal, cuando se ha procedido de conformidad a las normas del procedimiento abreviado.

Por estas consideraciones y atendido lo dispuesto en los artículos 1, 7,11 N° 9, 15 N° 1, 30, 50, 68, 399, 400, 494 Nº 5 del Código Penal y artículos 406 y siguientes del Código Procesal Penal y disposiciones pertinentes de la Ley N º 20.066, **SE DECLARA:**

I.- Que se condena a **FREDDY EMMANUEL SERRANO AGUIRRE**, ya individualizado, a sufrir la pena de **QUINIENTOS CUARENTA Y UN DIAS** de presidio menor en su grado medio, accesorias de suspensión de cargo y oficio público durante el tiempo de la condena, accesorias del artículo 9º letras a) y b) de la Ley 20.066, esto es, hacer abandono del hogar común y prohibición de acercarse a la víctima por el término de año en su calidad de autor del delito de lesiones menos graves reiteradas en grado de consumado cometido en el contexto de violencia intrafamiliar previsto y sancionado en el artículo 399, en relación con el artículo 494 Nº 5 de Código Penal y artículo 5º de la Ley.20.066 cometido en esta ciudad los días 26, 31 y 1º de abril del 2006 respectivamente.

II.- Que no concurriendo en la especie ninguno de los requisitos de la ley 18.216, el sentenciado deberá cumplir la pena impuesta en forma real y efectiva, sirviéndole de abono el tiempo que ha permanecido privado de libertad con motivo de esta causa, esto es, desde el 1º de abril de 2006 en forma ininterrumpida.

III.- Se libera de la condena en costas al sentenciado en razón de que por su disposición se evitó un juicio y los costos materiales, económicos y humanos que ello implica.

Cúmplase oportunamente con lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal.

Regístrese y archívese en su oportunidad.

RUC N° 0600224776-1.

RIT N° 2534-2006.

Dictado por doña Carmen Gloria Correa Valenzuela, Juez Segundo Juzgado de Garantía de Santiago.

TRIBUNALES DE JUICIO ORAL EN LO PENAL

- **Declara que el delito de atentado contra la autoridad o sus agentes no es un delito o infracción contra el carácter institucional de las autoridades, sino sólo contra su aspecto funcional o administrativo.**

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

Resumen:

El Ministerio Público acusó al imputado como autor del delito de atentado contra la autoridad del artículo 261 Nº 2, en relación con el artículo 262 Nº 1, del Código Penal. La Defensa alegó que las víctimas no eran autoridad, ni su agente, así como la ausencia del dolo en el acusado por desconocer las funciones que ellas cumplían. En subsidio solicitó la recalificación de los hechos al delito de amenazas. El Tribunal rechazó las alegaciones de la Defensa, recordando que el delito en cuestión es una infracción contra el aspecto funcional o administrativo. Agregó que el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos es una autoridad, porque aplica, interpreta y fiscaliza el cumplimiento de la ley tributaria, funciones que realiza por medio de agentes, quienes entre otros, notifican, citan, liquidan y ejercen poder de fiscalización tributaria. En cuanto a las probanzas rendidas en el juicio, para los jueces quedó plenamente acreditado que al momento de sufrir el atentado, las víctimas se encontraban cumpliendo funciones propias de su cargo, amén de haber sido la conducta del acusado típica al acometer premunido con un arma blanca en contra de agentes de la autoridad, empleando intimidación y amenaza para perturbar e imponer la omisión de un acto funcional, en pleno conocimiento de su calidad de funcionarios del Servicio de Impuestos Internos, motivado por la sanción impuesta en su contra por un Tribunal Tributario. Finalmente, respecto de la recalificación jurídica de los hechos, el Tribunal declaró que si bien existió una amenaza, al unir ésta a las demás circunstancias del hecho investigado, la conducta del acusado pudo ser subsumida íntegramente en las hipótesis de los artículos 261 N° 2 y 262 N° 1 del Código Penal.

Texto completo:

Temuco, veintisiete de mayo de dos mil seis.

VISTO, OÍDO Y CONSIDERANDO:

EN CUANTO A LO PENAL:

PRIMERO: INTERVINIENTES: Que, el Ministerio Público, representado por la Fiscal adjunto doña Claudia Turra Lagos, domiciliada en calle Prat N° 080, Temuco el abogado querellante Luis Moya González del Departamento Jurídico Regional de la IX Dirección Regional de Temuco del Servicio de Impuestos Internos, y el abogado Rodrigo Flores Gutiérrez querellante en representación de Lorena Canales Paternóster, dedujeron acusación fiscal y particular respectivamente en contra de **FRANCISCO OSCAR PEÑA LEFIMAN**, CI. 9.367.109-0, se desconoce profesión u oficio, domiciliado en Pasaje Imperial N° 1251 Población Diego Portales Nueva Imperial, quien fue asitido en la audiencia de juicio oral por el señor Defensor Público Iván Espinoza Ugarte y Rodrigo Lillo Vera.

SEGUNDO: ACUSACIÓN FISCAL Y PARTICULAR: Que, el Ministerio Público y los querellantes expusieron en su acusación que que el día martes 06 de septiembre del año 2005, en horas de la tarde, las víctimas Lorena Canales Paternóster y Moisés Garrido Mejías, fiscalizadora Grado 13° y auxiliar grado 24°, ambos del

Servicio de Impuestos Internos de Temuco, respectivamente, se trasladaron hasta la ciudad de Nueva Imperial a realizar labores de fiscalización propias del servicio. En efecto, mientras se encontraban fiscalizando el local comercial ubicado en calle Pedro Lagos N° 399 fueron increpados por el acusado en su calidad de funcionarios del Servicio de Impuestos, insultándolos. A consecuencia de ello, los funcionarios aludidos abandonaron dicho local comercial trasladándose al de calle Lagos 340, donde continuaron con sus funciones. El acusado los siguió hasta ese lugar y nuevamente los increpó y amenazó con un arma blanca, profiriéndoles la expresión "a los de Impuestos Internos hay que matarlos". Acto seguido, le arrebató los lentes al funcionario Moisés Garrido y los lanzó sobre un mesón. Luego, extrajo un arma blanca que portaba en sus ropas y la apuntó al pecho del funcionario aludido, quien logró esquivarla. Posteriormente, persiguió, con dicha arma, a la Sra. Canales, para agredirla, quien debió huir hacia el exterior del local comercial para evitar la agresión, lugar donde fue auxiliada por terceras personas, circunstancia que el acusado aprovechó para darse a la fuga. El Ministerio Público, estima que no concurren en la especie, circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, motivo por el que solicita se le aplique una pena de tres años de presidio menor en su grado medio, más las accesorias legales que correspondan, en especial el comiso del arma blanca usada en la comisión del delito, con costas.

Que a juicio del ministerio Público y de los querellantes, los hechos descritos son constitutivos del delito Atentato contra la autoridad, prescrito y sancionado en el artículo 261 en relación con el artículo y 262 N° 1 del Código Penal en lo cuales le ha correpondido al acusado un participación de autor, por haber intervenido de una manera directa e inmediata.

Y señala el Ministerio público y los querellantes que teniendo en consideración la pena asignada al delito, su grado, de desarrollo y al no concurrir en la especie, circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, motivo por el que solicita se le aplique una pena de tres años de presidio menor en su grado medio, más las accesorias legales que correspondan, en especial el comiso del arma blanca usada en la comisión del delito, con costas.

TERCERO: CONVENCIONES PROBATORIAS: Que los intervinientes no formularon convenciones probatorias.

CUARTO: DECISIÓN: Que, en la audiencia celebrada el día 22 de mayo de 2006, este tribunal comunicó su decisión de condenar al acusado FRANCISCO OSCAR PEÑA LEFIMAN, en su calidad de autor del delito de atentado contra la autoridad previsto y sancionado 261 Nº 2 en relación con el artículo 262 Nº 1 del Código Penal, en grado de consumado y donde le ha cabido participación de autor, por haber intervenido en ellos de una manera inmediata y directa, ello, por las pruebas rendidas en el curso del juicio, con arreglo a las normas contenidas en el artículo 297 del Código Procesal Penal, previa deliberación y por unanimidad, este Tribunal dio por acreditado los siguientes hechos:

Que, el 06 de septiembre de 2005,en horas de la tarde Lorena Canales Paternóster fue ha realizar labores de fiscalización propias del Servicio de Impuestos Internos a la ciudad de Nueva Imperial, acompañada de Moisés Garrido Mejias, quien se desempeñaba como su asistente. Cuando se encontraban fiscalizando el local comercial ubicado en calle Pedro Lagos Nº399 fueron insultados por el acusado Francisco Peña Lefiman por su calidad de funcionarios de dicho Servicio. A consecuencia de ello, estos se trasladaron al local ubicado en esa misma calle en el Nº340, donde continuaron realizando sus funciones, hasta allí llego el imputado, quien los increpo y amenazó con un arma blanca, diciendo que "a los funcionarios de Impuestos Internos hay que matarlos". Acto seguido, le arrebató los lentes al auxiliar y los lanzó sobre un mesón: Luego, extrajo un arma que portaba entre sus ropas y la apuntó al pecho de éste funcionario, quien logró esquivarla. Posteriormente, persiguió, con dicha arma, a la otra víctima, para agredirla, quien debió huir hacia el exterior del local comercial para evitar la agresión, lugar que fue auxiliada, circunstancia que el acusado aprovecho para darse a la fuga.

QUINTO: PRUEBA DE LA FISCALIA Y LOS QUERELLANTES: Que la forma y secuencia en que se desarrollaron los eventos reseñados precedentemente, quedaron acreditados durante la audiencia de debate, con la siguiente prueba aportada por el ministerio público:

DOCUMENTOS:

Al tenor del artículo 333 del Código Procesal Penal se exhibió y se dio lectura resumida de los siguientes documentos:

1.- Certificado de filiación y antecedentes del acusado, donde consta una anotación prontuarial anterior a la presente causa, en la cual registra una condena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo por lesiones, causa Rol N° 45.831/1996 del Juzgado del Crimen de Imperial.

2.- Certificado N° 26 del Jefe del Departamento de Administración del Servicio de Impuestos Internos de Temuco, donde consta que Lorena Canales Paternóster es funcionaria de planta en el escalafón de Fiscalizados y Moisés Garrido Mejías es funcionario de planta de servició en el escalafón de auxiliar.

3.- Resolución N° 809 de 06 de Septiembre de 2005, relativo a la orden de cometido del funcionario Moisés Garrido Mejías, donde consta que el día de los hechos debía cumplir funciones propias de su cargo (conducir vehículo del servicio) en la comuna de Nueva Imperial;

4.- Resolución N° 809 orden de cometido de doña Lorena Canales P., donde consta que el día de los hechos debía cumplir funciones propias de su cargo (notificaciones, citaciones, liquidaciones, presencia y plan calzada) en la comuna de Nueva Imperial;

5.- Fotocopia autorizada por el Secretario General (S) del Servicio de Impuestos Internos de la resolución Nº 0119 de 26 de agosto de 1986 que contrata al Sr. Moisés Garrido Mejías asimilado al cargo de Auxiliar de dicho Servicio;

6.- Fotocopia autorizada por el Secretario General del Servicio de Impuestos Internos de la resolución Nº 0262 de 28 de noviembre de 1988 que nombra a Moisés Garrido Mejías en el cargo de Auxilia V Grado 24 ª de la planta de dicho Servicio;

7.- Fotocopia autorizada por el Secretario General (S) del Servicio de Impuestos Internos de la resolución Nº 313 de 01 de octubre de 1998 que contrata a la Srta. Lorena Canales Paternóster, asimilada al cargo de Fiscalizador de dicho Servicio;

8.- Fotocopia autorizada por el Secretario General del Servicio de Impuestos Internos de la resolución Nº 420 de 06 de Septiembre de 2002 que nombra a la Srta. Lorena Canales Paternóster en el cargo de Fiscalizador Grado 13ª de la planta de dicho Servicio;

9.- Certificado de deuda Fiscal emanado de la Tesorería General de la República, de fecha 07 de Septiembre de 2005, relativa al acusado;

10.- Copia autorizada de la sentencia dictada en causa Rol 15-2002 por el Tribunal Tributario, IX Dirección Regional, en contra del acusado y constancia de las dos notificaciones de dicha resolución, practicadas por cédula al acusado; y

11.- Copia autorizada de la sentencia dictada en causa Rol 10045-02 por el Tribunal Tributario, IX Dirección Regional, en contra del acusado y constancia de su notificación.

Que tales documento crean convicción en el tribunal sobre los hechos en ellos narrados, son de aquellos que normalmente emana de la Dirección Nacional de Registro Civil, de Servicio de Impuestos Internos y de los Tribunales Tributarios y las personas que aparecen suscribiéndolos y los timbres impresionan como verdaderos. Además tales instrumentos no fueron objetadoso controvertidos por ninguna de las partes intervinientes.

DECLARACIÓN DE LOS SIGUIENTES TESTIGOS:

1.- Declaración del testigo LORENA PAZ CANALES PATERNÓSTER, soltera, cédula nacional de identidad N° 10.319.445-8, Funcionario Fiscalizador de Servicio de Impuesto internos, fecha de nacimiento 02/12/1972, Nacido en Punta Arenas, domiciliada para estos efectos en Claro Solar 873 Temuco, quien previamente a habérsele juramentado señaló:

Que el día 06 de septiembre de 205, en

horas de la tarde mientras se encontraba trabajando en la ciudad de Nueva Imperial, mientras notificaba y realizaba presencia fiscalizadora, con el fin de educar a los contribuyentes, ingresaron a una frutería y botillería, y mientras conversaban junto a su compañero Moisés Garrido con el caballero del local, llegó hasta dicho lugar una persona (que posteriormente en la audiencia identifico como el acusado), quien al darse cuenta de que eran funcionarios de Servicio de Impuesto Internos los insulto, para luego retirarse del local. Y cuando ellos se retiraban del local el señor Peña (acusado) los trato de detener en forma violenta. Posteriormente ellos visitan dos locales mientras se encontraban en el segundo de ellos, un almacén donde comenzaron a conversar con una señorita, y casi de inmediato llegó a dicho local se puso al lado de ella y dijo "que a estos personas hay puro que matarlos" junto con ello sustrajo desde su vestimentas una cuchillo largo, y luego le dio un manotazo a su colega, y le puso la cuchilla contra el pecho, y cuando su colega esquivó el cuchillo, el sujeto dijo que como no podía contra el funcionario varón, que entonces ahora es contigo, la atacó con el cuchillo, ella se dio vuelta e incluso sintió la cuchilla en su espalda, junto con ello ella emprendió una huida por la calle siendo perseguido por el agresor, y mientras la seguía su colega comenzó a llamar la atención del hechor y ahí lo tomaron unas personas de ahí, pero se arrancó tomo su bicicleta y huyó, ello lo siguieron en vehículo, y llamaron a Carabineros quien detuvo a tal persona. Al revisarlo Carabineros no le encontraron la cuchilla pero luego al revisar el lugar encontraron una cuchilla en el lugar donde estaba la bicicleta.

Preguntada ella señala durante el ataque ella pensó que iba ha ser lesionada con el cuchillo, fue un ataque. Que fue un experiencia que marca e incluso aun siente miedo. Por ello no salió durante un tiempo a terreno y aun no va a fiscalizar a Nueva Imperial.

El señor Lefiman fue violento, y sólo los identifico como personas de Servicio de Impuesto Internos.

Señala que en la Región hay aproximadamente 70 funcionarios, y ella no se ha enterado de una ataque con cuchillo a sus colegas.

2.- Declaración de MOISÉS GUSTAVO GARRIDO MEJÍAS, casado, cédula nacional de identidad N° 7.124.617-5 funcionario público, nacido en Concepción el 04/02/1959 domiciliado para estos efectos en Claro Solar 873 Temuco, quien previamente juramentado señaló: Que el día 06 de septiembre de 205, en horas de la tarde llegó a la ciudad de nueva imperial, a fin de de cumplir funciones fiscalizadoras, en dicha ciudad ingresaron a un local comercial, después de identificarse como funcionarios de Servicio de Impuestos Internos, mediante su credenciales y en dicho lugar el acusado les indicó, "a estos huevones de Servicio de Impuesto Internos los conozco en la feria", en eso, el dueño del local le pidió que se retiraran, pero al salir ellos el acusado trato de detenerlos violentamente diciéndole "huevon quiero conversar contigo". Posteriormente ellos visitaron dos locales más mientras estaba en el tercero, se identificaron y mientras cumplían labor fiscalizadora, en eso entró el acusado y les señalo aquí están estos huevones de nuevo y agrega que "a estos huevones hay que puro que matarlos" el acusado trato de apuñarlo directo al pecho, se hecha hacia atrás y el dice contigo no puedo y se dirige hacia la otra funcionaria quien huye del lugar y es perseguida por el acusado, en ello él toma sus lentes sale a la calle y llama la atención del imputado, con lo que otras personas lo sujetan y el se va hacia la camioneta. En eso el acusado se logra zafar de las personas se sube a su bicicleta y huye, y ellos luego lo siguieron en camioneta, y se comunican con carabineros quienes luego logran la detención del acusado. Buscado el cuchillo carabineros lo encuentra en el lugar donde el imputado había dejado la bicicleta. EL ministerio público con este testimonio incorpora un arma que es un corta plumas el que el testigo reconoce como el arma con la cual fue agredido. Además reconoce al acusado como la persona que lo agredió.

Precisa que nunca había sido atacado con un arma blanca.

Agrega el testigo, que el hecho causo mucha conmoción en el servicio y para el momento mismo causo mucho temor y miedo que aun lo siente. Y la señorita Lorena quedo choqueada en ese momento.

Señala que el fue a Nueva Imperial en calidad de chofer y para prestarle apoyo, a la señorita Canales.

En todo momento el imputado los individualizó como funcionarios de servicio de impuestos internos y no por sus nombres.

Que a la declaración de estos dos testigo anteriores se les dará valor probatorio y produce convicción en el Tribunal, pues ellos fueron testigos presénciales de los hechos (los vivenciaron) fueron precisos, sus declaraciones fueron convincentes por ajustarse a sus expresiones corporales, y por impresionar como veraz, en especial sobre la circunstancia de que el acusado habría obstaculizado en el primer local comercial, y que habría impedido en el segundo local comercial realizar las labores propias de su cargo o en las que colaboraba, además de que fueron agredidos verbal y físicamente (sin lograr su propósito) por parte del acusado. Además durante el contra interrogatorio, no se contradijeron en su testimonio o entre sí, y por el contrario su declaraciones concuerdan con toda la demás prueba de cargo.

3.- Declaración del testigo Juan Carlos Fuentes López, Comerciante, domiciliado en Nueva Imperial, calle Lagos 399, RUT 8.978.866-8, Estudiante Universitario, casado, quién previamente juramentado declaró: Que la tarde del 6 de septiembre de 2005 se encontraba atendiendo su negocio, en ese momento llega el "Mecánico" curado a molestar a los Inspectores de Impuestos Internos, el Señor Peña, me pide un limón y saca una navaja, lo parte y empieza a chuparlo, los funcionarios se identifican y me piden las tres últimas declaraciones de IVA, el cuaderno de compra ventas, éste empieza a molestarlos, habla incoherencias, trabajaba con animales y tenía todo bien, le pidió que los dejara tranquilos, le pedí que se fuera, se fue y los funcionarios terminaron de fiscalizarlos y se fueron. Se le pregunta si reconoce esta arma, sí, porqué cuando la sacó de su cartuchera cuando partió el limón, reconoce al acusado en la audiencia. Los Funcionarios me trataron bien, yo estaba nervioso por la presencia de Peña, el cual a la segunda advertencia se fue. Los Fiscalizadores, me revisaron la documentación, me la timbraron y me los devolvieron, se hizo el trabajo. El cuchillo lo usó para cortar el limón, hablaba incoherencias, las molestias del mecánico no se referían a la fiscalización. No dijo groserías.

Que a la declaración de este testigo directo, el tribunal le dará valor probatorio de convicción a sus dichos pues sus expresiones corporales y emocionales coincidían con su relato, además su relato es conteste con lo indicado por los testigos victimas Lorena Canales Paternóster y Moisés Garrido Mejias y porque su testimonio no fue controvertido por ninguna prueba en contrario.

4.-Declaración de la testigo Karina Ruth Carrasco Soto, Ingeniero Agrónoma, domiciliada en Nueva Imperial, se reserva domicilio, RUT 13.396.848-2. quien juramentada declaró: La tarde de del 6 de septiembre yo me encontraba en el negocio de mi mamá, llegaron a fiscalizarme, llegó un sujeto a comprar cigarrillos, le dije que esperara, comentó algo, me di vuelta a buscar los papeles me volví, dijo varias insolencias, le botó los lentes al funcionario, luego sacó un cuchillo, siguió al funcionario el cual se fue detrás del mostrador, yo me gané delante de él para calmarlo, me di cuenta que el problema era con los funcionarios de Impuestos Internos, así lo sentí, se dio vuelta le dijo algo a la señorita, esta salió y la siguió en la calle personas le dijeron que se calmara, no recuerdo la expresiones pero fueron insolencias, los funcionarios se identificaron como del Servicio, al momento de la agresión éstos demostraron muchos nervios, el arma era de 15 centímetros de hoja, la cacha parece que era negra, la que exhibe el Fiscal no la reconozco, la hoja era más larga. Reconoce al agresor en la audiencia. Los funcionarios me trataron normal. El abogado del Servicio, realiza un contraste con la declaración en la Fiscalía, ella la lee: que "huevones de mierda", antes que llamen a carabineros los voy a matar, sacando una cortaplumas con cacha de color negro, con ésta amenazó al fiscalizador tirándole puntazos a la altura del estómago lo que no logró porque el señor se corrió hacia atrás, yo me puse delante, como no pudo hacer nada le lanzó cortes a la señorita a la altura del estómago, la siguió diciéndole a viva voz que la iba a

matar luego salimos con el fiscalizador y el sujeto salió en una bicicleta. El señor Peña entró como cliente, los fiscalizadores le pidieron pagos de IVA, pero no alcanzó a mostrarlos por la actitud de Peña. Los Funcionarios se identificaron. El sujeto empezó a decir insolencias no se refirió a la calidad de los funcionario.

Que a la declaración de este testigo, el tribunal le dará valor probatorio de convicción a sus dichos pues sus expresiones corporales y emocionales coincidían con su relato, ello los presencio directamente, además su relato es conteste con lo indicado por los testigos victimas Lorena Canales Paternóster y Moisés Garrido Mejias y porque su testimonio no fue controvertido por ninguna prueba en contrario.

5.-Declaración del testigo Rodrigo Alejandro Bravo Licandeo, Carabinero, domiciliado en Nueva Imperial, calle Prat 128, RUT 15.688.187-2, quien juramentado expuso: El día de los hechos me encontraba en servicio, me comunicaron que concurriera al lado del INP, que habían querido agredir a una persona y que el afectado iba a la siga del autor, lo interceptamos en Juan Concha con Blanco Encalada, y el ofendido nos señaló a una persona, cuando me vio éste botó algo y se trataba de una cortaplumas, el afectado se identificó como fiscalizador del Servicio de Impuestos Internos, el cual nos relató los hechos, cuando lo dijimos que lo íbamos a trasladar a la unidad se puso agresivo, botó el arma porque se asustó, reconoció esta como de su propiedad y reconoció que sólo era para asustarlos, reconoce la cortaplumas, porque él la recogió, el imputado se encontraba bajo la influencia del alcohol. Reconoce a la persona que detuvo como el acusado. Ambos afectados de identificaron como funcionarios del Servicio de Impuestos Internos.

6.- Declaración del testigo César Andrés Bórquez Avendaño, Carabinero, domiciliado en Prat 128 de Nueva Imperial, RUT 15.302.939-3, quien juramentado declaró: El día de los hechos, recibí un comunicado que en Pedro Lagos estaban agrediendo a una persona, nos trasladamos a Blanco Encalada esquina Concha junto a Rodrigo Lagos y que la víctima perseguía al imputado, allí la víctima nos señaló al imputado, nos relató los hechos, Rodrigo Bravo recogió una cortaplumas, el imputado la reconoció como de su propiedad y que había amenazado a las víctimas pero sólo para asustarlos. Me demoré en llegar al lugar 2 minutos con mi colega quien llegó primero, ambos afectados se identificaron como funcionarios de Impuestos Internos.

Que a la declaración de estos dos testigos anteriores se les dará valor probatorio y de convicción en la determinación de la forma en que se produjo la detención del acusado, y respecto de la ubicación del cuchillo que fue encontrado por ellos, además sus testimonios aparecen como veraces, pues los expresan haber estado en el lugar en que ocurrió el hecho y sus testimonios se ven ratificados entre si, pues concuerdan en el lugar en el que se encontraba la especie recogida e incautada,

7.- Declaración del testigo René Jesús Cornejo Cáceres, Director Regional de Impuestos Internos, Contador Auditor, domiciliado en Temuco, Claro Solar 873,, RUT 6.491.049-3, quien juramentado expuso: Tomé conocimiento de los hechos el mismo día del atentado, me trasladé a la Fiscalía de Imperial, me entrevisté con los funcionarios que me relataron lo sucedido, que fueron agredidos, ellos realizaban un trabajo de prevención, la Srta Canales pertenece al Escalafón de Fiscalizadores, Moisés es auxiliar de grado 17, ellos van a los locales pidiendo los libros y boletas, y absolviendo consultas, al año visitamos a unos 6.000.contribuyentes. Me enteré del nombre de la persona, según el Parte Policial, ingresamos los datos en el sistema y éste tiene una deuda de una $160.000.000 , tiene una causa por delito tributario, facturas falsas, una evasión de IVA de 60.000.000.-, éste se encontraba notificado de la causa, se defendía hay escritos de defensa, la ultima notificación se practicó en su domicilio. Este hecho fue complicado para Lorena, estuvo bastante afectada, arrancó de él quien la persiguió con un cuchillo, afortunadamente no ocurrió ninguna desgracia, no ha vuelto a Imperial, la Asociación de Funcionarios contrató a un abogado particular, Moisés sufrió menos, pues siguió trabajando. La función específica de don Moisés

Garfio es la de auxiliar conductor, ayuda a los funcionarios a realizar sus funciones, porque nadie hace fiscalizaciones sólo, los auxiliares se identifican como funcionarios de Servicio, cumplen funciones de Ministros de Fé, no cursan infracciones, los choferes, también cumplen labores de fiscalización al colaborar en la fiscalización. Los problemas de facturas del imputado eran de agricultor y venta de ganado.

Que a la declaración de este testigo, el tribunal le dará valor probatorio de convicción a sus dichos los que han sido precisos, su testimonio no ha sido coherente con lo relatado por las victimas Lorena Canales Paternóster y Moisés Garrido Mejias, además aparece de acuerdo con la labor que desempeña, y porque no ha sido controvertido con ninguna otra prueba en contrario.

Que de lo expuesto en todo este considerando se desprende que las declaraciones de los testigos que anteceden, concuerdan con la evidencia documental ingresada con las formalidades legales durante el debate a iniciativa del Ministerio Público, y es suficiente para dar por acredita la proposición fáctica formulada por los acusadores en su respectivas acusaciones, esto es con, esta prueba se da por acreditada la existencia del hecho punible por el que se ha acusado y la participación culpable y pena por la ley del acusado.

SEXTO: LA DEFENSA: En su alegato de apertura y clausura señaló, que en la especie no se acreditaron los elementos típicos del delito de atentado de autoridad. Así, en este caso no hay sujeto pasivo pues las personas en contra de quien habría atentado su defendido no son autoridad ni sus agentes, pues si bien serían funcionarios públicos, ellos no son autoridad, pues autoridad lo define el diccionario de la real academia de la lengua española y "es el poder que tiene una persona sobre otra que le esta subordinada. Persona revestida de un poder mando o magistratura", y no sobre una función. Tampoco se ha acreditado el acometimiento (definido como coacción en el acometimiento que tiene por objeto imponer la ejecución u omisión de un acto funcionario) o la resistencia (oponerse a la resolución de la autoridad), agrega que si bien en el segundo caso el acto funcionario no se realizó, el imputado al realizar su conducta no lo hizo con tal fin pues no conocía las funciones que desempeñaban las personas agredidas. Y tampoco los funcionarios son agentes, pues ellos son los que representan a la autoridad lo que no ocurre en este caso. Además deberá acreditarse y no se hizo, que se haya realizado el acto mientras realizaban el ejercicio de su cargo. Indica también, que no se ha acreditado el dolo en su defendido, pues su actuar lo cometió sin saber las funciones que cumplían, y además ello, precisa que el imputado la habría realizado cumpliendo o no sus funciones estas personas. Y como no se ha logrado acreditar el dolo, su defendido debe ser absuelto. O bien tendrá que encuadrarse el actuar del acusado en otra figura típica, como sería una amenaza. También indica que de la calificación jurídica señalada por los acusadores, cual es el uso del arma no es un elemento agravante del delito de atentado en contra de la autoridad si no que es otro elemento del tipo en cuestión.

Que a las alegaciones de la defensa no se hará lugar: En primer lugar pues no ha alegado ni probado que los hechos habrían ocurrido de una manera distinta a la señalada por los acusadores.

Respecto de la alegación de la defensa en orden a que los funcionarios, respecto de los cuales se ha atentado, no serían autoridad o agentes de la autoridad: A tal alegación no se hará lugar. Y ello pues, cabe recordar que el delito por el cual se ha acusado es el atentado contra la autoridad o sus agentes, el que no es un delito o infracción contra el carácter institucional de las autoridades (connotación que le ha pretendido dar la defensa) sino sólo contra su aspecto funcional o administrativo. Así cabe preguntarse si el director de Servicio de Impuesto Internos o el Director Regional de de tal servicio es o no autoridad, la respuesta es simple, si lo es, y ello se desprende de la propia alegación de la defensa al reconocer que **autoridad** "es el poder que tiene una persona sobre otra que le esta subordinada. O bien aquella "Persona revestida de un poder, mando o magistratura", de las primeras disposiciones del código tributario se desprende que tales Directores (nacional y regional ejercen autoridad) o como lo señala el código Tributario, aplican, interpre-

tan y fiscalizan el cumplimiento de la ley tributaria. Y para cumplir con estas funciones se cuentan con agentes encargados de realizar, entre otras gestiones notificar, citar, liquidar y efectúan presencia fiscalizadora y que se encuentra reglamentadas en el decreto con fuerza de Ley Nº 7. Funciones que son imposibles de ser efectuadas por el director en todo el territorio en que ejerce competencia, también recordar el concepto que da de agente el diccionario de la Real Academia de la lengua española, así se indica que agente es aquel que obra o el que tiene virtud de obrar" y agrega que agente fiscal es el "servidor subalterno de la hacienda pública". Así debe concluir que los fiscalizador de servicio de impuesto internos, cumple las características de un agente de autoridad, pues son funcionarios públicos que ejercer poder de fiscalización tributaria por estar adscritos al Servicio de Impuestos Internos, cuya facultades emanan del DFL Nº 7 y el Código Tributario, y que la ejercen en forma permanente, pues a ella están destinados, y en forma exclusiva y excluyente. **La calidad de agente de la autoridad, los funcionarios contra se acometió consta** de los documentos incorporados en audiencia por los acusadores que dan cuenta que el día y hora de los hechos Lorena Canales apoyada por Moisés Garrido, desempeñaban cometidos funcionarios, la primera en calidad de fiscalizadora de Servicio de Impuesto internos y el según en su calidad de chofer y apoyo de labor de la primera (ello según documentos enumerados del 02 al 08 y valorados en el considerando anterior) lo que también se acredita con el testimonio de las propias victimas y del Director regional de Servicio de impuestos Internos Rene Cornejo (también valorados en el considerando anterior). Así mismo de tales antecedentes se desprende que ellos al momento de sufrir el atentado **se encontraban cumplimiento funciones propias de su cargo** y que se vinculaban directamente con la función fiscalizadora y aplicación de la ley tributaria, así se acredita de las pruebas señaladas anteriormente y de la declaración de los testigo Juan Fuentes López y Karina Carrasco Soto.

LA CONDUCTA TÍPICA Y DOLOSA DEL ACUSADO:

La conducta del acusado ha sido típica pues ha consistido en acometer contra lo agentes de la autoridad, pues ha empleado coacción moral, intimidación y amenaza en contra dos funcionarios para perturbar e imponer la omisión de un acto funcional, ha sido claramente una conducta ilícita que ha perturbado (en su primer actuar) y ha impedido (en su segundo actuar) el acto de presencia fiscalizadora que cumplía la señora Lorena Canales y Moisés Garrido, en su respectivas funciones, la primera de titular y el segundo de apoyo. Además tal hecho lo ha perpetrado en pleno conocimiento, y por la calidad de funcionarios de Servicio de Impuesto Interno de los sujetos pasivos del delito, sin importarle su individualización personal sino la institucional, así se desprende del testimonio de los testigos víctimas Lorena Canales y Moisés Garrido, como también del testimonio de las personas que estaban a cargo de los locales comerciales que fueron fiscalizados (Juan Fuentes López y Karina Carrasco Soto). Y el movil y dolo se acredita por la circunstancia de que el acusado fue objeto de sanción por parte de tal organismo según dan cuenta, los siguientes documentos: a) Certificado de deuda Fiscal emanado de la Tesorería General de la República, de fecha 07 de Septiembre de 2005, relativa al acusado B) Copia autorizada de la sentencia dictada en causa Rol 15-2002 por el Tribunal Tributario, IX Dirección Regional, en contra del acusado y constancia de las dos notificaciones de dicha resolución, practicadas por cédula al acusado; y c) Copia autorizada de la sentencia dictada en causa Rol 10045-02 por el Tribunal Tributario, IX Dirección Regional, en contra del acusado y constancia de su notificación. Documentos que han sido valorados en el considerando anterior.

Por último, la conducta de Peña Lefiman se encuadra en el artículo 261 Nº 2 en relación al artículo 263 Nº 1 ambos del Código Penal, pues ha en su proceder ha actuado armado, con un cuchillo de mango de color negro, de 9 centímetros de hoja y 21 centímetros de largo, que se ha exhibido en la audiencia. Y además tal circunstancia ha sido acreditada con el testimonio de las

victimas Lorena Canales, Moisés Garrido, por las personas que fueron fiscalizadas Juan Fuentes y Karina Carrasco, y por los funcionarios policiales que recogieron el arma Rodrigo Bravo y Cesar Borquez.

Por otra parte el texto legal no exige como elemento del tipo que el actuar funcionario (en este caso de fiscalización) se dirija en contra del que atenta, sino que sólo basta que acometa contra los agentes que realizan funciones propias de su cargo. Exigir esa circunstancia significaría agregar un requisito no exigido ni previsto por el legislador, de tal manera que con ello también se da respuesta a la defensa sobre este punto.

También, se desechara la alegación de la defensa en orden a recalificar el hecho como amenazas, pues si bien en el caso estas han existido en contra de los agentes de la autoridad, esa amenaza, es la intimidación (cocción moral) que exige el acometimiento, que unido a los demás elementos del tipo, permiten subsumir íntegramente la conducta del acusado en la hipótesis de los artículo 261 N°2 y 262 N° 1 del Código Penal, figuras típicas que se son más adecuadas y ajustadas al actuar del acusado, por ello, es que no se hará lugar, también, a tal alegación.

SÉPTIMO: VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE LA DEFENSA

Que si bien atendido lo expuesto en los considerándoos anteriores y que la prueba rendida por la defensa no se refiere al hecho punible investigado sino a la conducta anterior del acusado, sólo por lo dispuesto en el artículo 342 letra C) del Código Procesal penal, se valorara esta.

Prueba Pericial:

Declaración de la testigo experta Marcia Garay Ottessen, cédula nacional de Identidad Nº 13.518.212-8, Perito Asistente social domiciliada en Balmaceda N° 890 de Temuco, quien previo juramento señaló que le efectuó informe socio económico del imputado es comerciante y se dedica a la compraventa de cerdos, el imputado forma parte de una familia extensa donde hay un fuerte vinculo afectivo fuerte entre los miembros familiares, y que los ingresos de familia son insuficientes para la mantención de grupo familiar, y que el imputado cumple un rol importante en su hogar por que es el principal proveedor del grupo familiar.

Que la declaración de esta perito ha causado convicción en el tribunal pues ha demostraron dominio y preparación en su ciencias que profesa, por manera que impresiona como creíble y veraz.

Prueba Material (documental):

Que la defensa rindió prueba documental mediante la lectura resumida de los siguientes documentos, lo que no fueron objetados por las partes acusadoras:

1.- Certificado de antecedentes para fines especiales del acusado, en el que.

2.- Certificado de nacimiento de Oscar Peña Painemal, nacido el 28 agosto de 1986.

3.- Certificado de nacimiento Alex Peña Painemal, nacido el de 15 marzo de 1988.

4.- Certificado de emitido por el presidente y secretaria de la Junta de vecinos Nº 10 de Villa Diego Portales, que da cuenta que el acusado se domicilia en esa población.

5.- Certificado emitido por la directora del liceo Luís Gonzáles Vásquez, el año 2005 que da cuenta que esta matriculado en dicho establecimiento don Oscar Peña Painemal, quien cursaba cuarto año de enseñanza media.

6.- Certificado de residencia emitido por el Mayor de carabineros de Nueva Imperial.

7.- Certificado de conducta emitido por el concejal Constanzo Matamala de la comuna de Nueva imperial.

Que todos los documentos anteriores crean convicción en el tribunal sobre los hechos en ellos narrados, son de aquellos que normalmente emana del registro civil e identificación, de ciudadanos conocidos de los acusados, de Juntas de Vecino y Carabineros, y los timbres impresionan como verdaderos, además que no se ha rendido prueba alguna tendiente a contrarrestarlos.

Que la valoración de esta prueba en nada cambia o altera la decisión del tribunal.

OCTAVO: CONCLUSIÓN: Que, apreciando la prueba con libertad, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la

experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, los sentenciadores han llegado a la convicción -más allá de toda duda razonable- que los hechos ocurrieron como se ha indicado en el considerando cuarto, superando de esta forma la presunción de inocencia que ampara al acusado **FRANCISCO OSCAR PEÑA LEFIMAN.**

NOVENO: CALIFICACIÓN JURÍDICA: Que, los hechos anteriormente reseñados se encuentran se encuadran dentro del tipo penal materia de la acusación, este es el delito de atentado contra la autoridad, en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 261 N° 2 en relación al 262 N° 1 ambos del Código Penal y en cuyo injusto le ha correspondido al acusado Peña Lefiman (según resulta de las mismas probanzas, que fueron reseñadas y valoradas en la consideración 5ta, de este fallo en estudio, que desde luego, desvirtúan la presunción de inocencia que lo amparaba) la participación culpable de autor, por haber intervenido en su ejecución de una manera inmediata y directa.

DÉCIMO: GRADO DE PARTICIPACIÓN: Que, en la ejecución de este ilícito ha correspondido a la acusada participación culpable y penada de autor, por haber participado en su comisión de una manera inmediata y directa, de acuerdo a lo señalado en el artículo 15 número 1 del Código Penal.

UNDÉCIMO: CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD:

Que en la especie no se han alegado ni se han acreditado circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

DUODÉCIMO: SOBRE LA PENA: Que, siendo el acusado responsable, en calidad de autor, del delito de atentado en contra de la autoridad, penado con reclusión menor en su grado medio o multa de once a quince Unidades Tributarias Mensuales, y atendido que al acusado no le afectan circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, el tribunal podrá aplicar cualquiera de las penas alternativas y en ellas recorrerlas en todo su grado o extensión. Y atendida las condiciones de comisión del hecho que reviste especial gravedad, por tratarse de un inusitada violencia, persistente en el tiempo toda vez que los funcionarios fueron agredidos verbalmente en dos ocasiones y físicamente, y atendida la mayor perniciosas consecuencias, tales como alterar el normal trabajo que desempeñaban la victimas Lorena Canales y Moisés garrido, y también por la connotación causada en el Servicio en que ellos laboran, es que se aplicará la pena alternativa de restricción de libertad, y dentro del grado se aplicará en su mínimun, conforme a lo dispuesto en el artículo 67 del Código penal.

DÉCIMO TERCERO: SOBRE MEDIDA ALTERNATIVA AL CUMPLIMIENTO DE LA PENA RESTRICTIVA DE LIBERTAD: Considerando los antecedentes personales del acusado y su conducta anterior y posterior al hecho punible, naturaleza, modalidad y móvil de la perpetración del delito, los que permiten presumir que la medida que se le concederá lo disuadirá de cometer nuevos delitos se le beneficiara con la medida de reclusión nocturna contemplada en el artículo 7 y siguientes de la Ley 18.216.-

EN CUANTO A LO CIVIL:

DÉCIMO CUARTO: DEMANDA CIVIL: Que Lorena Canales Paternoster, representada por el abogado Rodrigo Flores Gutiérrez, dedujo demanda civil de indemnización de perjucios a título de reparación de daño moral por la suma de $5.000.000, o por la suma que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal determine en derecho, con intereses, reajustes y costas, en contra de FRANCISCO OSCAR PEÑA LEFIMÁN, cuya profesión desconce, Rut Nº 9.367.109-0, domiciliado en pasaje Imperial Nº 1251, población Diego Portales, comuna de Nueva Imperial.

DÉCIMO QUINTO: LA DEMANDADA: Que la parte demandad en su alegato de apertura y clausura señalo que no se ha acreditado suficientemente los elementos para determinar y acoger la indemnización que se ha pedido, pues no se ha acreditado la aflicción y temor a que fueron sometidos las victimas. Y más aun se ha acreditado que si la señorita Canales no ha realizado su labores y funciones, lo ha sido por una orden del dirección de servicio de impuesto internos.

DÉCIMO SEXTO: Que el daño moral se ha acreditado con el testimonio de ambas victimas del delito, Lorena Canales y Moisés Garrido, y con la declaración del testigo Rene Cornejo Cáceres quienes han probado que la señorita

Canales se han visto afectada, ha sentido temor y aflicción, causándose un daño en la psiquis de la victima- demandante originada por el miedo que han sufrido en el momento en que ocurrió el hecho y posteriormente, Así la victima y demandante civil no pudo efectuar sus labores por un par de meses, y aun no ha ido a fiscalizar a la comuna de Nueva Imperial.

Por lo anterior es que se hará lugar a la demanda civil, de indemnización de perjuicio por el daño moral, pues se ha acreditado el perjuicio moral (aflicción) y la relación de causalidad entre este y la conducta dolosa del demandado, por ello se acogerá la demanda en la forma que se expondrá en la parte resolutiva.

Por estas consideraciones y visto además en los artículos 1, 11 N° 6, 14 Nº 1, 15 Nº 1, 21, 24, 26, 30, 50, 67, 261 N° 2, 262 N° 1 y 266 del Código Penal; 1, 4, 47, 48, 281, 295, 296, 297, 325 y Sgtes. 340, 341, 342, 344, 346, 348 y 484 del Código Procesal Penal, artículo 8 y siguientes de la ley 18.216; artículo 1698, 2314 y 2329 del Código Civil, **SE DECLARA:**

En cuanto a lo penal:

I.- Que, **SE CONDENA** a **FRANCISCO OSCAR PEÑA LEFIMAN**, ya individualizado, a cumplir la pena de **QUINIENTOS CUARENTA Y UN DÍAS** de presidio menor en su grado medio, accesorias de suspensión de cargo u oficio público, durante el tiempo de su condena y, las costas de la causa, por su responsabilidad de autor del delito de atentado contra la autoridad, ocurrido el día 06 de septiembre de 2005, en horas de la tarde, en la comuna de Nueva Imperial.

II.- Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 del Código Penal se decreta el comiso del arma blanca incorporada en la audiencia consistente en un cuchillo de mango negro de color negro, de 9 centímetros de hoja y 21 centímetros de largo.

III.- Que reuniéndose los requisitos previstos en los artículo 8 de la Ley 18.216, se beneficiara al condenado con la medida de reclusión nocturna, debiendo convertirse la pena privativa de libertad, la se computara una noche por cada día de privación de libertad impuesta.

Si este beneficio le fuere revocado y deba ingresar a cumplir la pena impuesta, esta se le empezará a contar desde el día que se presente o fuere habido sirviéndole de abono el tiempo que permaneció privado de libertad en la causa, y que será determinado por el Tribunal de Garantía de Nueva Imperial en su etapa de ejecución.

En cuanto a lo civil:

I.- Que se acoge, con costas, la demanda presentada por Lorena Canales Paternóster, y se condena al demandado Francisco Oscar Peña Lefimán a pagar la suma de $1.000.000 (un millón de pesos) por concepto de daño moral, monto que devengara el interés máximo convencional para operaciones de crédito en dinero reajustables desde la fecha en que quede firme y ejecutoriada la presente sentencia y la fecha de su efectivo pago, a la deberá adicionarse el reajuste que resulte de la variación del Índice de Precios del Consumidor o el que lo reemplace, entre el mes anterior a la fecha en que quede firme y ejecutoriada la presente sentencia al mes anterior de su efectivo pago.

Devuélvase a los intervinientes la prueba documental acompañada durante la audiencia.

Una vez ejecutoriada esta sentencia, cúmplase lo dispuesto en los artículos 468 del Código Procesal Penal y 113 del Código Orgánico de Tribunales.

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

Redacción del juez Alejandro Vera Quilodrán, atendida la licencia medica del magistrado Jorge González Salazar, por lo que tampoco firma la presente sentencia no obstante haber concurrido a la decisión.

R.U.C. : 05 00 41 77 62 - 4

R.I.T. : 045/2006

Código del Delito : 00515

Pronunciada por los jueces de la primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, Alejandro Vera Quilodrán, quien la presidio, Aner Padilla Buzada y Jorge González Salazar.

- **La expresión "pequeñas cantidades" del artículo 4 de la ley 20.000 exige que el peligro creado para la salud pública sea insignificante.**

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

Resumen:

El Ministerio Público acusó al imputado como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes. La Defensa solicitó la recalificación al delito de microtráfico del artículo 4 de la ley 20.000, alegando que la cantidad de droga incautada fue poca, que parte de ella era para el consumo directo de los habitantes de la casa, que la situación socioeconómica del acusado y su familia demostraba que la venta era para financiar sólo su subsistencia y que la venta era directamente a los consumidores a través de la ventana de la vivienda. El Tribunal, en voto dividido, estimó que los hechos investigados correspondían al delito de tráfico ilícito de estupefacientes del artículo 3 de la ley 20.000. Fundamentó su calificación jurídica en la comparación de cuadros científicos que muestran la cantidad mínima de droga que produce efectos en el organismo con la cantidad de droga incautada, comparación que permitió afirmar que la sustancia ilícita encontrada en poder del acusado representaba un efectivo problema de salud pública al posibilitar la confección de unas 400 dosis de droga para la venta, conclusión profundizada por las declaraciones de los funcionarios de Investigaciones, avaladas por sus años de experiencia en el campo. Las alegaciones de la Defensa fueron rechazadas en razón que la gran cantidad de dosis susceptibles de preparar con la droga encontrada no permiten defender la idea de un consumo personal próximo en el tiempo, porque la suma de dinero poseída por el acusado no se correspondía con los montos que una familia de tan bajos recursos pudiese tener sino por los ingresos ilícitos, y no menores, producto del tráfico ilícito de estupefacientes, hechos todos que a su vez demostraban que la droga fue efectivamente difundida, acción exacta que prohíbe la ley.

El voto de minoría sostuvo que la sola cantidad de droga, con prescindencia de otros factores, es un elemento decidor para decidir si se trata de un delito de tráfico o sólo de microtráfico, y atendido que en el caso en cuestión la droga incautada correspondió a 97,48 gramos netos de pasta base de cocaína, con una pureza de 33%, en un único contenedor, correspondía calificar el hecho como tráfico de pequeñas cantidades. Este voto sostuvo, además, que la calificación de microtráfico encontraba también sustento en que se había condenado a otra residente del domicilio allanado por el tráfico de 14,5 gramos netos de pasta base de cocaína con una pureza de 62%, porque con ello se demostraba que en el mismo lugar tenían lugar otras actividades de tráfico por parte de los demás moradores, actividades todas que seguían constituyendo un tráfico menor.

Texto completo:

La Serena, veintinueve de mayo de dos mil seis.

VISTOS:

PRIMERO: Que con fecha veinticuatro de mayo de dos mil seis, ante esta primera sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de La Serena, constituida por los jueces Jorge Pizarro Astudillo, Juan Carlos Espinosa Rojas y Jaime Vicente Meza Sáez, se llevó a efecto la audiencia del Juicio Oral relativa a los autos rol n° 46-2006, seguido contra Carlos Mauricio Varela Pizarro, chileno, R.U.N. n 11.935.959-7, jornalero, domiciliado en Dublé Almeyda nº 55, Parte Alta, Coquimbo.

Fue parte acusadora en el presente juicio el Ministerio Público, representado por Luis Ventura Pinzón, fiscal adjunto de la Fiscalía local de Coquimbo, domiciliado en calle Melgarejo n°847, Coquimbo.

La defensa del acusado estuvo a cargo del Defensor Público de Coquimbo, Román Zelaya Ríos, domiciliado en calle Melgarejo nº 1052, 2º piso, de dicha ciudad.

SEGUNDO: Que los hechos materia de la acusación, según el auto de apertura del juicio oral, consisten en que el día 11 de mayo de 2005, aproximadamente a las 13:40 horas, en cumplimiento de una orden de entrada y registro para el inmueble de calle Dublé Almeida Nº 55, Parte Alta, Coquimbo, cuya finalidad era hacer efectiva una orden de detención en contra del imputado Carlos Mauricio Varela Pizarro, personal de la BRIANT de La Serena, sorprendió al imputado, ya individualizado, al momento que se daba a la fuga del recinto, por el patio posterior, arrojando un paquete confeccionado con cinta de embalaje color café que éste portaba y que contenía 109,2 gramos de pasta base de cocaína, droga que mantenía en el inmueble a objeto de traficar.

Los hechos descritos, a juicio del Ministerio Público, son constitutivos del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 3º de la Ley 20.000, hechos en que se le atribuye al acusado la participación de autor en grado de consumado.

En las referidas circunstancias, el Ministerio Público solicitó para el acusado Carlos Varela Pizarro la aplicación de la pena de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo, multa de 40 unidades tributarias mensuales, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, comiso de evidencia material y $124.900, con costas.

TERCERO: Que los intervinientes acordaron dar por acreditado el siguiente hecho, que no mereció reparos por la juez de Garantía: Que la sustancia materia de este caso consiste en pasta base de cocaína, tiene un peso bruto de 109,2 gramos, un peso neto de 97,48 gramos y su pureza es de un 33%.

CUARTO: Que para acreditar la acusación deducida contra el imputado Carlos Varela Pizarro como la participación que se le atribuye en ella, el Ministerio Público rindió prueba testimonial correspondiente a los funcionarios de la Policía de Investigaciones, deponiendo el inspector Mauricio Villanueva Flores, quien manifestó que a raíz de una información recibida que en el domicilio de Dublé Almeida n° 55 Parte Alta de Coquimbo, se encontraba un tal "Cayo", quien tenía una orden pendiente de detención por la Ley de Control de Armas, razón por la cual se tramitó una orden de entrada y registro ante el juez de garantía de esa misma ciudad, y es así como el subcomisarío Hurtado distribuyó el personal para que concurriese a dicho domicilio, situándose el inspector Dionel Alfaro en un lugar colindante y ubicado más alto que la casa del tal "Cayo", que le permitía observar con claridad el domicilio de éste último, lo que permitió que cuando junto al subcomisarío Marcelo Soto Garay ingresó al inmueble, Alfaro les comunicase que el "Cayo" se daba a la fuga por el patio posterior, pudiendo observar como un sujeto en short y polera azul sin mangas situado sobre una roca se aprestaba para saltar al patio vecino, no sin antes arrojar un paquete al suelo, por lo que dieron la vuelta al domicilio, logrando la detención del acusado. Agregó que el paquete que arrojó el acusado, a quien reconoce presente en la audiencia, al ser examinado luego y verificada la prueba de campo pertinente, arrojó coloración azul positiva para la presencia de cocaína. Añade que registraron al interior del inmueble y en un velador de una habitación del segundo piso encontraron una libreta del BancoEstado con un saldo de $829.000, y en una cartera de cuero color café, dentro de una billetera, encontraron la suma de $124.900 en efectivo y un celular marca Ericson de color celeste. Relata que de igual modo en dicha oportunidad se encontró un colador y una cuchara de té, ambos con resto de polvo, cuyo análisis arrojó coloración azul positiva para la presencia de cocaína. Manifiesta que de acuerdo a su experiencia policial de un gramo de pasta base de cocaína se obtienen cuatro dosis o "monos" que generalmente se venden a $1.000 cada uno. Refiere que en el domicilio en cuestión vivía el acusado, su conviviente y en algunas ocasiones llegaba la madre de ésta y su cuñada, ignorando si estas personas fumaban pasta base, y desconociendo también si el padre del encausado se encontraba enfermo. Añadió que la libreta del BancoEstado era de ahorro, con el saldo ya indicado, ignorando fecha de

depósitos. Expone que el paquete que arrojó Varela Pizarro al suelo era de unos 19 a 20 cms. de largo por 14 cms. de ancho, pudiendo también ser de 20 x 15 cms., y que la cuñada del acusado de nombre Cristina no le señaló si ella consumía drogas.

Dichos del subcomisario Marcelo Soto Garay quien expuso que se tomó conocimiento que un sujeto apodado "Cayo", había regresado nuevamente a su domicilio ubicado en calle Dublé Almeida n° 55, Parte Alta de Coquimbo, y quien registraba una orden de detención debido a que había incumplido la reclusión nocturna que se le había concedido, razón por la cual el día 11 de mayo de 2005 en el domicilio antes indicado se realizó un cerco de seguridad al inmueble señalado, siendo advertidos por el inspector Alfaro que tenía una mejor visión de aquél, que un individuo iba arrancando por el patio posterior por lo que ingresaron al domicilio siendo interceptados por tres mujeres que les obstaculizaron el acceso, logrando ver cuando el "Cayo" huía, y advirtiendo que se desprendía de un paquete de unos 11 x 9 cms., el que arrojó entre unas rocas, -el que reconoce al serle exhibido por el ministerio público-, por lo que salieron hacia el exterior logrando su detención. Añadió que el paquete en cuestión resultó contener una sustancia que practicada la prueba de campo respectiva resultó positiva para la presencia de cocaína. Agregó que al interior del domicilio, dentro de una cartera se encontró la suma aproximada de $124.000 y una libreta de ahorro a nombre de Carlos Varela que arrojaba un saldo de $800.000, además de un colador y una cuchara con residuos de cocaína según la prueba de campo respectiva. Señaló al tribunal que de acuerdo a su experiencia como policía un gramo neto de pasta base de cocaína arroja 4 a 5 dosis por cuanto un "mono" se elabora con aproximadamente 0,2 a 0,3 miligramos. Añade que aquél día se encontraba en el domicilio la conviviente del acusado de nombre Carolina y la madre y hermana de la primera de nombre Cristina, de quien tenía entendido era consumidora. Señaló que el padre vivía en el mismo terreno pero en una vivienda independiente, e ignora si éste sufre del mal de Parkinson. Agregó que la libreta era del BancoEstado conteniendo una suma de $800.000 aproximadamente pero que no vio el detalle de la misma en cuanto a fechas y movimientos.

Atestado del subcomisario Dionel Alfaro Hidalgo, quien manifestó que el 11 de mayo de 2005 concurrió al domicilio de Dublé Almeida n° 55 Parte Alta de Coquimbo, donde habitaba Carlos Varela Pizarro y contra quien existía una orden de detención por infracción a la Ley de Control de Armas, es así como sus colegas se ubicaron en la parte frontal del inmueble y él junto a Marcos Díaz a un costado de aquél, percatándose que una persona de baja estatura, pantalón corto y polera sin mangas se daba a la fuga a través de un patio, percatándose que éste tiró algo al suelo, situación de la cual alertó a sus demás colegas, por lo que dio vuelta por calle Bulnes y al llegar a calle Juan Pablo II le dan alcance en el momento que salía desde otro domicilio, deteniéndosele. Añadió que el objeto lanzado resultó ser un envoltorio pequeño enhuinchado en una cinta color café y contenía un polvo en su interior que conforme a la prueba de campo resultó positiva a la presencia de cocaína, y encontrando en el interior del inmueble dentro de una cómoda, un colador de color azul y una cuchara con residuos de polvo que luego de un análisis más arriba referido igualmente resultó positivo a la presencia de cocaína. Refiere que al momento de la detención se encontraba en la casa la conviviente del acusado, la madre y hermana de ésta, señalando ésta última que consumía y también vendía drogas, añadiendo que sus colegas encontraron dinero en efectivo y una libreta de ahorro con un saldo aproximado de $800.000.

QUINTO: Que los elementos de juicio expuestos en el fundamento anterior, constituyen un conjunto de antecedentes que apreciados libremente conforme lo dispone el artículo 297 del Código Procesal Penal, y no contradiciendo aquellos los principios de la lógica, las máximas de experiencia ni los conocimientos científicamente afianzados, fueron bastantes para tener por suficientemente establecido, más allá de toda duda razonable, que el día 11 de mayo de 2005, alrededor de las 13.40 horas, al concurrir al domicilio del acusado Carlos Varela Pizarro ubicado en Dublé Almeida n° 55 de la Parte Alta de Coquimbo, debidamente facultados por una orden de en-

trada y registro emanada del juez de garantía de esa misma ciudad, el encartado Varela Pizarro quién se encontraba en el interior del citado inmueble, ante la presencia policial se dio a la fuga hacia el patio posterior, desde donde saltó un muro hacia la vivienda colindante, no sin antes arrojar un paquete que portaba, el que resultó contener droga con las características ya más arriba anotadas, siendo luego detenido por personal policial, antecedentes con los cuales es dable concluir a estos sentenciadores que el porte de dicha droga estaba destinado al tráfico ilícito de estupefacientes.

SEXTO: Que los hechos antes descritos configuran el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 3° de la ley 20.000, en relación con el inciso 1° del artículo 1° de la misma ley, delito que se encuentra en grado consumado, y en el que le cupo una participación culpable y penada por la ley al acusado Varela Pizarro en calidad de autor.

SEPTIMO: Que del modo referido en los fundamentos precedentes, y de acuerdo a lo señalado por el artículo 340 del Código Procesal Penal, este Tribunal ha adquirido la convicción, más allá de toda duda razonable, de que se perpetró el hecho punible que se ha dado por establecido en el fundamento quinto y que en él ha correspondido al acusado Carlos Mauricio Varela Pizarro, una participación de autor, culpable y penada por la ley.

OCTAVO: Que prestando declaración en el juicio, el acusado Carlos Varela Pizarro señaló que efectivamente en la fecha más arriba indicada, estando en su domicilio de Dublé Almeida n° 55 de la Parte Alta de Coquimbo, llegó personal de la Policía de Investigaciones, quienes lo detuvieron, reconociendo que efectivamente tenía droga en su poder, la que había comprado el día anterior en la suma de $50.000, y con la cual habría obtenido unas 50 dosis, considerando que él también era consumidor, dosis que vendía entre $500 a $1.000 cada una. Asimismo, señala que efectivamente tenía una libreta en el BancoEstado a su nombre, donde depositaba la jubilación de su padre que padece el mal de Parkinson, y cuya suma ascendía a $700.000. Señaló el encartado que consumía droga y también vendía, por cuanto se encontraba sin trabajo, añadiendo que cuando fue detenido realizaba trabajos esporádicos. Relató el acusado que la policía encontró la suma de $50.000 en efectivo, pues había trabajado el día anterior en la pesca ganando $40.000 y también había vendido droga en la noche. Señaló que la droga se la compró a un traficante apodado "el Chaca" de la Parte Alta de Coquimbo, cuyo paradero y antecedentes habría entregado al fiscal. Refiere que no concurrió al Instituto Médico Legal ni tampoco declaró en fiscalía que era consumidor de drogas, lo cual sólo declaró en este juicio.

NOVENO: Que la defensa presentó prueba pericial, deponiendo la Asistente Social Paola Zúñiga Bernardo de Quiros Huerta quien manifiestó que entrevistó al acusado en el Centro de Detención Preventivo de La Serena, realizó una entrevista a la madre del mismo y una visita domiciliaria al inmueble de calle Dublé Almeida n° 55 de Coquimbo. Relata que el acusado presenta una situación económica deficitaria, quien desertó del sistema escolar y realizó actividades informales y temporales, siendo su última actividad laboral la gasfitería, que le proporcionaba un ingreso de alrededor de $120.000 mensuales. Señala que el padre del entrevistado sufre de Parkinson, lo que advirtió por los movimientos corporales de aquél, y que el inmueble del acusado se sitúa en un sector socioeconómico de extrema pobreza, con calles sin pavimentar y edificada con material mixto. Relata que la morada poseía equipamiento básico y que parte de los mismos se llevó la conviviente del acusado para venderlos. La perito reconoce su informe que le exhibe la defensa, el cual se incorpora al juicio.

DÉCIMO: Que la defensa en su alegato de clausura señala que el artículo 4° de la ley 20.000 indica una pena distinta para aquellos que porten, transporte o guarden pequeñas cantidades de drogas y que la expresión pequeñas cantidades es lo que debe definir el tribunal en cada caso concreto, y que en este sentido la jurisprudencia y la doctrina han elaborado un catalogo de criterios para los efectos de poder determinarlo, ya que lo que la ley busca es perseguir de distintas formas al narcotraficante respecto a traficantes de "barrios", lo que tiene relación con la dis-

tinta gravedad que se le asigna a la pena, criterios que dicen relación a la forma de venta, si se realiza a otros distribuidores, intermediarios o directamente a los consumidores, lo que habría ocurrido en la especie, pues los testigos en el juicio declararon que la forma de realizar la venta era través de la ventana de la casa.

Añade que debe considerarse la situación socioeconómica del encartado, y tal como lo refirió la asistente social, se trata de un grupo familiar que no tenía otros ingresos aparte de los que provenían de su representado; que el padre que también vivía dentro de la propiedad sufría de la enfermedad de Parkinson lo que le impedía trabajar y que se trata de un barrio en situación de extrema pobreza y que la casa no cuenta con lujos que pueda suponer que la actividad pudiera ser destinada a otras cosa que no sea la de satisfacer las necesidades básicas del acusado y su familia.

Señaló la defensa que la droga no era exclusivamente para la venta, ya que parte de ella era para el consumo, lo que se desprende del testimonio de los policías y de su representado, que indica que parte de ella la consumía él y otras personas que habitan dicho domicilio, habiéndose acreditado que existían otros sujetos en ese domicilio que vendían, colaboraban o realizaban ventas de la misma droga en pequeñas cantidades, tal como se probó con la sentencia que se acompañó como prueba nueva, en la cual se condenó a Cristina Arancibia por portar y poseer droga en el mismo domicilio.

Finalmente los criterios objetivos para determinar si es o no una pequeña cantidad de droga, la da el peso y pureza de la misma, y los 97 gramos equivalen aproximadamente al peso de una cajetilla de cigarros, lo que revelaría que el paquete no podría contener más que una pequeña cantidad de droga, añadiendo que por otro lado la pureza de la droga de un 33%, equivale a que de cada gramo solo contendría 0,33 miligramos de cocaína base, por lo que no cabría otra cosa sino concluir que lo incautado es una pequeña cantidad, y que no presenta un importante grado de peligrosidad para la salud pública.

En relación a la libreta de ahorro de su representado señala que no es una prueba que haya sido rendida y que pueda ser tenida por establecida y que respecto a los $129.000, indica que su representado declaró que efectivamente tenía una cantidad de dinero, pero que esta era de $50.000, y no lo señalado por la policía, sin que exista prueba que establezca la relación entre un depósito y otro.

Impetra, finalmente, se le aplique la pena de 541 días de presidio menor en su grado mínimo y se le otorgue el beneficio de la reclusión nocturna, petición que será rechazada en virtud de lo concluido en el apartado sexto de este fallo.

UNDÉCIMO: Que el tribunal desestimará las alegaciones de la defensa. En primer lugar, en relación a la calificación jurídica que ha atribuido la decisión de mayoría al ilícito, en orden a no considerar los hechos acreditados como susceptibles de ser sancionados como microtráfico según impetró la defensa, se debe únicamente a que la cantidad neta de 97,48 gramos de pasta base destinada claramente al tráfico ilícito de la misma, y susceptible de confeccionar con ella más de 400 dosis de 0,2 gramos de la citada droga, no puede considerarse como una cantidad menor de estupefacientes. La discusión si el paquete que la contenía medía más o menos centímetros de volumen, no deja de ser bizantina, toda vez que lo determinante en realidad, es la cantidad de droga almacenada en el mismo y el destino que se le otorgue.

Tampoco tiene sustento fáctico ni jurídico alguno la argumentación consistente en que parte de esa droga también estaba destinada al consumo del encartado y al de los demás miembros de su grupo familiar, tal como su conviviente Carolina y su cuñada Cristina. Tales asertos constituyen meras conjeturas, por cuanto sus calidades de consumidores no fueron acreditadas por medio probatorio alguno en el juicio. El propio encartado manifestó en estrados que no concurrió al Instituto Médico Legal a practicarse pericia alguna en tal sentido y reconoció que al fiscal no le mencionó que era consumidor, señalando que esta versión solamente la manifestó en la audiencia de juicio oral. No basta decir que se es consumidor para ser considerado como tal.

Resulta evidente que, -tal como lo ha hecho el encartado-, siempre podrá argumentarse

que el consumo es de carácter personal y exclusivo, independientemente de la cantidad de droga encontrada, pero el legislador en forma copulativa exige para que la conducta típica no resulte punible, -en el caso del consumo-, que además, este sea próximo en el tiempo, condición que no se cumple en la especie, por cuanto no es razonable estimar que la cantidad de pasta base decomisada y con la cual es posible elaborar más de cuatrocientas dosis o "monos" de la misma sustancia ilícita, haya estado en poder del encartado para ser consumidos en forma próxima o inmediata.

Que, el legislador no definió que debe entenderse por "pequeñas cantidades" de las drogas a que alude, de tal modo que ha dejado al criterio de los jueces en cada caso concreto tal calificación, y que para la decisión de mayoría en el caso sublite los 97,48 gramos netos de pasta base de cocaína, que según las máximas de la experiencia de los policías de la Brigada Antinarcóticos de La Serena, -claramente dentro de la experiencia común o del conocimiento colectivo que existe sobre una determinada materia de estos policías-, permite la elaboración de más de cuatrocientos "monos" de la misma droga, y por ende, posibilitando llegar a un gran número de consumidores, la cual se evidenció que estaba en condiciones de ser dosificada dado el hallazgo de un colador y una cuchara de té, ambos con restos de pasta base de cocaína como lo determinó la prueba de campo respectiva, y la existencia de un cuaderno con hojas de papel cuadriculado que generalmente es utilizado para la confección de los denominados "monos".

De este modo, no es posible para los jueces de mayoría soslayar la grave peligrosidad o riesgo potencial que para la salud pública reviste la cantidad incautada de dicha droga. Tal como lo ha reiterado la Excma. Corte Suprema, tomándose como base la historia fidedigna del establecimiento de la ley 20.000, son los jueces los que deben calificar según su criterio cuando se está en presencia de tráfico o microtráfico, teniendo en consideración los aspectos de hecho y circunstancias de cada ilícito, habida consideración de la cantidad, calidad o tipo de droga, y las sumas de dinero involucradas en su transacción. (G.Jdca., año 2005, pág., 240, Agosto, n° 302, rol 2.592 de la Excma. Corte Suprema., y rol 5853-05 de la Excma. Corte Suprema recaída en RUC n° 0400349138-8 del TJOP de Los Andes).

Resulta evidente para la decisión de mayoría que la actividad desplegada por el encartado se encuadra derechamente en la actividad de tráfico ilícito de estupefacientes, -y no de microtráfico como arguye su defensa-, el hecho de encontrarse una importante cantidad de dinero en efectivo en el inmueble del encartado - $124.900- y una libreta de ahorros del mismo acusado con un saldo superior a los $800.000, en circunstancias que el mismo imputado señaló que carecía de trabajo remunerado, lo que fue corroborado por la asistente social Paola Zúñiga que depuso por su parte. Si bien la fiscalía no acompañó materialmente la libreta de ahorro en cuestión, el saldo aludido fue observado por los funcionarios policiales que depusieron en la audiencia, quienes declararon circunstanciadamente sobre los hechos, resultando absolutamente creíbles para estos sentenciadores, toda vez que no existe motivo alguno para dudar de sus asertos. Por lo demás, ello es corroborado por el propio encausado Varela Pizarro al reconocer en estrados que efectivamente tenía una libreta de ahorros del BancoEstado pero sólo por la suma de $ 700.000, dinero que justificó por que le administraba la pensión de $80.000 que percibía su padre, quien padece del mal de Parkinson, versión de ahorro que resulta pueril, si tal como lo señala la asistente social en su informe, el padre de éste padece de la enfermedad ya dicha, la que explicó le generaría una serie de gastos y la imposibilidad de trabajar, por lo que difícilmente una pensión de $80.000 -según dicho del propio acusado- permitiría un ahorro de la magnitud del saldo encontrado en la libreta en cuestión, y considerando, además, la situación de cesantía que padecía el acusado. Por ello, resulta de toda lógica colegir que dicha suma de dinero en una libreta de ahorro no tiene otro origen que el tráfico ilícito de drogas, y que habiéndole reportado al encausado una importante suma de dinero, es dable inferir que dicho beneficio económico traducido en su conjunto en casi un millón de pesos($1.000.000) no puede provenir de una actividad menor de tráfico

ilícito, para un sujeto que reconoce carecer de trabajo. Tal como lo ha resuelto la Excma.Corte Suprema, "el tráfico es un ilícito generalmente reconocido como delito de peligro para la salud pública, y que del sentido natural y obvio del verbo "traficar" debe concluirse que consiste en "difundir" o "distribuir" la droga entre los integrantes del grupo social, sea oneroso o gratuito", distribución onerosa en la que a todas luces ha incurrido el encartado. (G.Jdca., año 2005, Novbre.,n° 305.,pág.,175.) El Mensaje Nº 232-241 de 2.12.1999, que acompañó al texto sometido al Congreso, señaló que la necesidad de esta reforma estaría basada en el llamado microtráfico, el que no se encontraría tratado en forma adecuada en la ley Nº 19.366, pues en dicha ley las penas aparecerían "desproporcionadas cuando se deben aplicar por igual a quienes trafican con pequeñas cantidades de drogas, como a aquellos que en forma organizada y transnacional producen o comercializan grandes volúmenes o drogas aún más peligrosas, como el LSD o la heroína, utilizando además variados medios y recursos, traspasando las fronteras, corrompiendo funcionarios públicos y en algunos casos ejerciendo violencia para lograr sus propósitos"; agregando el Mensaje que: "muchas veces esta desproporción, tratándose de personas de escasos recursos, sin antecedentes de actividades delictivas anteriores, a veces de avanzada edad, ha derivado, como quedó establecido en los informes antes referidos, en la no aplicación de castigo".

Así, el legislador incorporó una circunstancia diferenciadora del tráfico ilícito de estupefacientes en sentido amplio, a saber, la pequeña cantidad de la sustancia traficada, aspecto que la Excma. Corte Suprema ha resuelto en una serie de últimos fallos que la calificación de que ha de entenderse en cada caso concreto por pequeña cantidad, queda entregado a la prudencia del tribunal de fondo, como se ha hecho en el caso sublite por la mayoría de este tribunal, teniendo para ello en consideración esencialmente las argumentaciones ya anotadas.

Podría darse el caso que un traficante comercialice ingentes cantidades de droga al menudeo en su barrio, a numerosos clientes, entregándoles la sustancia ilícita en pequeñas porciones, conducta a la que no podría atribuírsele jamás la calidad de tráfico ilícito de drogas en sentido amplio, teniendo siempre su actividad únicamente la calidad de microtráfico, ya que el último interviniente en la cadena de distribución se proveía de una pequeña cantidad, lo cual por cierto no puede ser el criterio perseguido por el legislador al establecer la norma del artículo 4° de la ley 20.000.

La jurisprudencia de nuestro más alto tribunal ha señalado que respecto a la razón de ser del concepto pequeñas cantidades utilizado en el artículo 4° de la ya tantas veces citada ley 20.000, el propósito del legislador fue someter a una pena más benévola aquellos casos en que el tráfico realizado por el sujeto era tan reducido que el peligro creado para la salud del grupo social resulta insignificante, a causa de lo cual, muchas veces, la jurisprudencia tendía incluso a absolver, a fin de evitar excesos de punibilidad, asilándose a menudo en la idea de que versaban sobre cantidades susceptibles de ser destinadas al "consumo personal y próximo en el tiempo".(Excma.Corte Suprema, causa rol 2005-05 sobre sentencia dictada por TJOP de Temuco).

En este sentido, como lo ha resuelto el tribunal de mayoría, no puede argüirse en forma seria que una cantidad de droga cercana a los 100 gramos, a saber, 97,48 gramos neto, y susceptible de confeccionar la nada despreciable cantidad aproximada de 400 dosis o "monos" de pasta base de cocaína, sin perjuicio de su grado de pureza, no constituya aquello un peligro real y serio para la salud de un determinado grupo social.

La defensa sostiene que tratándose de un bajo grado de pureza de la droga decomisada en estos hechos, a saber, un 33%, y que por ende cada gramo que se venda, presentaría sólo un 0,33% miligramos de droga, implicaría que la droga aludida no presenta un importante grado de peligrosidad para la salud pública, argumentación que resulta errada, toda vez que efectivamente sí produce peligrosidad y daño para la salud pública.

Bien, si de números se trata, baste considerar que si de aproximadamente 97,48 gramos de pasta base de cocaína decomisada, a un 33% de pureza y teniendo presente que una dosis o "mono" por lo general se confecciona con un pro-

medio de 0,25 gramos de la droga, cada "mono" o papelillo vendido contendría 0,083 gramos (g), lo que equivale a 83 milígramos (mg) de cocaína base por papelillo o "mono".

Estudios internacionales son claros al señalar como Dosis Tóxica: 30 miligramos por mucosa o vía parenteral, es decir, los 83 milígramos de cocaína base contenidas en un "mono" constituyen una dosis tóxica al ser utilizado en la mucosa nasal y/o pulmonar. ("Muertes relacionadas con cocaina en Costa Rica durante 1996. Med. leg. Costa Rica, set. 1999, vol.16, no.1-2").

Por otro lado, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de España utiliza en el año 2004 un cuadro que señala las "dosis mínimas psicoactivas" elaborado por su Gabinete Técnico a partir de un informe del Instituto Nacional de Toxicología (INT). ("Legislación y Jurisprudencia bosch-online.net")

SUSTANCIA TÓXICA	HEROÍNA	COCAINA	ASÍS	LSD	MDMA* (Extasis)	MORFINA
DOSIS PSICOATIVA	0,66 mg ó 0,00066 gr	50 mg ó 0,05 gr	10 mg ó 0,01 gr	20 mg ó 0,000005 gr	20 mg ó 0,02 gr	2 mg ó 0,002 gr

La dosis mínima psicoactiva indica la cantidad mínima de una sustancia química, de origen natural o sintético, que tiene efecto en el organismo.

El cuadro es muy orientador, aunque no señale diferenciación de las vías de administración, siendo la absorción por la vía parenteral (inyectable) y las mucosas muy superior a las otras vías (ej. Gástrica)

Es decir, los 83 mg de cocaína base por dosis o "mono", contienen claramente una dosis que afecta la salud de las personas y constituye un problema de salud pública de la población. Se debe tener en cuenta que la cantidad incautada admite confeccionar cerca de cuatrocientas dosis o "monos", que pueden permitir el inicio en la adicción de un grupo importante de personas, las que pueden adquirir eventualmente una dependencia psíquica característica de este tipo de droga. La iniciación en el consumo, con sus perniciosos efectos a corto, mediano y largo plazo, se produce habitualmente a través del consumo inicial de pequeñas cantidades de drogas, de modo que los consumidores no habituados se inician precisamente con dosis de escaso efecto, que terminan produciendo adicción.

En definitiva, es un hecho acreditado que la sustancia decomisada no es una pequeña cantidad y el porcentaje de cocaína base de cada dosis sí representa un peligro para la salud de las personas, por tanto la droga decomisada claramente constituye un peligro para la salud pública.

Y por ultimo, lo que el legislador sanciona es, entre otros, la posesión de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, describiéndolas en el Reglamento respectivo, y señalando entre éstas a la cocaína, sin efectuar distinción alguna en cuanto a su grado de pureza.

Por otro lado, según la defensa, la consideración de la situación socioeconómica del encartado y de su grupo familiar, habitando un inmueble de material mixto y con equipamiento básico e inmerso en un barrio de extrema pobreza, según lo habría constatado la asistente social Paola Zúñiga, implicaría que la actividad del encausado estaba dirigida solamente a satisfacer sus necesidades básicas, reafirmando la idea de microtráfico, argumentación que se rechazará habida consideración las sumas de dineros, cercanas al $1.000.000, que se probó poseía el en-

causado tanto en efectivo como en saldo ahorrado en una libreta del BancoEstado, y sin que probase en forma idónea el origen de dichas sumas, que escapan a una simple actividad de microtráfico.

En otro aspecto, el que existiesen otras personas en el domicilio, las que también habrían colaborado en la venta de pequeñas cantidades de drogas, resultando incluso su cuñada Cristina Arancibia condenada por microtráfico por este mismo tribunal, al ser sorprendida en el mismo domicilio del acusado por poseer 14,5 gramos de pasta base de cocaína, en nada obsta a la decisión y convicción de mayoría del tribunal, toda vez que lo probado en el juicio es que el encartado fue sorprendido poseyendo la cantidad de 97,48 gramos de pasta base de cocaína, sin que éste a su vez acreditara las circunstancias exculpatorias que la ley exige.

DUODÉCIMO: Que el extracto penal del imputado, Ordinario n° 144 del Director del Servicio de Impuestos Internos, Ordinario n° 2054 del Instituto de Normalización Provisional, Ordinario n° 1593 de la Superintendencia de Banco e Instituciones Financieras y copia de sentencia de la causa ruc n° 0300180807-9 del juzgado de garantía de Coquimbo incorporados por la fiscalía en la audiencia, en nada obstan a la convicción y conclusión condenatoria ya arribada por el Tribunal.

DÉCIMO TERCERO: Que siendo la pena asignada al delito de tráfico ilícito de estupefacientes que se ha tenido por configurado en contra del acusado, la de presidio mayor en sus grados mínimo a medio, sin que existan circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal que analizar, el tribunal al momento de determinar el quantum de la pena, podrá recorrer ésta en toda su extensión.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 1, 14, 15, 21, 24, 28, 50, 68, 76 del Código Penal; 295, 296, 297, 340, 341, 342, 344 y 348 del Código Procesal Penal; y artículos 3° en relación con el inciso 1° del artículo 1°, 45 y 46 de la ley 20.000, se resuelve:

I.- Que se **CONDENA** a **CARLOS MAURICIO VARELA PIZARRO**, ya individualizado, a la pena de **cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo**, y a la pena accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y al pago de las costas de la causa, como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, perpetrado en la ciudad de Coquimbo, alrededor de las 13:40 horas del día 11 de mayo del año 2005.

II.- Que se condena al sentenciado referido, además, al pago de una multa de **CUARENTA UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES**. Si el condenado Varela Pizarro no pagare la multa impuesta sufrirá por vía de sustitución, la pena de reclusión, regulándose un día por cada media unidad tributaria mensual, sin que ella pueda exceder de seis meses.

III.- Que no reuniéndose los requisitos legales, no se concederá al sentenciado Varela Pizarro, ninguno de los beneficios de la ley 18.216, por lo que deberán cumplir real y efectivamente la pena corporal que le ha sido impuesta, sirviéndole de abono los 136 días (ciento treinta y seis) que ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad en esta causa, a saber, desde el 14 de enero de 2006 a la fecha, según consta del auto de apertura.

IV.- Que se decreta el comiso de la suma de $124.900 del deposito a plazo renovable reajustable del BancoEstado, de fecha 26 de mayo de 2005 y reajustes correspondientes, la que será puesta a disposición del Ministerio del Interior para los fines del artículo 46 de la Ley 20.000.

V.- Hágase devolución a la fiscalía y defensoría de los documentos y medio de prueba material acompañados, en su oportunidad.

VII.- Una vez ejecutoriado este fallo, remítanse los antecedentes pertinentes al Juzgado de Garantía correspondiente para los efectos del cumplimiento de esta sentencia.

Con la **prevención del juez Sr. Espinosa**, quien estuvo por calificar los hechos materia de la acusación, como constitutivos del delito de tráfico del artículo 4° de la Ley 20.000, también conocido como microtráfico y, por ende, castigar al sentenciado con las penas asignadas

a este tipo penal, en base a las siguientes consideraciones:

1° Que la citada disposición al describir las conductas en que hace constituir este ilícito, señala que se castigarán con las penas que allí indica -por cierto, sustancialmente inferiores a las del tráfico de drogas del artículo 3°-, al que, "sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero y segundo del artículo 1°";

2° Que no cabe duda, y así se lee en la historia fidedigna de la ley, que dicha figura típica se creo precisamente para contemplar todas aquellas situaciones de tráficos menores de estas sustancias que en la Ley 19.366 quedaban comprendidas en una única figura de tráfico y, por tanto, sancionadas de igual manera con unas penas que si bien podían aparecer proporcionales a una actividad de tráfico de importantes cantidades de drogas, ejercida por los grandes traficantes, muchas veces organizados en bandas y carteles de alcance trasnacional, con grandes ingresos provenientes de este tráfico, dejaban de serlo y, por el contrario, se tornaban draconianas y en un castigo injusto cuando recaían en el tráfico al menudeo de pequeñas cantidades de estas sustancias las que, además, las más de las veces se vendían mezcladas con otras que no tenían el carácter de sustancias ilícitas, haciendo perder la pureza y potencial peligro de aquéllas;

3° Que, entonces, la Ley 20.000 ha través de las dos figuras de tráfico de sustancias ilícitas que estableció en sus artículos 3° y 4° vino a obligar a los jueces a distinguir entre el tráfico de drogas de pequeñas cantidades y el tráfico de cantidades no pequeñas de éstas, para lo cual éstos deberán interpretar en forma juiciosa y de acuerdo a la experiencia acumulada que se tiene sobre las diferentes formas que ha tomado la actividad de traficar estas sustancias ilícitas en nuestro país, lo que corresponde entender por trafico de pequeñas cantidades de tales sustancias;

4° Que en la especie, y sin entrar al análisis de los diferentes criterios que se han ido elaborando para definir estos términos por la jurisprudencia nacional, entre los que se pueden citar la comercialización en las etapas finales de la cadena de distribución de la droga, el grado de dosificación de ésta en relación al consumidor final, la utilización de elementos que sólo permiten presumir una actividad de comercialización a escala muy menor, etc., lo cierto es que la pura cantidad de droga, con prescindencia de otros factores, no deja de ser un elemento decidor para resolver, desde que se tiene el conocimiento práctico, dado por la experiencia, de los volúmenes de droga que se pueden comercializar ilícitamente mediante las diferentes formas de tráfico;

5° Que así, 97,48 gramos netos de pasta base de cocaína, con una pureza de 33%, encontrados al acusado Carlos Mauricio Varela Pizarro, en un único contenedor cuyas dimensiones se apreciaron en la audiencia de un muy reducido tamaño (9 x 11 centímetros), unido a un cuaderno de color rojo con papel cortado y a un colador casero con restos de pasta base, elementos éstos que si bien no se acompañaron como evidencia material por el Ministerio Público, sí fueron introducidas en las declaraciones de los funcionarios policiales que depusieron en el juicio, y, finalmente, la única suma de dinero incautada ($124.900) como presumiblemente derivada del delito, no pueden sino obligar a considerar que el tráfico de drogas prohibidas ejercido por el acusado, y en consecuencia el delito que perpetró, fue de tráfico de pequeñas cantidades, en rigor, técnicamente, de 32,16 gramos de pasta base de cocaína, que es el porcentaje de dicha sustancia contenida en los 97,48 gramos que portaba, en razón de su grado de pureza ya explicitado.

Corrobora lo expuesto, la circunstancia de que tampoco se acreditó por el órgano persecutor que la exigua cantidad de sustancia ilícita encontrada formara parte de otra mayor ya traficada por el acusado o que era objeto de otras actividades de tráfico que por encargo suyo desarrollaban otros terceros. Por el contrario, la situación socioeconómica del acusado y su grupo familiar, del todo esmirriada y carente de recursos, según atestiguara la asistente social Paola Zúñiga Bernardo de Quiros Huerta, y la documental consistente en copia de la sentencia RUC N°

0500028219-9, Rol interno del Tribuna Oral en lo Penal de La Serena N° 149-2005, de fecha 6 de mayo de 2006, acompañada por la defensa del encartado, por la que se acreditó que en el mismo domicilio de Duble Almeida N° 55 de la Parte Alta de Coquimbo, el 20 de enero de 2005, otra residente fue condenada por un tráfico de 14,5 gramos neto de pasta base de cocaína con una pureza de 62%, se debe también concluir que si era cierto que tenían lugar otras actividades de tráfico por parte de los demás moradores de este lugar, y por tanto todas ellas vinculadas entre sí, como argumentó la fiscalía y también algunos de los policías que testificaron en la audiencia, éstas seguían constituyendo un tráfico menor, esto es, un tráfico de pequeñas cantidades de drogas, como exige la norma del artículo 4°, por lo que no quedaba sino configurar típicamente los hechos de acuerdo a la figura que se viene promoviendo por esta prevención; y

6° Finalmente, que de aceptarse que la cantidad de droga encontrada en poder del acusado constituye el delito de tráfico del artículo 3° de la Ley 20.000, como se concluye en el fallo, se deberá aceptar, entonces que su conducta tiene el mismo disvalor que la del que trafica grandes volúmenes de drogas, se vale de diferentes medios para su producción y procede a su comercialización en gran escala y, por último, y esto es lo más grave, habrá que aceptar, además, que la figura del artículo 4° de la citada ley quedará circunscrita en su aplicación a casos esporádicos de sujetos que sólo eventualmente puedan traficar y en cantidades de tan escasa significación que la salud pública siquiera se pueda ver afectada, como podría ser la de un consumidor que se ve en la necesidad de vender parte de las pequeñas dosis que adquiere para su consumo personal, a fin de poder financiar su vicio.

Nada más lejos, todo esto, de la intención del legislador.

Por otro lado, también fue de parecer este juez de no condenar en costas al acusado, por encontrarse patrocinado por la Defensoría Penal Pública, institución destinada por ley a prestar asistencia judicial gratuita, por lo que sus representados gozan de privilegio de pobreza y se encuentran exentos de este tipo de condenas, según se deriva de una interpretación armónica que debe hacerse de los artículos 600 del Código Orgánico de Tribunales y 36 de la Ley 19.718, que creó la Defensoría Penal Pública.

Redactada por el Juez Jaime Vicente Meza Sáez y la prevención por su autor.

Rol n° 46-2006.-

DICTADA POR LOS JUECES DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE LA CIUDAD DE LA SERENA, JORGE PIZARRO ASTUDILLO, JUAN CARLOS ESPINOSA ROJAS Y JAIME VICENTE MEZA SAEZ.

- **Declara que la agravante especial del artículo 456 bis Nº 3 del Código Penal se fundamenta en la sola pluralidad de los actores.**

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

Resumen:

El Ministerio Público acusó a los imputados como autores del delito de robo con fuerza en lugar habitado en grado de frustrado, alegando la concurrencia de las agravantes de los artículos 12 Nº 16 y 456 bis Nº 3 del Código Penal. La Defensa solicitó la absolución aduciendo una falta de prueba suficiente que acreditara la participación de los acusados. El Tribunal condenó por el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, desechando los argumentos de la Defensa al considerar que la prueba rendida, resultado de la investigación realizada, resultaba suficiente para tener por acreditada la participación directa de los acusados en el ilícito denunciado. Respecto de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal alegadas por la Fiscalía, rechazó la agravante del artículo 12 Nº 16 del Código Penal por aplicación del artículo 104 del mismo código, porque las condenas que hubieren podido dar lugar a su reconocimiento fueron dictadas más de 5 años antes de la comisión del delito actualmente investigado. En cambio sí acogió la agravante del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, porque se demostró que en el ilícito actuaron dos malhechores, cumpliendo tal pluralidad con el sentido y fundamento de la norma correspondiente.

Texto completo:

Coyhaique, uno de junio de de dos mil seis.

VISTOS:

Que durante los días 25 a 27 de mayo de 2006, en la sala Única del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique, integrado por los Jueces Titulares don PEDRO ALEJANDRO CASTRO ESPINOZA, quien presidió, y don SERGIO GUSTAVO VÁSQUEZ PARRA; y por el Juez Titular del Juzgado de Letras, Garantía y Familia de Puerto Cisnes don MARCOS ANTONIO SOTO LECAROS, quien subroga legalmente, se celebró la audiencia de juicio oral en la causa RUC 0500515182-3, RIT 26-2006, seguida por robo con fuerza en las cosas en lugar habitado contra ARMANDO SERGIO CARDENAS CARRASCO, apodado "Mandy", cédula de identidad 15.074.138-6, natural de El Almendral, de 24 años de edad, soltero, obrero, domiciliado en Los Troperos 679, Población Cerro Negro, de esta ciudad; y JUAN CARLOS ALON MUÑOZ, cédula de identidad 16.101.508-3, nacido en Coyhaique, de 23 años de edad, soltero, trabajador de mueblería y carpintería, domiciliado en El Ovejero 619, también de esta ciudad.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público representado por el Fiscal don MIGUEL ANGEL RIQUELME CORTÉS, con domicilio en Moraleda 448, primer piso, Coyhaique, lo que hizo al tenor del auto de apertura de 21 de abril de 2006, dictado por don MARIO ENRIQUE DEVAUD OJEDA, Juez Titular del Juzgado de Garantía de Coyhaique.

La defensa conjunta de los encausados estuvo a cargo de los abogados de la Defensoría Penal Pública don ENRIQUE ANTONIO VELASQUEZ TRUJILLO y doña XIMENA CORINA GUTIERREZ JARAMILLO, domiciliados en calle Freire 274, Coyhaique.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que **el Ministerio Público acusó** a Armando Sergio Cárdenas Carrasco y Juan Carlos Alon Muñoz expresando que "el día 17 de octubre del año 2005, alrededor de las 22.00 horas, los imputados, ya individualizados, concurrieron al domicilio ubicado en calle Valle Co-

lonia 3213, de esta ciudad, de propiedad de don Rubén Omar Jaramillo Alvares. Una vez en el lugar, quebraron el vidrio de una ventana del inmueble ingresando a éste por la misma vía. Desde el interior de la casa habitación procedieron a apropiarse de diversas especies muebles, correspondientes a un dvd marca Apex, un televisor de 14 pulgadas color negro, un polerón color rojo y negro, un pantalón de tela, una mochila marca Donnay, un par de zapatos color café, un bolso color verde con doce camisas en su interior, tres estuches porta cd con 48 discos compactos cada uno en su interior, y una bolsa plástica color blanco con ropa interior, para posteriormente huir del lugar, siendo sorprendidos y aprehendidos por carabineros en los precisos instantes que salían de la propiedad en dirección a la calle portando las especies sustraídas"

Los hechos descritos configuran, según el acusador, el delito consumado de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado previsto en el artículo 432 en relación al artículo 440 N° 1 y sancionado en el inciso primero de este último artículo, ambos del Código Penal.

Atribuye a los acusados la calidad de autores, ejecutores directo, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 Nº 1 del Código Penal.

Señala el Ministerio Público que respecto de ambos acusados concurre la agravante del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal; y respecto de Cárdenas Carrasco, además la del artículo 12 N° 16 del citado cuerpo.

Atendido lo expuesto, circunstancias de comisión del hecho y personales de los imputados, solicita se sancione a Cárdenas Carrasco con la pena de 10 años y 1 día de presidio mayor en su grado medio y al acusado Alon Muñoz la de 8 años de presidio mayor en su grado mínimo; en ambos casos con sus accesorias legales y costas del proceso.

SEGUNDO: En el alegato de apertura, el Ministerio Público sostuvo la acusación en iguales términos señalando que en este delito se produjo un evidente peligro -en una figura penal que se relaciona con una pluralidad de bienes jurídicos protegidos- al ingresar los imputados a la casa habitación mientras en ella dormían dos menores de edad, en ausencia temporal de su padre, quienes por suerte no despertaron. El delito es flagrante; ambos fueron sorprendidos por carabineros con las cosas que sustraían en las manos. La víctima reconoció como suyas tales especies, incluso un polerón que uno de ellos ya vestía. Se trata de un lugar habitado. El delito debe sancionarse como consumado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 450 inciso primero del Código Penal. Se acreditará la agravante de reincidencia específica, que pena a quienes se van especializando en un tipo delictual.

En la clausura, expresó haber cumplido su propósito porque se probó el delito, que llegó a su etapa de frustrado y que, conforme a la normativa penal, debe sancionarse como consumado, destacando el evidente peligro en que se puso a los moradores. En cuanto a la participación, se encuentra igualmente establecida; incluso el taxista que depuso por los imputados los sitúa también en el sector del ilícito.

En la réplica mantuvo su petición señalando que no hay discordancias en la prueba rendida y que, por el contrario, conforme a las antecedentes de urgencia hospitalaria, los imputados no presentaron lesiones ni ebriedad; como así también que no es racional concluir que carabineros y otro servicio, como el médico, estuvieran en el mismo plan de inculpar a los imputados únicamente por tener prontuario anterior.

TERCERO: Que, por su parte, la **Defensa de los acusados** sostuvo en el alegato de apertura que deberá absolvérseles, porque no se acreditará su participación en el delito. Es fácil imputarles el delito por el sólo hecho de estar prontuariados, más aún si lo están por un delito similar. No se discutirá que allí probablemente se cometió un robo, pero la prueba de la participación no superará el estándar que exige el artículo 340 del Código Procesal Penal. La prueba del Ministerio Público será escueta en cantidad y contenido. Hay yerros desde los inicios. Carabineros nunca fue alertado por un vecino. No hay denunciante. Fernanda Gutiérrez, señalada como tal, nunca fue habida. No se sabe entonces quién denunció. Se señala que hay dos sujetos que entran, sin ninguna descripción. Carabineros dirá que salían, pero no por dónde entraron. Dirá que

en el bolsillo de una de las personas había vidrios, pero nunca se les cotejó con los de la ventana fracturada. La ventana abre hacia arriba, ¿cuántos grados? Y por allí se dice que sacaron un televisor de 24 pulgadas, ¿cómo lo hicieron?, ¿entró uno, o los dos? Los peritos no encontraron huella. No hay testigos presenciales; la víctima no vio a los aprehendidos. No se levantaron evidencias; ni dentro ni fuera se encontró algún elemento para romper la ventana; tampoco los imputados portaban alguno. En la casa dicen que se rompió un vidrio con un elemento contundente, y sin embargo los niños no despertaron. No es bastante la veracidad que se pueda atribuir sólo a los policías. La Defensa acreditará que los imputados fueron dejados en un local por un colectivero, detrás venía una patrulla. Los dos habían estado detenidos por ebriedad a las 17 horas; y una hora después de quedar libres habrían cometido el delito. Son muchas dudas que deben ser superadas para acreditar la participación. Respecto de la eventual agravante del artículo 456 bis N° 3, no basta el sólo número de malhechores sino el disvalor o la indefensión efectivamente originada, caso a caso, en la pluralidad de los partícipes.

En la clausura afirmó que las dudas respecto de la participación aumentaron. Hay testigos contestes en situaciones que no son verdaderas, como en las referidas a la ausencia de ebriedad y hálito alcohólico en los imputados, o en que se encontraban sin lesiones, contrariando lo manifestado por el taxista que depuso en el juicio -quien los dejó en las cercanías y ebrios, advirtiéndoles incluso de la presencia policial- o el informe del ingreso carcelario, que se refirió a claras lesiones de uno de ellos. Los imputados estaban ebrios y en esas condiciones habrían cargado especies de considerable volumen y cuantía. Llama también la atención la ausencia de testigos, si se considera que la casa contigua no estaba a más de 1,5 metros de distancia; un registro a luces encendidas, dos patrulleras con balizas encendidas. Las maniobras de los imputados debieron ejecutarse con extrema rapidez, pese al estado de ebriedad, según los tiempos reportados entre el aviso y el arribo policial. Igualmente, la prueba es contradictoria respecto del polerón que supuestamente vestía uno de los imputados al ser aprehendido, porque carabineros dijo que todo lo recuperado estaba en las bolsas abandonadas en el pasillo. Entonces, el mérito de veracidad se ha resentido. En cuanto al ingreso a través de la ventana fracturada, de apertura estrecha según sus características, no hay signos en las manos ni ropas de los imputados que pudieran dar cuenta de esa maniobra, aún más si el borde inferior de la ventana todavía tenía vidrios; tampoco hay huellas de calzado, si se considera que el exterior era en parte ripio, ni tampoco hay huellas de tierra sobre el cartón que por dentro de la casa contiene trozos de vidrios. Menos aún hubo algún ejercicio práctico que demostrara la posibilidad de ingresar por tan estrecho espacio. No se le levantaron evidencias, y no hay constancia cierta que los vidrios que se dice habidos en lo bolsillos de uno de ellos provengan de esa ventana, porque no hubo pericia al respecto. Entonces, ha sido fácil imputar el delito a personas que tienen antecedentes penales. Como conclusión, han faltado antecedentes para formar convicción sobre la participación y, consecuentemente, debe ser declarada la absolución

En la réplica ratificó sus alegaciones de clausura destacando lo raro que ha resultado que no se les encontrara con lesiones provenientes de algún vidrio; no se estableció tampoco que la puerta trasera se abriera desde el interior, no hay fotos, ni nada dijo el perito planimétrico.

CUARTO: Que, al tenor de lo mencionado en el apartado Tercero del auto de apertura de este juicio oral, los intervinientes no dieron por acreditado hecho alguno, por la vía de las **convenciones probatorias** a que alude el artículo 275 del Código Procesal Penal.

QUINTO: Que el acusado Armando Sergio Cárdenas Carrasco se abstuvo de prestar declaración, manifestando sólo, previo al cierre del debate, estar de acuerdo con lo expresado en juicio por su abogada. El acusado Juan Carlos Alon Muñoz, por su parte, optó por no hacerse oir en el juicio.

SEXTO: Que, al tenor de las probanzas producidas en juicio, las que han sido apreciadas según lo dispuesto en los artículos 295 y 297 del

Código Procesal Penal, estos sentenciadores dan por acreditado, al punto de haberse formado legal y plena convicción, más allá de toda duda razonable, acerca de la existencia de los siguientes hechos:

a) que en la noche del 17 de octubre de 2005, aproximadamente a las 22 horas, dos sujetos fueron sorprendidos por funcionarios de Carabineros en los momentos en que salían hacia la vía pública desde el inmueble situado en calle Valle Colonia 3213, de esta ciudad, de Rubén Omar Jaramillo Alvarez, con especies de su propiedad y que provenían de la casa habitación, en cuyo dormitorio del segundo piso dormían en esos momentos sus dos hijos menores de edad;

b) que, advertida la presencia policial, ambas personas abandonaron en el pasillo lateral parte de las especies que llevaban en tres bolsos, principalmente con contenido de ropas, y se dirigieron al patio trasero, donde también abandonaron un televisor y un equipo DVD, hecho lo cual entraron por la puerta que accede a dicho patio, siendo posteriormente aprehendidos al interior de la casa;

c) que Rubén Omar Jaramillo Alvarez, quien regresó al inmueble al ser avisado de lo que sucedía, reconoció como suyas todas las especies abandonadas por tales sujetos; y

d) que la entrada al inmueble se efectuó a través de la ventana contigua a la puerta principal, que aquél dejó cerrada al salir del domicilio y que ahora se encontraba abierta y fracturada, con vidrios caídos en el living comedor, con motivo de la fuerza empleada para hacer en ella un forado, que permitió maniobrar la manilla interior y abirla; como así también que la puerta trasera del inmueble, que dejó igualmente cerrada, había sido abierta desde el interior para permitir la salida de los sujetos con las especies de que se habían provisto.

Para tal efecto se tuvo presente la siguiente prueba que produjo el Ministerio Público:

Primeramente, un set de 16 FOTOGRAFIAS, cuyo contenido general es el siguiente: 1: fachada de un inmueble de dos pisos; 2: ventana junto a una puerta; 3 y 4: ventana con vidrio fracturado; 5: trozos de vidrio sobre un cartón, en el piso; 6: tres bolsos; 7: un televisor; 8, 9 y 10: en cada foto, un bolso conteniendo especies; 11: un portadiscos; 12: un DVD; 13: un pantalón y una chaqueta polar; 14: un mueble, tipo piso; 15 y 16: un sillón.

El testimonio del ofendido RUBEN OMAR JARAMILLO ALVAREZ, quien dijo que tiene su casa en Valle Colonia 3213, en esta ciudad. El 17 de octubre de 2005, como a las 21 horas, dejó a sus hijos durmiendo en el segundo piso, con todos los accesos cerrados, y salió a llamar a su jefe a través del teléfono de un local comercial, que está como a siete cuadras. Las dos puertas -una, principal; y la otra, trasera- se abren sólo por dentro. Cuando estaba efectuando el llamado, recibió a través del celular una comunicación de carabineros, entre 21 y 21.30 horas, en que le dijeron que habían pillado a unos sujetos robando en su casa. Volvió de inmediato. Carabineros lo llevó atrás y ahí estaba todo lo sustraído, que correspondía a cosas que tenía en su casa: un televisor Daewoo negro, de 14 pulgadas; un DVD Apex, negro; la mayoría era ropa, unos discos compactos. Posteriormente se dio cuenta le faltaba también un polerón rojo, que un Teniente dijo lo vestía uno de los sujetos; le trajo esta especie, y él la reconoció como suya. Se las devolvieron esa misma noche, en su casa; y el polerón, como una hora después. En definitiva, el único daño fue el vidrio quebrado. Los niños no sintieron nada, carabineros los despertó.

La ventana -que se encuentra como a un metro del suelo- estaba abierta, y el vidrio roto; esa ventana se abre hacia fuera; le había puesto huincha en el contorno para evitar entrara el viento. Al salir de su casa, el vidrio estaba sano. Al regresar, la puerta trasera estaba abierta; y él la había dejado cerrada. No vio signos de fuerza en las puertas.

Al exhibírsele las fotografías, reconoció en ellas el frontis de su casa; un pantalón negro, y un polerón que carabineros le devolvió; el DVD, que encontró atrás; los portadiscos, que eran tres; una mochila, con ropas y zapatos; una bolsa blanca, con ropas interiores; un bolso celeste, o verde, con camisas; el televisor, que mantenía en su sala. Reconoció finalmente la ventana a que antes se refirió.

La declaración del Sub Oficial de Carabineros LUIS ALBERTO CORTES HENRIQUEZ, quien dijo que el 17 de octubre de 2005, alrededor de las 22.15 horas, recibió un llamada para concurrir a Valle Colonia 3213, lugar en que había ocurrido un robo y donde había personas adentro del inmueble. Con el teniente Pazo y el Cabo Silva llegaron casi a los tres minutos: al arribar vio a dos sujetos que venían saliendo de la casa por el pasillo lateral hacia la vía pública, con especies en sus manos: uno llevaba un DVD negro y dos bolsos con cosas; el otro, un televisor negro de 14" y una bolsa plástica. Estas personas, al observar su llegada soltaron las cosas a la entrada del pasillo; dejaron atrás los artefacto eléctricos y entraron de nuevo al domicilio por la cocina, en la parte trasera, subiendo luego al segundo piso, presumiblemente para huir por un techo. Cuando llegaron refuerzos, entraron y los redujeron. Después, se comprobó que dos niños dormían en el segundo piso y que la casa estaba desordenada. La vía de ingreso fue la ventana de marco de aluminio, junto a la puerta principal, que se encontraba entreabierta; el vidrio estaba quebrado en la parte inferior, donde va la manilla; había restos de vidrio por dentro, no afuera. La puerta principal estaba cerrada; y la trasera, abierta, ambas sin signos de fuerza. El dueño del inmueble, que en ese momento no se encontraba allí, fue avisado, concurrió de inmediato y reconoció las especies, que acto seguido se le entregaron. Las especies son las que aparecen en las fotografías: un DVD, un televisor, dos bolsos, una bolsa plástica, con ropas, camisas, zapatos, discos compactos. Al allanar a los sujetos, encontraron en la parka de uno de ellos dos trozos de vidrio, de unos 10 centímetros de largo, que estima debían corresponder al vidrio quebrado, aunque sin certeza. Se les leyeron sus derechos y se les llevó al Hospital, encontrándoseles sin lesiones. Tampoco vieron sus ropas desgarradas, ni que portaran elementos contundentes. No estaban ebrios ni les sintió halito alcohólico. Exhibidas las fotografías, reconoció en ellas el inmueble afectado; la ventana violentada; los restos de vidrio al interior; las bolsas, el DVD y el televisor que ya refirió.

La declaración del Carabinero MARCELO ALEJANDRO SILVA PEREZ quien dijo, a su turno, que efectivamente estaba de servicio con el Sub Oficial Cortés y el Teniente Pazo. Coincidió en la fecha y hora del llamado, lugar al que concurrieron, tiempo de demora en llegar y en la presencia de dos sujetos que salían con especies, las que abandonaron en el pasillo de entrada para luego subir al segundo piso, donde dormían dos niños; y señaló también que los detuvieron cuando llegaron refuerzos y aquéllos bajaron al primer nivel. Los electrodomésticos quedaron atrás. Cárdenas tenía unos trozos de vidrio en sus ropas, que eran parecidos a los de la ventana fracturada, aunque no se hizo un cotejo ni se les peritió. La cadena de custodia sólo dice que esos vidrios fueron habidos en Villa Colonia 3213, pero no especifica que fueron encontrados en sus ropas. Una ventana del pasillo estaba fracturada. El dueño reconoció las cosas al regresar al inmueble, después que se le avisó lo que estaba aconteciendo. Cuando llegaron al lugar, la puerta principal estaba cerrada; y la trasera, abierta.

También reconoció en las fotografías el inmueble, la ventana fracturada y las especies habidas. Coincidió, asimismo, en la ausencia de lesiones, rotura de ropas o ebriedad de los detenidos; tampoco se les detectó hálito alcohólico.

Los dichos del Teniente de Carabineros SEBASTIAN IGNACIO PAZO RODWAY, quien concordó con el Sub Oficial Cortés y el Carabinero Silva en cuanto a que fueron llamados en octubre de 2005, próximo a las 22 horas, a constituirse en un domicilio, de casas pareadas, donde había un robo. Al llegar al lugar, a los 4 o 5 minutos, encontraron a dos sujetos que salían de la casa y quienes, al verlos, se retiraron por el pasillo hacia atrás con los electrodomésticos, que luego encontraron en la parte posterior, dejando adelante los bolsos que portaban. Los sujetos entraron a la casa por la puerta trasera y subieron al segundo piso, donde se comprobó que dormían dos niños. Llegados los refuerzos, los aprehendieron dentro de la casa. Estos no estaban ebrios, no recuerda si tenían hálito alcohólico, no tenían lesiones ni sus ropas rasgadas. El dueño fue ubicado, llegó y reconoció las especies -consistentes principalmente en un DVD, un televisor, discos compactos y ropas-, señalando que le faltaba un polerón, que finalmente vieron que uno de

ellos vestía. La ventana, junto a la puerta principal, estaba fracturada. No se levantaron los vidrios, ni tampoco fueron encontrados elementos contundentes para quebrarlo, ni en las ropas de los detenidos ni dentro de la casa. En las fotografías que se le exhibieron, también reconoció la casa; la ventana rota, junto a la puerta principal; los vidrios en el piso, al interior de la casa habitación; las especies en el patio; el televisor, el DVD, las bolsas con ropa; el polerón que unos de ellos vestía. El sitio lo entregó a la Cabo de Carabineros Vera, quien arribó al lugar con el Sargento Santander.

El atestado de la Cabo 1ro. de Carabineros GABRIELA ALEJANDRA VERA VALENZUELA, quien dijo que el 17 de octubre de 2005, aproximadamente a las 22.30 horas, la llamaron para que se constituyera en calle Valle Colonia 3213, donde efectuó una fijación fotográfica. Al llegar, se percató que la ventana contigua a la puerta principal estaba fracturada; y vio también en el pasillo unas bolsas con ropas, las que trasladó al patio posterior para fotografiarlas, porque el pasillo era muy oscuro y en el patio pudo aprovechar la luz de la casa, que salía a través de la puerta trasera. Reconoció las fotografías que se le exhibieron como las que ella tomó y señaló que en ellas aparece el frontis de la casa, que es pareada, la que tiene en el primer piso living, comedor y cocina; la ventana fracturada; vidrios bajo la ventana, por el interior del inmueble, los que se veían recientes porque no tenían rastros de polvo; una bolsa plástica blanca, con ropas, una mochila azul-plomo, conteniendo unos zapatos; un bolso verde, con ropas; un televisor Daewoo negro; un porta discos, con más de 30 de ellos; un DVD Apex negro; un polerón rojo, que la víctima reconoció como suyo y que vestía uno de los sujetos detenidos; una pequeña mesa sobre la cual estaba el televisor; y sillones del living en que habrían estado algunas ropas.

La declaración del Cabo 1ro. de Carabineros RENE OSVALDO GAMBOA MARIN, quien declaró como perito planimétrico al tenor del informe 066-06, de 28 de febrero de 21006, expresando que en esa fecha levantó planos del inmueble de Valle Colonia 3213, de esta ciudad. El de planta, da cuenta de una casa habitación y un patio posterior, al que se accede por un pasillo lateral. La casa era pareada y tenía dos puertas, una principal, por el costado, y una posterior que accedía al patio. Junto a la puerta principal había una ventana, que encontró cerrada; por sus dimensiones -036, x 0,66 metros- permitía el paso de una persona hacia el living comedor. Una elevación de la pared poniente muestra la puerta principal y la ventana ya indicada; esta se encontraba a 1,31 metros del suelo.

Finalmente, el Ministerio Público incorporó al juicio, como otros medios de prueba, DOS TROZOS DE VIDRIO, de aproximadamente 9 centímetros de largo, delgados, con restos de adhesivo tipo silicona; y uno de ellos también con restos de otra clase de adhesivo, por el lado opuesto.

SÉPTIMO: Que las pruebas ya referidas fueron las que dieron sustento a los hechos sustanciales referidos en el motivo Sexto, que precede.

En efecto, los hechos se situaron en horas de la noche del 17 de octubre de 2005 en la casa habitación de Valle Colonia 3213, donde vivía Rubén Omar Jaramillo Alvarez, con dos hijos menores de edad. A este inmueble ingresaron dos sujetos; sus hijos dormían mientras él se había ausentado temporalmente para telefonear a su jefe desde un local próximo.

El ofendido señaló haber recibido aviso del hecho aproximadamente a las 21.30 horas. Sin embargo, los policías afirmaron en que esto aconteció, según sus estimaciones, alrededor de las 22.15 horas, oportunidad en que se constituyeron en el sitio del suceso a virtud de un llamado a la central, que luego les fue retransmitido. Allí aprehendieron a los sujetos, hecho lo cual los trasladaron a Urgencia donde fueron atendidos, según los respectivos comprobantes, a las 22.50 horas, uno; y a las 23.00 horas, el otro. Entonces, la versión de la víctima y de los carabineros ha contenido en esta parte una diferencia que, sin embargo, no ha resultado sustancial y determinante en el suceso. No obstante ella, es posible aceptar como hora más aproximada la que señalaron estos últimos, acorde con el dato hospitalario.

La patrulla policial -integrada por el Teniente Pazo Rodway, Sub Oficial Cortés Henríquez y Carabinero Silva Pérez- estuvo acorde en que, al verles acercarse, los dos sujetos que salían del inmueble retrocedieron, abandonaron los bolsos con ropas sobre el pasillo del inmueble y los electrodomésticos en el patio trasero y, acto seguido, se refugiaron en el interior del mismo, donde fueron finalmente aprehendidos.

En cuanto al lugar en que las cosas que se pretendió sustraer quedaron en definitiva, la cabo Vera Valenzuela corroboró lo expresado en el párrafo que precede al señalar que las especies del pasillo las trasladó ella al patio trasero para el solo efecto de aprovechar la luz del inmueble y poder fotografiarlas, lo que hizo en conjunto con los electrodomésticos que allí encontró, de todo lo cual dieron cuenta las fotografías exhibidas y reconocidas en la audiencia. Al regresar a la casa el ofendido, éste a su vez las encontró en aquel último lugar, reconociéndolas allí como suyas.

Respecto de una de tales especies -un polerón rojo- no ha significado una contradicción trascendente la que se habría originado en los dichos de los funcionarios policiales, por la circunstancia de que no se refirieran a ella ni el Sub Oficial Cortés ni el carabinero Silva. La situación de dicho vestuario quedó superado con el testimonio del ofendido en cuanto éste señaló que, al darse cuenta de su falta, un Teniente le informó que uno de los sujetos aprehendidos la vestía; y con los dichos del mismo Teniente Pazo quien así lo confirmó en la audiencia. A mayor abundamiento, la Cabo Vera Valenzuela refrendó haber fotografiado dicha prenda del ofendido, agregando que la vestía uno de los detenidos.

El ofendido Jaramillo Alvarez, como así también los cuatro policías ya referidos, y además el perito planimétrico René Osvaldo Gamboa Marín, concordaron que el ingreso se produjo a través de la ventana lateral, contigua a la puerta principal, cuyo vidrio había sido fracturado. La fractura quedó de manifiesto con los testimonios y fotografías, apareciendo en estas últimas que la dimensión del forado junto a la manilla, fue suficiente para permitir operar el seguro y abrir la hoja. Los trozos de vidrio, que subsistieron en el borde inferior de la hoja de la ventana, fueron fáciles de sortear al momento de introducir la sola mano para girar la manilla y la abrir la ventana, de manera que la no existencia de rasgaduras en las ropas o de lesiones en las manos en nada obstó a dicha maniobra. Los trozos del vidrio al interior de la habitación dan cuenta, asimismo, de que la fuerza aplicada para su fractura se ejerció desde afuera hacia adentro. Todos los deponentes coincidieron igualmente en que la hoja abría de abajo hacia arriba, y desde el interior hacia el exterior. Por sus dimensiones, la apertura de la hoja, a su vez, permitió el paso de un hombre, aún cuando con alguna dificultad. Para concluir en tal sentido no ha sido menester ejercicio práctico alguno, de tipo pericial. Tampoco hubo un obstáculo significativo que impidiera la maniobra de escalamiento, que se ejecutó a través de la señalada ventana, situada a 1,30 metros del suelo.

A mayor abundamiento, los dos trozos de vidrio encontrados en el bolsillo de la parka de uno de los acusados, transparentes, con restos de adhesivo de silicona, por un lado, y de otro pegamento, por el otro, que bien pudo corresponder al de la cinta de aislamiento que colocó en su ventana el propietario y las formas que presentaban en su fractura, que se correspondían, también, con los restos que quedaron adheridos al marco, explicables en el lugar en que se hallaron por un deslizamiento fortuito al introducirse uno de los acusados por el marco cuyo vidrio fue fracturado.

Ahora bien, los dichos de Rubén Jaramillo Alvarez han sido suficientes para dar por establecido que esa ventana se encontraba sin deterioro en los momentos en que él salió del domicilio. La Cabo Vera Valenzuela señaló que la rotura parecía reciente, por la ausencia de polvo en los vidrios. La circunstancia de que no fuera habido algún elemento contundente que provocara la fractura de que se trata no excluye el hecho positivo de su existencia.

Producida la entrada por la ventana en cuestión, razonablemente las cosas fueron extraídas a través de la puerta que accedía al patio trasero, previo accionamiento de la chapa desde el interior del inmueble. Si bien no se acompañaron fotografías de este cierro, no hay motivo para dudar de los dichos del ofendido que, cuando afir-

mó que esta vía de acceso y salida se abría sólo desde el interior, parecieron racionales.

Que así, las circunstancias que rodearon el descubrimiento de ambos sujetos ha permitido inevitablemente colegir: a) que existió una conducta dirigida a la entrada a un inmueble ajeno, para apoderarse de cosas también ajenas, que se mantenían adentro; b) que se aplicó fuerza para fracturar la ventana, abrirla y entrar por ella; c) que, entonces, hubo fractura y escalamiento para entrar a la casa habitada; d) que la extracción de las cosas que guarnecían el inmueble se produjo a través de la puerta trasera del inmueble; y e) finalmente, que los delincuentes pusieron de su parte todo lo necesario para apropiarse de cosas muebles ajenas, no verificándose la consumación del delito por causa ajena a la voluntad de ambos, consistente en la oportuna llegada de la autoridad policial que los aprehendió antes de salir del inmueble a la vía pública.

OCTAVO: Que los hechos antes referidos son constitutivos del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado de especies de propiedad de Rubén Omar Jaramillo Alvarez, en grado de frustrado, delito previsto en el artículo 432, en relación con el artículo 7 inciso segundo, y sancionado en el artículo 440 N° 1, todos del Código Penal, atendido que sin la voluntad del dueño, y con ánimo de lucro, los delincuentes pusieron de su parte todo lo necesario para consumar el ilícito con el propósito de apropiarse de cosas muebles ajenas, lo que no se verificó por causa independiente de sus voluntades, habiendo empleado escalamiento en razón de la entrada al inmueble no sólo con fractura de ventana sino, también, por vía no destinada al efecto, delito que se castigará como consumado, conforme a lo previsto en el artículo 450 inciso primero del mismo Código ya citado.

Así, las especies eran de propiedad del referido Jaramillo Alvarez y, consecuencialmente, eran ajenas a los dos sujetos que entraron al inmueble. La apropiación de las cosas fue perseguida sin la voluntad del dueño, quien las mantenía al interior de su casa habitación, lugar que además tanto él como sus hijos menores actualmente habitaban y donde tales especies se encontraban protegidas del acceso de terceros, quienes pusieron todo su empeño en sustraerlas de su poder, con ánimo de señor y dueño y con la finalidad de aprovecharlas, disponiendo patrimonialmente de ellas a su arbitrio. Las especies en cuestión son muebles por su naturaleza. La fuerza empleada consistió en la fractura de la ventana del living comedor que, mantenida convenientemente cerrada por su morador, fue abierta mediante el empleo de fuerza suficiente dirigida previamente a quebrar su único vidrio para accionar el cierro, lo que permitió así la entrada al recinto.

NOVENO: Que el Tribunal ha concluido, también más allá de toda duda razonable, que a Armando Sergio Cárdenas Carrasco y Juan Carlos Alon Muñoz cupo participación de coautores en el delito de robo de que se trata, en los términos señalados por los artículos 14 N° 1 y 15 Nº 1 del Código Penal, por haber actuado de manera inmediata y directa en dicho ilícito.

Para formar tal convicción se ha tenido a la vista la sindicación directa e inequívoca que de ellos hicieron los funcionarios policiales que intervinieron en el procedimiento.

En efecto, el Sub Oficial LUIS ALBERTO CORTES HENRIQUEZ dijo que, al llegar al lugar con el teniente Pazo y el Cabo Silva, vio a unos 10 metros que dos sujetos venían saliendo de la casa con especies en sus manos, quienes corresponden a los acusados presentes en la audiencia.

A su turno, el Carabinero MARCELO ALEJANDRO SILVA PEREZ coincidió con el Sub Oficial Cortés en la presencia de los dos sujetos que salían con especies que abandonaron en el pasillo de entrada, precisando también que ellos corresponden a los imputados presentes en la audiencia, y de los cuales era Cárdenas Carrasco quien tenía unos trozos de vidrio en sus ropas, que eran parecidos a los de la ventana fracturada.

Luego, el Teniente SEBASTIAN IGNACIO PAZO RODWAY concordó con sus subalternos en cuanto a que, al llegar al sitio, encontraron dos sujetos que salían de la casa y quienes, al verlos, abandonaron las especies que trasportaban, sujetos a quienes igualmente señaló como los imputados presentes en la audiencia. Uno de ellos vestía un polerón rojo que reclamó como suyo el ofendido.

Finalmente, la Cabo GABRIELA ALEJANDRA VERA VALENZUELA dijo que el 17 de octubre de 2005, aproximadamente a las 22.30 horas, la llamaron para que se constituyera en Valle Colonia 3213, donde efectuó una fijación fotográfica incluso, de un polerón rojo que la víctima reconoció como suyo y que vestía uno de los sujetos detenidos. A éstos los vio en la Unidad.

La sindicación policial ha sido veraz, a juicio de estos sentenciadores. No ha sido óbice a ella lo que dijo el ofendido en cuanto a que Carabineros no le mostró a las personas aprehendidas ni le dijo cuántos fueron los hechores, pero sí se aproxima a tales dichos, con visos de acierto, la suspicacia de una señora que al día siguiente le dijo que en el sector sólo faltaba él para ser robado, agregándole que ella había visto a la pandilla del "Mandy" dando vuelta y que seguramente fue él, porque lo había visto parado en la plazoleta, que está frente a su casa. Tampoco empece a tal prueba que no se haya traído al juicio a quien avisó a la policía la comisión del delito, con la finalidad de que ésta se constituyera en el sitio del suceso y desbaratara el empeño de los delincuentes, bastando para desestimar aquella alegación la sola circunstancia de que la denuncia resultó cierta y el resultado fue positivo, al impedir la consumación del delito.

DÉCIMO: Que, acorde con las conclusiones anteriormente referidas, debe desestimarse la petición de absolución que la Defensa fundó en que no se habría establecido su participación en el delito en cuestión, en razón de la prueba ya examinada y de que la que ella aportó no fue bastante para inducir dudas razonables, en orden a desacreditar la coautoría pretendida por el Ministerio Público.

La Defensa hizo valer el testimonio del taxista GERARDO ALEJANDRO REYES PEREIRA quien dijo que el lunes 17 de octubre de 2005 cumplió varios cometidos: entre ellos, llegó al Hotel El Reloj, situado en calle Baquedano, a las 21.30 o 21.32 horas, y de allí salió hacia el centro, por la misma calle hacia abajo, con el fin de hacer una compra de comida que luego debía entregar en la población Clotario Blest. Pasado el cuartel de carabineros, en un paradero, encontró a dos jóvenes: uno, moreno, de pelo liso; y el otro, más bajo, sostenido por aquél. Como ubicaba al moreno, se detuvo y le preguntó adónde iban, respondiéndole que a la misma población. Les dijo entonces que haría la "paleteada" de llevarlos, después de comprar el completo y la bebida que le habían encargado. Ambos estaban muy ebrios, se les notaba por el modo de hablar y, ya en el auto, por el olor a alcohol. Como iban atrás, no se fijó si presentaban signos de golpes. El más curado, que era el más bajo, iba descalzo. Dijeron que los carabineros los había "largado" recién, aludiendo a que habían estado detenidos. Después de pasar al servicentro Esso, en calle General Parra, se dirigió a dejar el pedido, y después a ellos. Subieron hacia calle Valle Colonia. Ambos jóvenes bajaron por cigarros en un negocio, que es el último en esa calle, a pesar que él les dijo que no lo hicieran, porque acababa de ver a carabineros a unos 60 o 70 metros, en una camioneta con cúpula y luces encendidas, y porque los podían detener, pero ellos afirmaron que no lo podrían hacer de nuevo; de modo que les dijo que entonces se bajaran, quedándose ambos en ese negocio. En el sector los dejó como a las 21.45 horas. Fue luego a dejar el pedido y, al pasar de nuevo por el lugar, vio que la camioneta seguía en la misma esquina, y los jóvenes ya no se veían.

Luego, incorporó los siguientes documentos:

a) el FORMULARIO DE SALUD INGRESO DE INTERNOS, que dio cuenta que el 18 de octubre de 2005, ingresó a la unidad penal Juan Carlos Alon Muñoz. Fue atendido en enfermería a las 15,20 horas, presentando al examen contusión muñeca izquierda y antebrazo; y contusión costal izquierda lateral media;

b) el OFICIO 1191, de 15 de noviembre de 2005, de la PRIMERA COMISARIA DE CARABINEROS que dio cuenta de la remisión a la Defensoría de copia del libro de registro de infractores de la Ley de Alcoholes, respecto de ambos imputados, correspondiente al 17 de octubre del mismo año, según el siguiente detalle: ambos notificados por transitar en la vía pública en manifiesto estado de ebriedad, consistente en su fuerte hálito alcohólico, rostro congestionado, inestabilidad al caminar e incoherencia al hablar. Denunciante Sgto. 1ro. Juan

Guenchumán Bórquez. Testigo Sgto. 2do. Manuel Marchant Lastra; y

c) 10 FOTOCOPIAS DEL LIBRO DE REGISTRO DE INFRACTORES DE LA LEY DE ALCOHOLES, año 2005, 1ra. Comisaría de Coyhaique, que registran lo que sigue, en lo que es legible:

Páginas 326 y 327: Cárdenas Carrasco Armando, ebriedad, 17.10.05;

Páginas 90 y 91: Alon Muñoz Juan Carlos, ebriedad, 2da. Infracción 17.10.05; 3rta. Infracción 17.10.05;

Página 290: novedades servicio lunes 17 octubre 2005. sin anotaciones de interés para este juicio;

Página 291: lunes 17 octubre 2005. Sin anotaciones de interés para este juicio;

Página 292: lunes 17 octubre 2005. Sin anotaciones de interés para este juicio;

Página 293: lunes 17 octubre 2005; 18.10 horas, Ley Alcoholes, Infr. art. 26, Armando Sergio Cárdenas Carrasco y Juan Carlos Alon Muñoz, conducidos a las 18 horas por desorden en Prat con Lautaro. Al momento de ser allanado, Alon se pone violento lanzando golpes de pies y puño al Sgto. Manuel Marchant, quien tuvo que defenderse con el bastón de servicio;

Páginas 277 y 278: lunes 17 de octubre de 2005, 21 H. Infracciones art. 26 Ley Alcoholes. Se retiran de la unidad los infractores a la Ley de Alcoholes. Con autorización del Fiscal Olivero se toman zapatos por ser productos de un hurto. Se niega a que concurran por otros a su domicilio. Armando Sergio Cárdenas Carrasco, Juan Carlos Alon Muñoz. Hay firmas.

Primeramente, cabe desestimar de plano el Formulario de Ingreso carcelario, porque la información se refiere a la tarde que sigue al día de los hechos, esto es, al 18 de octubre de 2005, a las 15.20 horas.

En lo restante, la documental consigna que el lunes 17 de octubre, a las 18 horas, los imputados fueron conducidos a la Unidad por desorden e infracción al artículo 26 de la Ley de Alcoholes, retirándose de la unidad a las 21 horas.

No existe razón para concluir que en la Unidad no se dio cumplimiento a lo que dispone el artículo 27 inciso segundo de la misma ley, esto es, que si a consecuencias de la ebriedad no tuvieren control de sus actos, éstos podían ser mantenidos en esa dependencia hasta su recuperación, con un plazo máximo de seis horas. De ello debe inferirse que, al ser liberados a las 21 horas, ya habían recuperado ese control.

El testigo Reyes Pereira expresó, sin embargo, que a su entender estaban muy ebrios cuando los encontró a las 21.30 o 21.32 horas, a menos de una cuadra de la Comisaría, según el modo de hablar, el olor a alcohol y la circunstancia de que uno sostenía a otro, descalzo. No obstante, es posible colegir que ambos relacionaban adecuadamente lo que les había acontecido y estaban en situación de decidir el curso de sus actos: dijeron haber sido "largados" recién; quisieron ir por cigarros; y se obstinaron en hacerlo a pesar de la advertencia de que podrían ser detenidos por los carabineros, bajo la razón de que eso no sucedería porque recién ya habían estado detenidos, lo que significa un raciocinio con visos de relativa normalidad. Confirma por último, que estaban en sus cabales su insistencia a que el taxista recibiera el pago del transporte, que éste quiso hacer como liberalidad, porque le dijeron "igual estaba haciendo su trabajo".

La afirmación de la Defensa en cuanto a que ambos imputados se encontraban en manifiesta ebriedad al momento en que habrían delinquido, se contradice con las afirmaciones de los tres funcionarios que les sorprendieron saliendo del inmueble con las cosas sustraídas, quienes dijeron, por el contrario, que ninguno de los dos estaba ebrio, sin haberse tampoco percatado de hálito alcohólico. Los dichos de estos últimos aparecen de mejor sustento con los COMPROBANTES DE ATENCION DE URGENCIA que el Ministerio Público introdujo al juicio, con motivo del testimonio del taxista y en los términos que prevé el artículo 336 inciso segundo del Código Procesal Penal, de los que aparece que examinados a las 22.50 horas y 23.00 horas, respectivamente, sólo se les encontró sin lesiones, vale decir, no se dejó constancia de ebriedad, como acontece de modo regular cada vez que este signo es apreciado positivamente.

Pues bien, estos sentenciadores estiman que la afirmación de carabineros, unido al examen médico, es más concordante con lo que efectivamente aconteció.

En efecto, ambos sujetos bien pudieron egresar de la unidad policial a las 21 horas, cuando todavía se encontraban bajo los efectos del alcohol pero sin signos evidentes de ebriedad, que aconsejaran mantenerlos allí por mayor tiempo. La apreciación del taxista en contrario, en cuanto a verlos ebrios, pudo ser equívoca porque sólo atendió al modo de hablar; al olor de alcohol, que naturalmente debió impregnar rápidamente el reducido espacio del vehículo cuando éstos subieron; y a que en una primera mirada, al acercarse al paradero, vio que el más alto sostenía al más bajo, estando éste descalzo. Todavía más, si los hubiere creído intensamente ebrios, parece más razonable que, después de haber aceptado buenamente trasladarlos y de haberles aconsejado que no fueran a caer en manos de la policía, los hubiera llevado derechamente al domicilio a que se dirigían, si ya se encontraban en la misma población, lo que sin embargo no hizo, dejándolos descender sin más del vehículo. Por último, no parece tampoco razonable que los policías hubieren vulnerado el juramento bajo el cual vertieron su testimonio por el mero afán de negar la ebriedad si se considera que lo cierto fue que, influenciados o no por la ingesta de alcohol, fueron encontrados saliendo con el botín a cuestas.

Que, ahora, para acreditar los antecedentes delictuales del imputado ARMANDO SERGIO CÁRDENAS CARRASCO el Ministerio Público aparejó al Juicio el EXTRACTO DE FILIACION Y ANTECEDENTES, documento que dio cuenta que éste registra las siguientes anotaciones:

1) en causa 14.405-1998 del Primer Juzgado del Crimen de Coyhaique, por robo con fuerza, condenado el 2 de junio de 2000 a 3 años y 1 días de presidio menor en su grado máximo; libertad vigilada; pena cumplida el 23 de febrero de 2004;
2) en causa 16.056-2000 del Primer Juzgado del Crimen de Coyhaique, por hurto y receptación, condenado el 2 de abril de 2001 a 320 días de presidio menor en su grado mínimo, multa de 5 unidades tributarias mensuales y 100 días de presidio menor en su grado mínimo; cumplida el 23 de febrero de 2004;
3) en causa 149-2005 del Juzgado de Garantía de Coyhaique, por delito falta de lesiones leves, condenado el 21 de febrero de 2005 a multa de una unidad tributaria mensual; y
4) en causa 45-2005 del Juzgado de Garantía de Coyhaique, por hurto, condenado el 14 de julio de 2005 a 50 días de prisión en su grado máximo; por cumplida con mayor tiempo. En relación a esta última causa, el Ministerio Público también incorporó la COPIA DE SENTENCIA respectiva -referida, al igual que la anotación prontuarial, al mismo RUC 0500017484-1- documento que aporta como antecedente nuevo que la fecha de perpetración de este hurto, del artículo 446 N° 3 del Código Penal, fue el 13 de enero de 2005.

Que tales antecedentes permiten concluir en el inevitable rechazo de la agravante de reincidencia específica, que se fundó por el Ministerio Público en el artículo 12 N° 16 del Código Penal. La única condena que hubiere podido dar origen a ella es la pronunciada en causa 14.405 del primer Juzgado del Crimen de Coyhaique, por robo con fuerza, en que se le sancionó con pena de simple delito a 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo, con libertad vigilada. Sin perjuicio de esta modalidad de cumplimiento, que significa legalmente y de hecho la suspensión de su ejecución, no puede desconocerse que la causa en comento se originó en 1998, vale decir, más de 7 años antes de la perpetración del delito de que se trata en el presente juicio, de manera que, por imperio del artículo 104 del Código Penal, no se la tomará en cuenta.

A su turno, en lo que concierne a JUAN CARLOS ALON MUÑOZ su extracto de filiación y antecedentes registra las siguientes anotaciones:

1) en causa 14.677-1999 del Segundo Juzgado del Crimen de Coyhaique, por robo con fuerza en lugar no habitado, condenado el 9 de diciembre de 1999 a 61 días de prisión en su grado mínimo; remitida, cumplida insatisfactoria (sic) el 25 de julio de 2001; y

2) en causa 16.751-2000 del Primer Juzgado del Crimen de Coyhaique, por robo reiterado con fuerza en las cosas, robo, lesiones graves, condenado el 3 de septiembre de 2002 a 3 años y 1 días de presidio menor en su grado máximo, 61 días de presidio menor en su grado mínimo y 541; cumplida el 26 de agosto de 2005.

Al respecto, debe tenerse presente que la causa signada como 1) fue instruida en 1999, vale decir, más de 6 años antes de la fecha de perpetración del delito de que se trata en el presente juicio; en tanto que respecto de la signada como 2) no se probó la fecha de perpetración de aquellos ilícitos para los efectos de tomar o no en cuenta, también a su respecto, una eventual agravante específica, como en derecho corresponde, sin perjuicio de lo cual los intervinientes no sometieron sobre esta materia petición alguna a la decisión del Tribunal.

Finalmente, se hará lugar a la petición del Ministerio Público de considerar respecto de ambos imputados la agravante del artículo 456 bis N° 3 del Código en cuestión, porque en el ilícito actuaron dos malhechores, cumpliendo tal pluralidad con el sentido y fundamento de la norma correspondiente.

UNDÉCIMO: Comunicado el veredicto condenatorio, en que se expresó que se sancionará a los imputados como coautores de un delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, el Ministerio Público solicitó, en la etapa prevista en el artículo 343 inciso cuarto del Código Procesal Penal, que se castigue a ambos imputados con una pena de, al menos, 8 años de presidio mayor en su grado mínimo, teniendo presente la sola concurrencia de una agravante y, en especial, el peligro evidente corrido por los menores que dormían en el inmueble durante la perpetración del delito.

En igual etapa, la Defensa pidió, a su turno, se aplique el mínimo de la pena, conforme al artículo 69 del Código Penal. Las especies fueron recuperadas en su totalidad; además, la actual habitación del inmueble forma parte del castigo propio del tipo penal pluriofensivo de que se trata, de manera que el mal efectivamente causado ha sido menor.

DUODÉCIMO: Que el delito de robo de que se trata está sancionado, conforme lo establece el artículo 440 N° 1 del Código Penal, con un grado de pena divisible -cual es la de presidio mayor en su grado mínimo- y, teniendo presente que en la especie sólo concurre una circunstancia agravante de responsabilidad criminal, sin atenuante de contrario, el Tribunal debe aplicarla en su máximum, conforme a lo preceptuado en el artículo 67 inciso segundo del Código Penal, optando estos sentenciadores por aplicarla en una mínima cuantía dentro de la mitad superior del grado, al estimar que así resulta un pena que es condigna al hecho y a sus circunstancias y, en especial, a la participación que en él cupo a los imputados.

La presencia de los hijos menores del ofendido en el inmueble de que se trata satisface el requerimiento del tipo penal, al que la ley asigna una elevada pena precisamente en razón de la presencia en él de actuales moradores, sin que esta sola circunstancia amerite una mayor severidad, más aún si en definitiva tales menores no fueron afectados directamente por la conducta de los imputados y ni siquiera se percataron, mientras dormían, de la presencia de éstos.

DECIMOTERCERO: Que el tribunal no concederá a los sentenciados ninguno de los beneficios previstos en la ley 18.216 en atención a que, según la pena que deberá imponérseles, no reúnen los requisitos previstos en los artículos 4, 8 y 15 del citado cuerpo legal.

DECIMOCUARTO: Que, para los efectos de lo razonado y concluido en los motivos que preceden, el Tribunal ponderó en cada caso todas las probanzas producidas en el juicio en cuanto, individualmente y relacionadas las unas con las otras, fueron útiles y determinantes para el examen y establecimiento de cada uno de los presupuestos atinentes al delito, sus circunstancias y autoría.

El Tribunal no consideró como fundamento de sus conclusiones el informe huellográfico 20-06, de 27 de febrero de 2006, suscrito por Alex Carrazo Oros, e incorporado por el Ministerio Público conforme al artículo 331 letra b) del Código

Procesal Penal, porque su resultado negativo -la ausencia de huellas determinables en dos trozos de vidrio periciados- lo hizo irrelevante a toda eventual conclusión.

Que, de la manera expuesta, el Tribunal ha dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal y, en especial, a lo establecido en su inciso segundo, haciéndose cargo de toda la prueba producida, según se acaba de explicitar.

Por estas consideraciones y atendido, además, lo dispuesto en los artículos 1, 7, 14 Nº 1, 15 Nº 1, 18, 21, 22, 24, 25, 26, 28, 50, 67 inciso segundo, 69, 432, 440 N° 1, 450 inciso primero y 456 bis N° 3 del Código Penal; y en los artículos 1, 47, 52, 259, 282, 284, 285, 286, 295, 296, 297, 309, 314, 323, 325, 326, 333, 336, 338, 340, 341, 342, 343, 344, 346 y 348 del Código Procesal Penal

SE DECLARA:

I. Que **SE CONDENA** a **ARMANDO SERGIO CARDENAS CARRASCO**, cédula de identidad 15.074.138-6, y a JUAN CARLOS ALON MUÑOZ, cédula de identidad 16.101.508-3, ambos ya individualizados, a cumplir sendas penas de **SIETE AÑOS y CIENTO OCHENTA Y CUATRO DIAS** de presidio mayor en su grado mínimo, y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como coautores del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, en grado de frustrado, de especies de propiedad de Rubén Omar Jaramillo Alvarez, previsto en el artículo 432 y sancionado como consumado en el artículo 440 N° 1, en relación con el artículo 450 inciso primero, todos del Código Penal, crimen que perpetraron el 17 de octubre de 2005, en esta ciudad.

Los sentenciados cumplirán la pena que en cada caso les ha sido impuesta desde el 17 de octubre de 2005, fecha desde la cual ambos se encuentran ininterrumpidamente privados de libertad en esta causa, según lo consigna el motivo Duodécimo del respectivo auto de apertura del juicio oral.

II. Que los sentenciados Cárdenas Carrasco y Alon Muñoz quedan obligados, además, al pago de las costas de la causa, por iguales partes.

III. Que no se concede beneficio alguno de la ley 18.216 a los sentenciados.

Devuélvase bajo recibo a los intervinientes, según corresponda, la prueba documental, pericial, fotográfica y material allegada al juicio oral; y déseles copia de este fallo, si la solicitaren.

Ejecutoriada que esté la presente sentencia, comuníquesela de inmediato al Juez del Juzgado de Garantía de Coyhaique para los efectos de su cumplimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 14 letra f) del Código Orgánico de Tribunales y 468 del Código Procesal Penal, oficiándosele.

Regístrese y, en su oportunidad, archívese.

Redactada por el Juez titular don SERGIO GUSTAVO VASQUEZ PARRA.

Déjase constancia, conforme al artículo 37 del Código Procesal Penal, que no firma la presente sentencia el Juez don MARCOS ANTONIO SOTO LECAROS, quien concurrió al acuerdo condenatorio, por haber reasumido sus funciones en el Tribunal de origen.

RUC Nº 0500515182-3

RIT Nº 26-2006

Pronunciada por los Jueces Titulares de la sala única del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique don PEDRO ALEJANDRO CASTRO ESPINOZA y don SERGIO GUSTAVO VASQUEZ PARRA; y por el Juez Titular del Juzgado de Letras, Garantía y Familia de Puerto Cisnes don MARCOS ANTONIO SOTO LECAROS, quien subroga legalmente.

- **Declara que la aplicación de la ley 19.856 extingue la pena tan pronto opera el beneficio, porque de lo contrario, el legislador habría señalado que en el caso de producirse un nuevo delito en el período comprendido por la rebaja de la sanción, el sentenciado debería cumplir su saldo de condena.**

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

Resumen:

El Ministerio Público acusó al imputado como autor del delito de robo con violencia, alegando la concurrencia de las agravantes de los artículos 456 bis Nº 3 del Código Penal y 18 de la ley 19.856. La Defensa solicitó la recalificación jurídica de los hechos a la de delito de robo por sorpresa, por faltar prueba suficiente que acreditara la violencia ejercida en contra de la víctima, así como de las supuestas lesiones sufridas. En cuanto a las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, pidió el reconocimiento de la atenuante del artículo 11 Nº 9 del Código Penal, así como el rechazo de las agravantes invocadas por la Fiscalía por haber sido seguido el juicio sólo en contra de un imputado y porque la agravante especial de la ley 19.856 resultaría inconstitucional al violar el principio de non bis in idem, además de no poder considerarse cumplida la pena. El Tribunal rechazó la recalificación solicitada por la Defensa, porque la violencia sufrida por el ofendido no fue producto del tirón propio y necesario para la apropiación en el delito de robo por sorpresa, sino que tuvieron por objeto debilitar su defensa para permitir la posterior apropiación de sus especies, es decir, violar la esfera de resguardo de la cosa, tal y como lo exige el Código Penal. En cuanto al hecho de que por no haberse cuantificado las lesiones sufridas por los agredidos no se podría configurar el delito de robo con violencia, el Tribunal declaró que si bien no hubo un certificado que precisara la entidad de éstas, con las deposiciones presentadas pudo demostrarse que existieron actos violentos con el carácter suficiente para establecer los malos tratamientos de obra en el contexto de la definición legal del artículo 439 del Código Penal. En cuanto a las agravantes invocadas por el Ministerio Público, el voto de mayoría estuvo por acoger la agravante del artículo 456 bis Nº 3 del Código Penal, pues aún cuando no existió claridad en el juicio respecto de la identidad de los partícipes no juzgados, quedó asentado para la totalidad del Tribunal, la circunstancia que en la comisión del delito actuaron tres personas, y que éstas, amparadas en su mayor número, pudieron disminuir la capacidad de defensa de los ofendidos, logrando la consumación del ilícito. Asimismo, reconoció la concurrencia de la agravante del artículo 18 de la ley 19.856, pues quedó establecido que el acusado volvió a delinquir dentro del período que, de no mediar la aplicación de la ley 19.958, debió haber permanecido privado de libertad, siendo el sentido de esta ley agravar la pena por el hecho de volver a delinquir en un período en que se debió estar privado de libertad, no el de alterar la condena anterior. Finalmente, el Tribunal le reconoció la atenuante de colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos, por haber sido reconocida en el libelo acusatorio por el órgano persecutor, y porque el contenido de la misma fue entregado por la Defensa en la audiencia de determinación de penas al informar que durante el curso de la investigación el acusado dio antecedentes que permitieron al Ministerio Público iniciar la investigación en contra de los demás involucrados.

El voto de minoría estuvo por rechazar la concurrencia de la agravante del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, por estimar que si bien se acreditó que fueron al menos dos los sujetos que actuaron en la comisión del delito, sólo uno fue juzgado en el juicio, no constando algún juzgamiento o formalización en contra de otra persona por los mismos hechos, no pudiéndose determinar el grado de participación de aquellos en el mismo.

Texto completo:

Santiago, diez de junio de dos mil seis.

VISTOS, OÍDOS LOS INTERVINIENTES Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, ante esta Sala del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, integrada por el juez presidente don José Flores Ramírez los jueces Irma Tapia Valdés y don Mauricio Olave Astorga, se llevó a efecto la audiencia del juicio oral de la causa rol interno del Tribunal Nº 26-2006, seguida en contra de **JONATHAN ANDRÉS FERNANDO VARAS BERRÍOS**, cédula de identidad N° 15.602.586-0, se desconoce oficio, nacido el 19 de Julio de 1983, domiciliado en calle Agua Santa Nº 2309, comuna de Maipú, actualmente en prisión preventiva en el Centro de Detención Preventiva Santiago Sur.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por los fiscales adjuntos doña **LORENA AZIZA KANACRI DE LA CERDA** y don **JOSÉ MORALES OPAZO.**

La defensa del acusado estuvo a cargo de los defensores penales públicos doña **CAROLINA ALLIENDE** y don **NÉSTOR PÉREZ AGUALLO.**

ACUSACIÓN

SEGUNDO: Que los hechos en que se fundó la acusación fueron los siguientes: "El día 19 de Agosto del año 2005, a las 20:40 horas aproximadamente, el acusado en compañía de Juan Carlos Rendich Martínez y Marco Antonio Meza Pizarro se movilizaron en el vehículo marca Chevrolet, tipo colectivo, PPU NG-4049, hasta las calles García Reyes con Moneda, de la comuna de Santiago, procediendo Varas y Rendich a descender del vehículo portando armas de fuego, mientras Meza se quedaba esperándolos al interior del móvil. En García Reyes frente al número 134, el acusado y Juan Carlos Rendich procedieron a intimidar con armas de fuego y golpear en la cabeza a Pablo Salazar Toro que estaba esperando a don Chih-Ping Yang frente al furgón marca Peugeot, PPU VX-3191, estacionado en el lugar, sustrayendo la llave del vehículo y forzándolo a ingresar a él. Al cabo de media ahora aproximadamente, Chih-Ping Yang regresó al furgón siendo forzado por los sujetos a ingresar al vehículo, en donde le exigieron la entrega del dinero, a lo cual la víctima se negó, procediendo a golpearlo en la cabeza con la empuñadura del arma, registrándolo y sustrayéndole las siguientes especies: un bolso de color azul con la suma de $650.000.- en dinero efectivo, una billetera de cuero color negro con documentos personales y un teléfono celular marca Motorola, apropiándose de las especies y dándose a la fuga en dirección al vehículo que conducía Marco Meza y que los estaba esperando, el que abordaron para proseguir su huida".

El Ministerio Público sostiene que los hechos precedentemente descritos configuran el delito de robo con violencia e intimidación, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso 1° del Código Penal y en relación con el artículo 432 del mismo código, en el que le ha cabido al acusado participación en calidad de autor, de conformidad al artículo 15 N° 1 del Código Penal, en grado de consumado.

Hace presente el Ministerio Público, que respecto del acusado concurren hechos susceptibles de estimación como circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, específicamente, perjudican al acusado las circunstancias agravantes de responsabilidad penal contempladas en los artículos 456 bis Nº 3 del Código Penal y 18 de la Ley 19.856, beneficiándole a su turno, la circunstancia atenuante de responsabilidad contemplada en el artículo 11 Nº 9 del Código Penal.

Solicita finalmente, que se condene al acusado como autor del delito de robo con violencia e intimidación, a la pena de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio, más las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y costas de la causa

En su alegato de apertura, la Fiscalía manifestó que durante el juicio se acreditarían con claridad los hechos que fundamentan su acusación mediante la prueba que su parte aportaría.

En su alegato de clausura, estimó que durante el juicio se planteo la disyuntiva entre calificar lo sucedido como Robo Por sorpresa a bien entenderlo como robo con violencia, debiendo el tribunal inclinarse por esta última hipótesis, dado que existió una relación cronológica entre la violencia e intimidación sufrida por las víctimas y la apropiación de las especies sustraídas, haciendo hincapié, en que ambos ofendidos sufrieron la violencia de los autores del ilícito lo cual les provocó miedo. Finaliza sus argumentaciones, señalando que en lo relativo a la agravante de pluralidad de malhechores que no había sido controvertido por la defensa, el hecho que en el delito existieron más partícipes, los que no han sido juzgados de manera conjunta con el imputado, debido a que se encuentran prófugos de la justicia, haciendo presente al tribunal que dicho número de partícipes fue relevante para la realización del delito.

DEFENSA

TERCERO: Que, en su alegato de apertura la defensa, manifestó que solamente se podía condenar cuando la culpabilidad era evidente, explicando que en este caso no podría suceder así, pues las pruebas que el Ministerio Público llevaría a estrados presentarían una serie de imperfecciones que impedirían probar el nexo causal entre la violencia e intimidación de que habla la acusación fiscal, por el contrario, sostiene que la prueba acreditará un hecho distinto más cercano a la figura del robo por sorpresa, razón por la cual, viene en pedirle al tribunal una pena coherente, justa y suficiente. Dichas alegaciones las reiteró en su alegato de clausura, explicando que lo acreditado se encausaba dentro del delito de robo por sorpresa, pues negó que los ofendidos hayan sentido la intimidación necesaria para configurar el tipo penal, lo anterior pues nunca pudo precisarse si existieron o no las mentadas armas de fuego utilizadas para la intimidación. Por otra parte, en lo relativo a la fuerza empleada, está no se pudo establecer, dado el hecho que, no se agregó en estrados ningún antecedente médico que diera cuenta de la entidad de las lesiones sufridas por los ofendidos. Por lo anterior reitera la defensa que deben recalificarse los hechos al ilícito de robo por sorpresa, pues debe entenderse que el tirón dado por el acusado al bolso de la víctima, como una fuerza subrepticia suficiente para la apropiación.

CUARTO: Que, el acusado durante todo el juicio oral hizo uso de su derecho a guardar silencio.

HECHOS ACREDITADOS

QUINTO: Que, las partes no llegaron a convenciones probatorias.

SEXTO: Que, conforme a la valoración que se ha hecho de las probanzas rendidas en el juicio oral, el tribunal ha adquirido convicción más allá de toda duda razonable que, "El día 19 de Agosto del año 2005, a las 21:00 horas aproximadamente, el acusado en compañía de otros dos individuos no identificados se movilizaron en el vehículo marca Chevrolet, tipo colectivo, PPU NG-4049, hasta las calles García Reyes con Moneda, de la comuna de Santiago, procediendo Varas con uno de sus acompañantes a descender del vehículo portando armas de fuego, mientras el tercero se quedaba esperándolos al interior del móvil. Procediendo los dos primeros en García Reyes frente al número 134, a intimidar con armas de fuego y golpear en la cabeza a Pablo Salazar Toro que estaba esperando a don Chih-Ping Yang frente al furgón marca Peugeot, PPU VX-3191, estacionado en el lugar, sustrayendo la llave del vehículo y forzándolo a ingresar a él, apoderándose el acusado, en ese momento, desde la guantera del móvil, de un celular de propiedad de Chih-Ping Yang. Al cabo de veinte minutos, Chih-Ping Yang regresó al furgón siendo forzado por los sujetos a ingresar a él, en donde le exigieron la entrega del dinero, procediendo a golpearlo en la cabeza con la empuñadura del arma, causándole un corte en su cuero cabelludo producto del golpe, registrándolo y sustrayéndole mediante un tirón, un bolso de color azul el que mantenía en su interior, la suma de $650.000.- en dinero efectivo y una billetera de cuero color negro con documentos personales, dándose a la fuga en dirección al señalado vehículo que los esperaba, el que abordaron para proseguir su huida".

ANALISIS DE LA PRUEBA EN CUANTO AL HECHO Y PARTICIPACIÓN

SÉPTIMO: Que, los hechos han podido establecerse teniendo en consideración la prue-

ba de cargo rendida por el Ministerio Público, consistente en:

1.- El atestado de don Pablo Salazar Toro, chileno, chofer, el que manifestó que en agosto del año pasado venía con su jefe de recaudar el dinero del día del negocio de éste, por calle García Reyes, deteniéndose en dicha arteria pues éste de nombre Chih- Ping Yang fue a ver a una amiga, razón por lo cual, aprovechó para ir a comprar un completo en un negocio que está en la misma calle. Agrega que cuando se disponía a hacerlo un tipo le puso una pistola en la cabeza, motivo por el cual le pasa las llaves de la camioneta, señalando que una vez abierta ésta lo hicieron ingresar a ella mientras que un segundo sujeto se subía por el otro costado al vehículo, revisando la guantera de la misma, sacando un celular de propiedad de su jefe. Explica, que lo que querían los sujetos era precisamente entrar a la casa de la amiga de su jefe, lo que los hizo sacarlo de la camioneta a objeto de que les indicara donde había entrado su jefe, situación de la cual finalmente desistieron, volviéndolo a subir a la camioneta, esta vez, a la parte trasera de la misma, a la cual, momentos después, hicieron ingresar por medio de la fuerza a su jefe al cual también lo registraron. Prosigue, explicando que mientras ingresaban al vehículo a su jefe uno de los individuos fue hacia la calle Moneda e hizo unas señas, para posteriormente ambos sujetos salir hacia dicha calle, señalando además, que en esos momentos pasó un auto de seguridad ciudadana al que intentaron avisarle y que su jefe salió en dirección hacia moneda. Precisa su relato, en el sentido que eran tres las personas involucradas, dos los que los amenazaron y golpearon, más un tercero que los esperaba, detallando que durante todo el tiempo fue amenazado de muerte e incluso en una oportunidad golpeado en la cabeza. Por otra parte, reconoce en audiencia al acusado como la persona que portaba un arma y sacó desde el interior del vehículo el celular de su jefe, el que además, constantemente le amenazaba mediante groserías y advertencias de muerte, señalándole también, que venían "dateados". Prosigue su relato, reconociendo las fotografías que se le exhiben del móvil que el habitualmente conduce, del vehículo utilizado por los delincuentes y de las especies sustraídas. Finaliza su exposición manifestando que si bien en los momentos que quedó sólo dentro del móvil no gritó ni pidió auxilio pues tenía miedo, explicando que su jefe también sufrió lesiones en su cabeza producto de un golpe recibido de parte de quienes le robaron, pero no constataron sus lesiones en el Hospital San Juan de Dios, pues estuvieron más de dos horas esperando sin atención, razón por la cual decidieron retirarse del lugar, precisando que el vio dos armas, uno por cada persona que lo amenazó que eran grandes y plateadas.

2.- La exposición de la víctima, el ciudadano chino don Chih-Ping Yang, soltero, comerciante, quien expreso que el día de los hechos, esto es el 19 de agosto de 2005, fue como todos los días alrededor de las 20:00 horas a su local comercial a retirar el dinero de las ventas del día, para luego dirigirse en el furgón del local a ver a una amiga en calle García Reyes, explicando que estuvo allí cerca de 20 minutos, saliendo a la calle cuando en ese momento ve en la calle a un hombre que se le acerca, el que llama a un tercero que le pone una pistola en la espalda y lo obliga a subirse a la parte de atrás de su furgón, mientras le piden el bolso, cosa que le llamo la atención, pues el bolso lo mantenía debajo de sus vestimentas colgado de su cuello por una correa. Añade, que mientras lo suben al furgón le dan un golpe en la cabeza, no sabiendo si fue el acusado o el otro sujeto quien le propinó el golpe, aun cuando él estima que fue el acusado, pues luego del golpe el se gira y ve detrás suyo al imputado. Expone, que una vez que le sustraen su bolso los individuos salen hacia calle Moneda, se suben a un auto y salen en dirección al poniente, momentos en que pasa un vehículo de seguridad ciudadana al que trata de avisar lo sucedido, dirigiéndose por calle Moneda, cuando observa que el vehículo en que huían los acusados fue detenido por carabineros en calle libertad. Relata que posteriormente, recuperó su bolso, además del hecho que, carabineros revisó al acusado, a quien reconoce en audiencia, hallándole su celular el que identificó pues tenía en su pantalla letras en chino mandarín. Añade, que respecto de la herida sufrida en su cabeza consistió en un corte el que le sangró por al menos una semana, lesión que no constató pues fue llevado al hospital el mismo día alrededor de las 22:30 horas, esperando atención

hasta las 01.30 horas, no recibiéndola. Precisa, que fue el acusado quien le sustrajo mediante un tirón, el bolso que mantenía sus pertenencias, que no se resistió pues sintió temor, que todo lo que relató duro nada más que tres minutos, aprovechando para reconocer las fotografías exhibidas al testigo anterior.

3.- La deposición del testigo Víctor Venegas Fuentes, chileno 34 años, casado, Inspector Municipal, el que expresa que el día de los hechos alrededor de las 21.30 horas, realizaba un patrullaje por calle Agustinas virando hacia García Reyes hacia el sur, observando como dos sujetos trataban de cerrar la puerta de un furgón blanco marca Peugeot forzándola. Añade, que estas personas comenzaron a caminar hacia moneda y que al advertirlo apuraron el paso corriendo hacia un vehículo marca Chevrolet que se dirigía por Moneda a muy poca velocidad, el que avanzó por Moneda hacia el poniente, comenzando a seguirlo intentando mediante bocina darle aviso a una patrulla de carabineros que estaba en el lugar la que finalmente detuvo con su ayuda al señalado vehículo en Moneda, entre Libertad y Esperanza. Agrega, que en el momento en que se detuvo al auto, se bajó uno de sus pasajeros y salió corriendo por libertad con un arma de fuego de color negro en sus manos, deteniéndose a los otros sujetos. Prosigue, manifestando que luego llego un ciudadano chino que les explicó lo sucedido, reconociendo su bolso azul, además identificando un celular de su propiedad, el que era portado por uno de los detenidos.

4.- La exposición de la testigo doña Paulina Cornejo Vera, chilena, soltera, 27 años de edad, quien relató que el día de los hechos vio todo lo sucedido al ciudadano chino víctima del delito, expresando que observó como fue golpeado el ofendido metiéndolo dos sujetos a una camioneta no sin antes robarle un bolso que aquél portaba retirándose del lugar, en una primera instancia caminando, para luego salir corriendo una vez que vieron pasar a un vehículo de Seguridad Ciudadana. Finaliza su exposición, reconociendo en primer término al acusado como la persona que participó en el asalto, señalando además, que si vio cuando le sustrajeron el bolso a la víctima pero que los golpes que previamente había detallado no los vio, los que deduce por la forma en que lanzaron hacia el interior del furgón al ofendido y la manera en que éste se movía de un lado hacia otro.

5.- El atestado del Suboficial de carabineros Juan Bello San Marín, 46 años casado, quien expone el día de lo sucedido, observó como a un vehículo Chevrolet Monza, se suben dos jóvenes corriendo diciéndole al chofer "arranca concha de tu madre", motivo por el cual su móvil lo persigue y lo detiene en calle Moneda entre Esperanza y Libertad, momentos en que uno de los pasajeros del vehículo detenido, sale huyendo con un arma en la mano. Añade, que luego hace bajar a los otros dos partícipes a quienes les pide su cédula de identidad, las que no portaban, motivo por el cual, los sube al carro policial, momentos en que llega un ciudadano chino el que le da cuenta de haber sufrido previamente un asalto, por lo que registran el vehículo detenido hallando un bolso que mantenía $650.000 y un porta documentos del ofendido. Añade, que la víctima señala que además falta su celular, motivo por el cual abren el furgón para registrar a las personas que estaban en el interior del mismo, reconociendo la víctima al imputado como quien le había sustraído su bolso, el que portaba en su chaqueta el celular de su propiedad. Prosigue, informando que posteriormente llegó al lugar el chofer del ofendido a quienes luego derivó al hospital San Juan de Dios, para constatar las lesiones sufridas por éstos. Reconoce en audiencia al acusado, como la persona detenida el día de los hechos quien portaba entre sus ropas el celular en comento, dando cuenta de las circunstancias que ha expresado mediante el set fotográfico que también durante su interrogatorio se le exhiben. Finaliza su relato, señalando que el chofer del vehículo detenido les señaló que recibiría $8.000 pesos por transportar a los dos sujetos, y que estaban desde las 20:00 horas siguiendo al ciudadano chino, al cual esperaban para robarle en cualquier momento que éste se detuviese y que además revisado el vehículo detenido no se encontró ningún arma en su interior.

6.- El relato de don Jorge Ávalos Muñoz, cabo segundo de carabineros, quien señaló que el día de los hecho, se desempeñaba como conductor del carro policial que patrullaba por calle Sotomayor hacia el sur, cuando en calle Moneda vio un vehículo negro que circulaba lentamente y

dos jóvenes que venían corriendo por su costado, los que le gritan al chofer "arranca concha de tu madre", subiéndose al mismo. Agrega, que luego observó un vehículo de Seguridad Ciudadana que lo ayuda a detener al automóvil Monza, lográndose bajar de aquél móvil uno de sus pasajeros portando una pistola pequeña, de la cual no recuerda su color, al cual intentó darle alcance en el carro policial, desistiendo de ello ante el peligro que se generaba por perseguirlo contra el sentido del tránsito. Añade, que posteriormente volvió al lugar en que se detuvo el auto negro, registrándolo y encontrando un bolso azul en su interior, el que posteriormente fue reconocido como de su propiedad, por una persona oriental, quien les señaló haber sido previamente asaltado. Precisa, que el ofendido estaba sangrando de su cabeza, el que además les avisó que faltaba su celular, motivo que hizo que se registrara al acusado el que lo tenía en su chaqueta, aprovechando el ofendido para reconocerlo como la persona que le había sustraído el bolso y lo golpeó en su cabeza.

OCTAVO: Que, como ya se describió en este fallo, se incorporaron al juicio mediante las declaraciones de los testigos ya descritos en el considerando anterior, diecinueve fotografías relativas, al sitio del suceso, del vehículo siniestrado, del móvil que utilizaron los hechores para realizar la huida y de las especies sustraídas al afectado, además de un plano de las calles donde se persiguió y fue detenido el acusado. Por otra parte, el Ministerio Público aportó también, los extractos de filiación y antecedentes de Juan Carlos Rendich Martínez y Marco Antonio Pizarro, para finalizar la fase de producción de prueba incorporando al juicio, una resolución administrativa dictada por la propia fiscal Lorena Kanacri, que da cuenta de la separación de investigaciones, por éste mismo ilícito, respecto de las personas signadas en los antedichos extractos de filiación y antecedentes, manteniendo la investigación abierta con el ruc 0500375783-K sólo para perseguir al acusado Varas Berríos.

CALIFICACIÓN JURÍDICA Y PARTICIPACIÓN

NOVENO: Que, los presupuestos fácticos que se describieron en relación a los hechos materia de la acusación, se probaron en el juicio, principalmente, con los dichos de la propia víctima quien narró de manera concordante y verosímil, la forma en que se desencadenaron los hechos y la participación que le cupo en ellos al acusado, indicando con toda precisión que se le acercaron dos sujetos quienes lo golpean en su cabeza con la empuñadura de una pistola, procediendo el acusado a registrarlo y mediante un tirón, le quita el bolso que portaba colgado a su pecho el que contenía dinero y sus documentos identificatorios, para posteriormente precisar que el acusado, una vez detenido por carabineros portaba entre sus ropas el celular de su propiedad.

Su versión se encuentra corroborada por el testimonio armónico con lo anterior, del testigo presencial de los hechos don Pablo Salazar Toro, quien declaró de manera veraz el hecho que mientras esperaba a que su jefe volviera de visitar a una amiga, salió del furgón que manejaba a objeto de comprar un completo en un local ubicado en calle García Reyes cuando, fue abordado por el acusado y un tercero lo golpean con un arma de fuego, lo amenazan de muerte y lo obligan a ingresar a ingresar a la parte trasera del furgón, señalando que el acusado se subió a la cabina del móvil y estando allí se apropio del teléfono celular de su patrón el que se encontraba guardado en el interior de la guantera del móvil.

Por otra parte, la versión dada por la víctima es también consistente con una testigo presencial del mismo, doña Paloma Cornejo Vera, quien expuso en estrados la manera como percibió directamente lo sucedido al ciudadano oriental, en términos que vio como en la calle García Reyes lo esperaban dos sujetos quienes lo toman por la fuerza lo ingresan con violencia al interior del furgón estacionado en el lugar, se apropian del bolso que el ofendido portaba dándose a la fuga, primeramente caminando luego corriendo una vez que son observados por un vehículo de seguridad ciudadana.

Tal atestado, es conteste con las exposiciones dadas por el resto de los testigos que depusieron en estrados, primeramente con la aportada por el funcionario municipal Víctor Venegas que en lo medular observa al acusado con un tercero intentando cerrar la puerta de un furgón estacionado en Calle García Reyes y salir caminando hacia moneda, para posteriormente al advertir su presencia apurar el paso y subir un vehí-

culo Monza que los esperaba en calle moneda dándose a la fuga por moneda al sur siendo detenido dicho móvil por carabineros, aportando además el hecho que una vez detenido el acusado llegó al lugar el ofendido sangrante quien les relató lo sucedido imputándole al acusado ser uno de los autores del delito cuestión que fue ratificada al hallársele en sus vestimentas el celular de propiedad del acusado. En segundo término, las exposiciones de los aprehensores señores Juan Bello y Jorge Avalos quienes ratifican todo lo aportado por el testigo anterior, agregando además el hecho que uno de los autores del hecho se dio a la fuga portando un arma de fuego en sus manos.

Que los hechos consignados en el razonamiento anterior, permiten ser calificados jurídicamente como constitutivos del delito de Robo Con Violencia, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso 1°, en relación con los artículos 432 y 439, todos del Código Penal, en grado de consumado, desde que ha quedado demostrado que el acusado se apropió, sacando totalmente de la esfera de resguardo de su titular, de un celular marca Motorola, un bolso en el cual se contenía la suma de $650.000 y un porta documentos de propiedad del ciudadano chino Cih-Ping Yang, que el ofendido portaba, tanto en su cuerpo como, en el móvil en que se transportaba, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, por medio de violencia física ejercida directamente por éste sobre su víctima y su chofer, materializada por golpes de pistola en la cabeza de aquellos, el que ocasionó en el ofendido al menos, un corte en su cuero cabelludo.

DÉCIMO: Que, por lo acreditado en el considerando anterior, el tribunal no oirá las alegaciones de la defensa, en orden a señalar que lo establecido en el juicio correspondía a un delito de robo por sorpresa, descartando de esta manera la posibilidad de un robo con violencia, figura por la cual acusó el Ministerio Público, ello porque la violencia sufrida por el ofendido, no fue producida por el acusado producto del envión propio y necesario para la apropiación en el delito de robo por sorpresa, sino que por el contrario, el golpe dado a la víctima y su chofer en cada caso, tuvo por objeto, en términos de medio a fin, debilitar la defensa del afectado, para precisamente permitir la posterior apropiación da las especies que estos poseían, tal y como lo exige nuestra legislación. En efecto no debe olvidarse que una de las hipótesis de violencia sancionada por el tipo en comento, guarda relación con el hecho que la fuerza física se haya realizado con anterioridad a la apropiación y con el preciso objeto de conseguirla, es decir, par violar la esfera de resguardo de la cosa, situación equivalente a la sucedida en autos, motivo por el cual no hay posibilidad jurídica de encuadrar el actuar del acusado en una hipótesis diversa a la ya establecida.

Finalmente, en lo relativo a las argumentaciones de la defensa en términos que debido al hecho que no se pudieron cuantificar las lesiones sufridas por los agredidos, no se puede configurar el delito de robo con violencia, el tribunal estima que, en este caso si bien es efectivo que no hay un certificado que precise la entidad de las mismas, no puede olvidarse que con las deposiciones presentadas en estrados pudo fehacientemente acreditarse que existieron actos violentos dirigidos contra los ofendidos para obligarlos a la entrega, los que tienen el carácter suficiente para establecer, los malos tratamientos de obra habilitantes para establecer la violencia en el contexto de la definición legal del artículo 439 del Código Penal.

PRUEBA DESETIMADA

UNDÉCIMO: Que, el tribunal no dará valor probatorio para establecer la identidad de los copartícipes del acusado a los extractos de filiación, aportados durante el juicio oral por el Ministerio público, de igual manera privara de valor al documento emanado del propio órgano persecutor, que ordena la separación de investigaciones respecto de éstos presuntos implicados en el presente ilícito. Lo anteriores porque, tales documentales en si mismas no pueden probar que aquellos sujetos son quienes perpetraron el delito en compañía del acusado, pues revisada la totalidad de las exposiciones aportadas al juicio oral por el órgano persecutor, en ninguna de ellas aparece algún antecedente respecto de la identidad de los hechores, que pudiere vincularse tanto, a los extractos de filiación aportados en juicio, como a la resolución administrativa que ordenó separar investigaciones respecto de éstos, motivo por los cuales aquellas documentales carecen de todo valor probatorio en éste juicio.

CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD PENAL Y PENA APLICABLE. AUDIENCIA DEL ARTÍCULO 343 DEL CPP.

DUODÉCIMO: Que, tal y como se sostuvo en el veredicto de éste juicio, el tribunal por mayoría acogerá la agravante del artículo 456 bis Nº 3 del Código Penal, esto es, la pluralidad de malhechores, pues aún cuando, no existió claridad en el juicio, respecto de la identidad de los partícipes no juzgados, no es menor el hecho que, está totalmente asentada para la totalidad del tribunal, la circunstancia que en la comisión del delito actuaron tres personas, y que éstas, amparadas en su mayor número, y en la distribución de funciones propias de la coautoría, les permitió, no sólo la disminución de capacidad de defensa de los ofendidos, sino que también, la consumación del ilícito, elementos suficientes desde el punto de la doctrina, para configurar la agravante, motivos que han inclinado a la mayoría para darla por acreditada.

DÉCIMO TERCERO: Que, habiéndose pronunciado veredicto condenatorio en contra del acusado, se procedió a abrir debate conforme lo dispone el artículo 343 del Código Procesal Penal, respecto de circunstancias relevantes para la determinación de la pena que no fueren concomitantes con el hecho materia de la acusación fiscal. En primer término, se le confirió la palabra al Ministerio Público quien a objeto de acreditar la circunstancia agravante especial del artículo 18 de la ley 19.856, esto es, cometer el delito durante el periodo condonado en virtud de un beneficio dado por la misma norma, acompañó sin oposición de la defensa los siguientes documentos: 1) El extracto de filiación del acusado donde aparece una condena a 5 años y un día como autor de los delitos de robo con intimidación frustrado, robo por sorpresa y robo con intimidación, de fecha 30 de diciembre 2000, en la causa 52.050/ 2000 del Vigésimo Juzgado del Crimen de Santiago, pena cumplida según el mismo documento el día 16 de agosto de 2005 al haber sido favorecido con una rebaja de condena de tres meses de acuerdo a la ley 19.856, por decreto exento Nº 2644 del Ministerio de Justicia. 2) Sentencia condenatoria a que hace mención el extracto de filiación del acusado, emanada del Vigésimo Juzgado del Crimen de Santiago en la causa Nº 52050/ 2000, con su certificado de ejecutoria correspondiente. 3) Oficio Nº 3970 emanado de Gendarmería de Chile firmado por don David Farías Zuñiga Jefe del sub departamento de Control Penitenciario quien señala que el acusado respecto de la condena en la causa 52050-2000 dictada por el Vigésimo Juzgado del Crimen de Santiago, informa que la fecha de término de la condena respecto del acusado era el 15 de noviembre de 2005, cumpliendo la pena en definitiva el 16 de agosto de 2005, por aplicación de la ley de rebaja Nº 19.856. 4) Certificado emanado de la señora secretaría del Sexto Juzgado del Crimen de Santiago doña Edith Jara Mena, quien señala que en la causa Nº 56.383- AZO, seguida en contra del acusado por el delito homicidio, dicha causa se encuentra en estado de Plenario con traslado al acusado de la acusación en su contra, la cual también se adjunta al certificado.

Así las cosas, solicita el Órgano persecutor, que se de por configurada la agravante pues habiéndose acreditado que el acusado debió cumplir condena sin rebaja en noviembre de 2005, y cometió el delito por el cual se realizó el presente juicio oral en fecha 19 de agosto, esto es, sólo tres días después de haber recuperado su libertad, no queda otra cosa que aplicar la agravante en su contra. Finalizó sus alegaciones, señalando ante una pregunta del tribunal, que no sostendría la atenuante que se consignaba en la acusación fiscal a favor del acusado, esto es, su colaboración con el esclarecimiento de los hechos. Lo anterior porque el Ministerio Público estimó que la prueba de dicha minorante debía realizarse en el juicio, recordando que cuando intentó el Ministerio Público interrogar a un funcionario policial a objeto que señalara la actitud del acusado al ser detenido, la defensa impidió tal línea interrogativa, no haciéndolo dicha parte, en el contra interrogatorio del mismo oficial, por lo cual, en ausencia de antecedentes que le den sustento fáctico, es que debe rechazarse la atenuante en su favor.

Por su parte la defensa, manifestó en primer lugar que debía rechazarse la configuración de la agravante contenida en el artículo 18 de la ley 19.856, dado que a su juicio dicha norma era en primer término Inconstitucional, pues afectaría a hechos anteriores a su aplicación y porque ade-

más, pugnaría con el principio del ne bis in idem, consagrado en el artículo 63 del Código Penal, ello pues, debe entenderse que la ley 19.856, lo único que hace es, permitir que el condenado salga en libertad antes de la fecha del cumplimiento de la pena, pero en ningún caso extingue la misma, la que en su entender se cumple en la fecha primitiva y no cuando el sentenciado recupera su libertad en forma anticipada, de manera tal, que sancionarlo en el segundo delito por una situación que afecta a un hecho por el cual ya fue sancionado al momento de dictarse sentencia condenatoria, vendría a configurar un doble juzgamiento respecto del acusado. Finaliza sus argumentaciones expresando que debe reconocerse la atenuante de colaboración sustancial respecto del acusado, pues el acusado dio los datos de dos domicilios de uno de sus copartícipes cuestión que mantiene a aquel con órdenes de detención pendiente en su contra, cuestión que ha permitido al Ministerio Público acercarse al resto de los hechores.

DÉCIMO CUARTO: Que, el tribunal le reconocerá al acusado la atenuante de colaboración sustancial con el esclarecimiento de los hechos, considerada en el artículo 11 Nº 9 del Código Penal, ello por cuanto, amen del hecho que fue reconocida en el libelo acusatorio por el órgano persecutor, el contenido de la misma fue entregado por la defensa en la audiencia de determinación de penas, al manifestar que durante el curso de la investigación el acusado dio al Ministerio Público antecedentes de al menos dos domicilios de uno de los partícipes en el hecho, antecedentes que finalmente le permitieron a éste, obtener del Juzgado de Garantía competente, la respectiva orden de detención respecto del mismo, relato que en primer término no fue controvertido por el Ministerio Público cuando expresamente el tribunal le otorgó la palabra para hacerse cargo de tales aseveraciones, sino que además y en segundo lugar, está revestido de verosimilitud, al haberse planteado por el órgano persecutor en la audiencia de juicio oral, una cuestión similar al acompañar la documental que da cuenta de las identidades de los supuestos copartícipes del acusado más la resolución administrativa que ordenó la separación de acusaciones, motivos todos, que al tribunal le parecen suficientes para dar por acreditada la colaboración sustancial del imputado con la investigación.

DÉCIMO QUINTO: Que, por otra parte, el tribunal acogerá la agravante del artículo 18 de la ley 19.856, esto es, haber cometido un nuevo ilícito durante el tiempo comprendido en la rebaja de pena obtenida mediante la aplicación de la ley 19.958, pues ha quedado establecido que el acusado debió cumplir condena en fecha 15 de noviembre de 2005, saliendo en libertad en la causa 52.050 de 20000, seguida por el Vigésimo Juzgado del Crimen de Santiago, el 16 de agosto del mismo año, de lo cual se puede desprender que habiéndose acreditado que el día 19 de agosto de 2005 cometió el presente delito, estaba dentro de los tres meses que, de no mediar la aplicación de la ley 19.958, debiera haber permanecido privado de libertad, cuestión que es precisamente lo que el legislador intentaba cautelar por medio de la agravante del artículo 18 de la misma. En ese sentido, el tribunal estima que no existe la mentada inconstitucionalidad que pretende la defensa, pues no es efectivo que esta ley retroactivamente aplique una sanción a un hecho anterior a su vigencia, sino que por el contrario, lo único que hace esta norma legal, es establecer un mínimo de requisitos para quien, debiendo estar privado de libertad, es beneficiado con una rebaja de pena, en el sentido que al menos durante el periodo rebajado y por tanto evidentemente posterior a la fecha de ocurrencia de la condición que genera la agravante, no delinca, cuestión que en caso alguno pugna con nuestra carta Constitucional. A mayor abundamiento puede sostenerse que tampoco es efectivo que se afecte el principio del non bis in idem, si se constituye en prejuicio del acusado la agravante en estudio, pues como ya se dijo, el mayor desvalor de acto que sanciona la agravante, por el hecho de haber el acusado vuelto a delinquir en un periodo en que debió estar privado de libertad, no altera en nada la condena anterior, sino que sólo agrava el segundo delito. En ese sentido, no es efectivo lo que plantea la defensa en orden a que la pena no se extingue con la puesta en libertad del acusado por aplicación de la ley 19.856, pues es evidente que esto si es así, ya que para sostener algo como lo planteado por la defensa, el legislador debió haber señalado en la ley, que en el caso de producirse un nuevo delito

en el periodo comprendido por la rebaja de la sanción, el sentenciado debería cumplir su saldo de condena, cuestión que no es tal en nuestro caso, lo cual es indiciario precisamente que la rebaja de penas establecida en la ley en comento, extingue la misma, tan pronto opera el beneficio.

DÉCIMO SEXTO: Que, para la determinación de la sanción a imponer se tendrá presente que beneficia al acusado una atenuante y que le perjudican dos agravantes, de manera tal, que aplicando la compensación racional, se sostendrá que al acusado le perjudica una agravante sin favorecerle atenuantes, por lo que tratándose de una pena compuesta por dos grados de una divisible, el tribunal no aplicará la pena en el grado mínimo, cuidando en el señalado rango, de aplicar la pena conforme a la mayor o menor extensión del mal causado, todo de conformidad a lo establecido en los artículos 68 y 69 del Código Penal, teniendo para ello presente el hecho que todas las especies sustraídas fueron recuperadas por el ofendido y que por otra parte, como ya se sostuvo, el sentenciado prestó colaboración durante la investigación.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en atención a la entidad de la pena a imponer al acusado, éste deberá cumplirla de manera efectiva.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 1, 11 N° 6, 14 N°1, 15 N°1, 24, 25, 26, 28, 29, 50, 68, 69, 432, 436 inciso 1° y 439 del Código Penal, artículos 1, 4, 45, 47, 295, 296, 297, 340, 341, 342, 344 y 468 del Código Procesal Penal y artículo 18 de la ley 19.856, SE DECLARA:

I.- Que se **CONDENA** a **JONATHAN ANDRÉS FERNANDO VARAS BERRÍOS**, ya individualizado, a la pena de **DIEZ AÑOS Y UN DIA** de presidio mayor en su grado medio, a las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y al pago de las costas de la causa, como autor del delito de **robo con violencia**, en perjuicio de Chih-Ping Yang, hecho perpetrado el día 19 de agosto de 2005, en la comuna de Santiago, de esta ciudad.

II.- Que, por no reunir el sentenciado los requisitos ha que se refiere la ley 18.216, deberá cumplir la pena impuesta a través del sistema de encierro total, debiendo iniciar su cumplimiento tan pronto quede ejecutoriada esta sentencia, sirviéndole de abono a dicha pena el tiempo que ha estado privado de libertad con ocasión de esta causa, a saber desde el 20 de agosto de 2005 a la fecha, según consta del auto de apertura de éste juicio.

Regístrese y ejecutoriada que sea, dese cumplimiento al artículo 468 del Código Procesal Penal y en su oportunidad, remítase copia autorizada al Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, para el cumplimiento de la sentencia.

Devuélvase la documentación respectiva a los intervinientes.

Redactó la sentencia el magistrado Sr. Mauricio Olave Astorga.

Acordado lo anterior con la prevención de la Magistrado Irma Tapia Valdés quien fue del parecer de rechazar la concurrencia de la agravante contemplada en el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, estos es ser dos o más los malhechores, por estimar que si bien se acreditó que fueron al menos dos los sujetos que actuaron en la comisión del delito, no es menos cierto que sólo uno está siendo juzgado en esta audiencia, no constando ningún juzgamiento o formalización en contra de otra persona por los mismo hechos, por tanto, no se puede determinar el grado de participación de aquellos en el mismo.

Archívese en su oportunidad.

RUC N° 0500375783-K

RIT N° 26-2006.

Sentencia dictada por la Sala del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, integrada por el Presidente de Sala, don José Flores Ramírez y los Jueces señorita Irma Tapia Valdés subrogando legalmente y don Mauricio Olave Astorga.

- **Señala que la diferencia entre una reiteración y un delito continuado radica en la posibilidad de precisar las diferentes oportunidades parciales de verificación del hecho.**[1]

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

Resumen:

El Ministerio Público acusó a los imputados como autores de tres delitos de robo con intimidación, alegando la concurrencia de las agravantes de los artículos 12 Nº 16 y 456 bis Nº 3 del Código Penal. La Defensa sostuvo que no se trató de tres delitos, sino de uno continuado, así como que no procedía aplicar la agravante de pluralidad de malhechores, por cuanto el número fue lo que sustentó la intimidación, no procediendo considerarlo dos veces, además de solicitar el reconocimiento de la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal por haber prestado los imputados declaración en el juicio. El Tribunal desestimó los argumentos de la Defensa en cuanto a tratarse de un delito continuado, porque el elemento de la unidad de víctima o de sujeto pasivo indudablemente faltó en la especie, toda vez que asaltaron a personas distintas y sin vínculo entre sí. Y siendo posible precisar las distintas oportunidades parciales de verificación del hecho, ya se trata de una reiteración y no un delito continuado. En cuanto a la no aplicación de la agravante del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, habida cuenta que del análisis del tipo penal en cuestión, se desprende que la intimidación puede efectuarse de variadas formas y circunstancias siempre que todas o cada una de ellas tengan como propósito o finalidad producir temor o indefensión en la víctima, y siendo que la acción de ambos autores de intimidar en forma paralela a sus víctimas produjo el debilitamiento de sus respectivas esferas privadas de protección, teniendo la capacidad, por el número de agresores del bien jurídico, de producir un mayor temor en los ofendidos, violentando su seguridad personal y facilitando la entrega de sus pertenencias, también fue rechazada. Respecto a la agravante de reincidencia específica, estimó que concurría respecto de ambos acusados, porque los dos presentaban una condena anterior, cumplida y no prescrita en cuanto agravante, por el mismo delito. Finalmente, la atenuante invocada por la Defensa, no fue acogida por el Tribunal, ya que a su juicio con los elementos probatorios allegados al juicio tanto el hecho punible como la participación se encontraban suficientemente justificados, siendo el testimonio de los acusados sólo un complemento de la misma, careciendo de la entidad suficiente para encuadrarla dentro de la descripción legal en cuestión.

El voto de prevención fue del parecer de aplicar a cada uno la pena de veinte años de presidio mayor en su grado máximo, dada la obligación legal de los jueces de considerar el peligro corrido por el bien jurídico protegido, así como las circunstancias en que el delito se desarrolló. Tratándose de tres delitos de robo con intimidación, siendo un atentado pluriofensivo que ataca también la seguridad e integridad de las personas, puesto en riesgo por el uso de armas blancas, quedó demostrado que los acusados actuaron con absoluto desprecio hacia las víctimas, aprovechándose de la circunstancia de encontrarse ellas desprotegidas en un lugar conocidamente de esparcimiento y a pleno día, donde hasta el ciudadano más cuidadoso no prevé que pudiere ser objeto de un delito de la naturaleza del robo con intimidación.

---

[1] Ver sentencia de Corte de Apelaciones de Temuco de fecha primero de agosto de 2006, publicada en la sección siguiente de este Boletín.

Texto completo:

Santiago, cinco de Julio de dos mil seis.

VISTO, OÍDO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que con fecha treinta de Junio de dos mil seis, ante esta Sala del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, integrada por el Juez Presidente de Sala don Mauricio Olave Astorga, e integrada por los jueces don José Flores Ramírez y don Pedro Suárez Nieto, tuvo lugar la audiencia del juicio oral RIT 32-2006, seguida en contra de los acusados Héctor Mauricio Farías Pavez, C. I. N° 13.476.429-5, nacido el 6 de Diciembre de 1977, 28 años, domiciliado en calle Bucalemu 5604, comuna de Renca, sin profesión u oficio y en contra de Erick Andrés Escalona Garrido, C. I. N° 14.900.678-8, nacido el 28 de Junio de 1978, 28 años, sin oficio, domiciliado en Bucalemu 5604, comuna de Renca, actuando como Fiscales del Ministerio Público don Andrés Montes Cruz y don Ricardo Peña Fighetti y como representantes de la Defensoría Penal Pública, don Marcos Armesto Romero y don Miguel Angel Jiménez.

SEGUNDO: Que el Ministerio Público acusó a los imputados **Hector Mauricio Farías Pavez** y **Erick Andrés Escalona Garrido**, en calidad de autores, conforme al articulo 15 numero 1 del Código Punitivo de tres delitos de robo con intimidación en las personas de acuerdo al articulo 436 inciso primero, en relación al articulo 432 ambos del Código Penal, a quienes se le atribuye la comisión de los siguientes hechos:

HECHO 1: "El día 28 de diciembre de 2005, alrededor de las 15:30 horas, y mientras las víctimas Sebastián Urrejola y Valeria Pérez se encontraban en el sector del Parque Forestal a la altura del museo de Bellas Artes, fueron abordados por los acusados Farias Pavez y Escalona Garrido, quienes los obligaron bajo amenaza e intimidación con armas blancas a entregarles distintas especies de valor consistentes en la suma de $23.000.-; 01 Discman Marca Samsung con audífonos; 1 pack con 12 CDS de distintos autores; 1 par de chalas azules; una prestobarba y un cepillo dental.

Posteriormente los acusados se dieron a la fuga hacía la ribera del Río Mapocho, siendo indicados por las víctimas a Carabineros que pasaban por el lugar como los autores, siguiendo la policía a los imputados hasta puente Loreto, lográndose la detención de Escalona Garrido, quien portaba al momento de ser detenido distintas especies sustraídas y una corta plumas.

Por su parte, Farias Pavez se lanzó al río siendo arrastrado hasta el puente Patronato, donde fue detenido por grupos especiales de Carabineros quienes además encontraron en el lugar de la detención un cortaplumas.

De la misma forma, y mientras se realizaba el procedimiento de detención, llegaron al lugar otras víctimas quienes dieron cuenta de los siguientes hechos:

HECHO 2: Que siendo pasadas las 15:00 horas del mismo día 28 de diciembre de 2005, y mientas las víctimas Hernán Huerta y Paulina Castillo se encontraban en el Parque Forestal en el sector del Museo de Bellas Artes, los acusados se acercaron a ellos y procedieron a intimidarlos con armas blancas, obligándolos a hacer entrega de sus bolsos y billeteras sustrayéndoles en definitiva un celular marca Samsung; un celular marca Nokia de color Azul y la suma total de $17.000.-

HECHO 3: Que minutos antes de las 15:30 horas del mismo día 28 de diciembre de 2005, y mientras las víctimas Marcos Vargas y Paola Torrejón estaban en el Parque Forestal a la altura del mueso de Bellas Artes, se les acercaron los acusados quienes intimidándolos con dos armas blancas del tipo cortaplumas, les sustrajeron un celular marca Sony Ericcson, un celular marca Sony de color plomo y la suma de $7.000.-, manifestándoles además uno de los acusados que tenía un revolver en la mochila."

Los hechos descritos a juicio del Ministerio Público son constitutivos de **tres delitos de Robo con Intimidación**, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso primero en relación al artículo 432, ambos del Código Penal, todos en grado de consumado.

En cuanto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal el Ministerio Público plantea que a dichos imputados les perjudican las agravantes del articulo 456 bis N° 3 del Código Penal, esto es, ser dos o mas los malhe-

chores, en los ilícitos por los cuales se acusa y así mismo la de reincidencia específica, del artículo 12 N° 16 del Código Penal.

La Fiscalía solicita se les aplique a los imputados Héctor Farías Pavez y Erick Escalona Garrido la pena veinte años de presidio mayor en su grado máximo, en su calidad de autores de delito de Robo con Intimidación en las personas, mas las accesorias legales correspondientes y al pago de las costas de la causa y el comiso de las especies incautadas. Que no se acordaron convenciones probatorias.

TERCERO: Que, en su **alegato de apertura, la Fiscalía** prometió, en síntesis, que en el presente juicio acreditaría, con la prueba ofrecida, los hechos descritos en la acusación y la participación que en los mismos tuvieron los acusados.

Que, en su alegato de clausura, el Ministerio Público sostuvo que, con la prueba de cargo presentada en el juicio, la que detalló circunstanciadamente, habrían resultado probados, en su opinión, tanto los hechos materia de la acusación como la participación atribuida a los encartados.

CUARTO: En su **alegato de apertura**, la defensa de los acusados solicitó que respecto al caso concreto se debe aplicar la justicia material, no dando aplicación a la agravante de pluralidad de malhechores, la que se encuentra subsumida en la intimidación y que no se está en presencia de tres delitos sino de un delito continuado, ya que a su respecto se cumplirían los requisitos de este último. Finalmente, señala que la pena a aplicar debe ser proporcional al hecho, y es desproporcionada la pedida por el Ministerio Público, ya que no se afectó ni la vida ni la integridad física de las víctimas, y se recuperaron gran parte de las especies.

En el **alegato de clausura**, la defensa reiteró su petición de no acoger la circunstancia agravante de pluralidad de malhechores por cuanto en la especie se necesitaron dos personas para intimidar a las parejas y de sancionar nuevamente a titulo de agravante, con ello se estaría vulnerando el principio non bis in idem, ya que no se puede juzgar más de una vez a una persona por un mismo hecho. Si por el actuar de los acusados se juzga su participación en un delito determinado, ese mismo actuar no puede servir para agravar la responsabilidad de los mismos.

Añade que, con la declaración de los acusados se esclareció el hecho y fue la prueba principal del juicio, en consecuencia procede se le acoja su colaboración sustancial, en los términos del artículo 11 N° 9 del Código Penal.

QUINTO: Que los acusados fueron debida y legalmente informados acerca de los hechos materia de la acusación y decidieron prestar declaración, como medio de defensa.

En primer término prestó declaración **el acusado Héctor Mauricio Farías Pavez**, quien relata que el día de los hechos, en compañía de Erick Escalona Garrido y luego de haber estado por cinco días consumiendo droga y bebiendo alcohol y con ganas de seguir consumiendo, fueron al Centro de Santiago, al sector del Parque Forestal, lugar donde procedieron a cometer los delitos de robo que se le imputan, mediante la intimidación, a fin de que les entregaran sus especies las víctimas, exhibiéndoles a algunos una cortapluma y a otros su torso desnudo con una cicatriz, a fin de que se asustaran, confesando que fueron ellos los que cometieron los delitos.

Examinado por la defensa, señala que respecto a la primera pareja -Marcos Vargas y Pamela Torrejón- ellos se encontraban sentados frente al museo de Bellas Artes, se acercaron con ganas de robarles, pero primero y en forma muy amigable, le pidieron algo de comer, y ella, la mujer, les dijo que no, de mal modo. Luego se sentaron al lado de ella y le pidieron que les entregaran sus pertenencias. A la segunda pareja -Hernán Huerta y Paula Castillo- también la intimidaron con sus armas blancas y obtuvieron la entrega de las especies que portaban; y a la tercera pareja -Urrejola y su acompañante, también le pidieron unas monedas, éstos le entregaron las especies, y al ver un furgón de Carabineros huyeron del lugar, él por el río, siendo detenido después. Finaliza, señalando que a la primera pareja le mostró efectivamente la cicatriz para atemorizarlas y obtener que le entregaren las especies.

Contra examinado por la Fiscalía, señala que llegaron al Parque Forestal con la intención de robar, que ambos usaron una cortapluma, que la suya es de empuñadura blanca. Se solicito autorización para reconocer el arma por el acusado, el cual, efectivamente la **reconoce como aquella que uso en los robos**. Indica que siempre utiliza-

ron la misma forma con las víctimas, esto es, se acercaban primero a ellas, las cuales se encontraban sentadas, ubicándose a su lado, para no despertar sospechas y entonces les solicitaban comida o dinero y ante la negativa, les exhibían las cortaplumas, para romper su resistencia. Respecto a la primera pareja, ellas le entregaron los celulares (él se quedó con ellos) y los puso en su mochila , que es de color azul y negro. Luego **reconoce en el juicio las dos mochilas** que se le exhiben y la **cortaplumas** ya referida, señaladas con las letras a, b y c de la prueba material del auto de apertura; Respecto de la segunda pareja, les robaron celulares y dinero, con la misma forma de actuar; A la tercera pareja, señala que, se encontraban sentados y se acercaron también amigablemente, para luego exhibirles la cuchilla y obtener la entrega, y recuerda que al parecer una de ellos era menor de edad; le sustrajeron plata y celulares, y luego al irse ven a un furgón y al intentar cruzar el río Mapocho son perseguidos, huyendo él, por el río, que lo arrastró como 50 metros y paró en el puente Patronato, donde se subió al puente y escondió la cuchilla dentro de un tubo de dicho puente, siendo detenido a continuación. Indica que, en el Centro de detención preventiva de Santiago le sacaron fotografías y voluntariamente exhibió sus cicatrices, al respecto se le exhiben las tres fotografías enumeradas con las letras c) de otro medios de prueba del auto de apertura, la que reconoce como pertenecientes a las tomadas a su persona, y que dan cuenta de su torso desnudo el cual presenta una cicatriz a nivel de su abdomen, el que exhibido al tribunal en la audiencia. Luego expresa que las víctimas estaban asustadas. Que las mochilas las botó antes de lanzarse al río y el cuchillo lo portaba él.

A continuación, prestó declaración **el acusado Erick Escalona Garrido**, quien relató que el día de los hechos, se encontraba con su amigo Farías Pavez y habían estado consumiendo drogas por espacio de cinco días seguidos y se dirigieron al Parque Forestal a fin de obtener más dinero y así poder comprar mas droga. Que se acercaban a las víctimas, conversaban con ellas, mostraban la cuchilla y luego la guardaban, una vez que obtenían la entrega de las especies. Que lo que dijo su compañero en el Juicio es cierto y que a veces tomaba la iniciativa él y a veces Farías. Que a la primera pareja -Marcos Vargas y Pula Torrejón- su compañero les mostró su cicatriz del abdomen. Se deja constancia que por el Tribunal, que el acusado presenta **tres tatuajes, en la espalda, torso y brazo izquierdo, los cuales exhibe al tribunal en la audiencia**. Que huyeron hacia el Mapocho, él con dirección al puente Loreto y llegaron los Carabineros quienes los siguieron, siendo detenido en dicho puente y que las especies las botó al suelo.

Contra examinado por el Ministerio Público, expresa que llegaron en la tarde del 28 de Diciembre al Parque Forestal, venían de Renca, se encontraban volados y salieron a robar con el afán de obtener mas dinero. Respecto a la primera pareja -Marcos Vargas y Paola Torrejón- indica que se acercó primero Farías y el se puso al lado de la mujer. Que utilizó para intimidar en los tres delitos una cortapluma de color negro -aquella que tiene un caimán en la empuñadura, la que una vez **reconocida por el acusado** como propia y usada en los hechos se tiene por incorporada al Juicio y asignada con la letra d) de la prueba material del auto de apertura; señala que a la primera pareja se les robó un celular y el dinero, la que guardaron en una mochila (no recordando en cual de las dos). Añade que no es cierto que le puso la cortapluma en las costillas a una de las víctimas; respecto de la segunda pareja -Hernán Huerta y Paulina Castillo- le robaron los celulares y dinero, que todo fue muy rápido; y respecto de la tercera pareja -Urrejola y Pérez- ella parecía ser menor de edad, y que al obtener las especies divisaron un furgón de Carabineros y se dieron a la fuga. Que lo detuvo el público y la mochila la arrojó al suelo cuando arrancaba, en la que llevaba especies de los tres delitos. Que la cortapluma la sacaba para que las personas se asustaran y entregaran las especies. Finaliza, señalando que estando preso le sacaron fotografías de su cuerpo, desde la cintura hacia arriba, según le dijeron por orden del fiscal, la que se tienen por incorporadas por su reconocimiento y exhibición al acusado; respecto a la N° 1, muestra su torso desnudo con tatuajes en su brazo derecho e izquierdo, pecho y abdomen; la N° 2 tatuaje en su espalda; la N° 3 un acercamiento de tatuaje de una mujer sentada y la N° 4 tatuaje de brazo dere-

cho con la leyenda "maría", la que se tiene incorporadas con la letra c) de otros medios de prueba del auto de apertura, con la oposición de la defensa quién señaló la ilegalidad de su obtención

Respondiendo a preguntas aclaratorias del tribunal, señala que habían estado consumiendo con su compañero pasta base de cocaína y que las mochilas que portaban la traían de su casa.

SEXTO: Que los hechos que el tribunal dio por acreditados luego de rendidas las pruebas, tal como se señaló en el veredicto respectivo, son los siguientes:

HECHO 1: El día 28 de diciembre de 2005, alrededor de las 15:30 horas, y mientras las víctimas Sebastián Urrejola y Valeria Pérez se encontraban en el sector del Parque Forestal a la altura del museo de Bellas Artes, fueron abordados por los acusados Farias Pavez y Escalona Garrido, quienes los obligaron bajo amenaza e intimidación con armas blancas a entregarles distintas especies de valor consistentes en la suma de $23.000.-; 01 Discman Marca Samsung con audífonos; 1 pack con 12 CDS de distintos autores; 1 par de chalas azules; una prestobarba y un cepillo dental.

Posteriormente los acusados se dieron a la fuga hacía la ribera del Río Mapocho, siendo indicados por las víctimas a Carabineros que pasaban por el lugar como los autores siguiendo la policía a los imputados hasta puente Loreto, lográndose la detención de Escalona Garrido, quien portaba al momento de ser detenido distintas especies sustraídas y una corta plumas.

Por su parte, Farias Pavez se lanzó al río siendo arrastrado hasta el puente Patronato, donde fue detenido por grupos especiales de Carabineros quienes además encontraron en el lugar de la detención una cortaplumas.

De la misma forma, y mientras se realizaba el procedimiento de detención, llegaron al lugar otras víctimas quienes dieron cuenta de los siguientes hechos:

HECHO 2: Que siendo pasadas las 15:00 horas del mismo día 28 de diciembre de 2005, y mientas las víctimas Hernán Huerta y Paulina Castillo se encontraban en el Parque Forestal en el sector del Museo de Bellas Artes, los acusados se acercaron a ellos y procedieron a intimidarlos con armas blancas, obligándolos a hacer entrega de sus bolsos y billeteras sustrayéndoles en definitiva un celular marca Samsung; un celular marca Nokia de color Azul y la suma total de $17.000.-

HECHO 3: Que minutos antes de las 15:30 horas del mismo día 28 de diciembre de 2005, y mientras las víctimas Marcos Vargas y Paola Torrejón estaban en el Parque Forestal a la altura del mueso de Bellas Artes, se les acercaron los acusados quienes intimidándolos con dos armas blancas del tipo cortaplumas, les sustrajeron un celular marca Sony Ericcson, un celular marca Sony de color plomo y la suma de $7.000.-, manifestándoles además uno de los acusados que tenía un revolver en la mochila.

SÉPTIMO: Que tanto el hecho punible como la participación culpable de los acusados **Héctor Farías Pavez** y **Erick Escalona Garrido** -al haber intervenido ellos en forma inmediata y directa en los ilícitos mencionados en el motivo que precedese encuentran acreditados, más allá de toda duda razonable, con las siguientes probanzas producidas en la audiencia y aportadas por la Fiscalía:

HECHO 1:

1. Con la prueba testimonial, consistente en las declaraciones de:

a) Sebastián Matías Urrejola Herrera, 19 años de edad, estudiante, quien señala que el día 28 de Diciembre de 2005, se juntó con su polola en calle Patronato y luego se fueron al Parque Forestal a pasear y se ubicaron cerca del Palacio de Bellas Artes, por el costado que da al río Mapocho. En los instantes que se fumaban un cigarro con su compañera, se acercaron dos tipos, los cuales reconoce en la audiencia, y que corresponden a los acusados Farías Pavez y Escalona Garrido. Uno se coloca al lado él y el otro cerca de su polola, sacando las cortaplumas uno de ellos se la puso en la pierna a él y el otro al costado del cuerpo de ella, diciéndole que no se movieran, procediendo a abrirles sus mochilas para sustraerles un Discman , un adorno, un par de chalas celestes, un porta Cd., una presto barba y un cepillo de dientes, especies todas que **reconoce en la audiencia** a través de la fotografía que se exhibe, y que se tiene por incorporada al

juicio con la letra a), foto N° 1, de otros medios de prueba del auto de apertura. Además, refiere que Farías Pavez le pidió su billetera, con 15.000 pesos. Que les hablaron en forma violenta, teniendo los cuchillos a la vista y que tanto él como su polola Valeria estaban muy asustados y que los cuchillos eran, uno de mango blanco con un grabado y el segunda era de color negro. Que recuerda las cuchillas ya que una de ellas se la pusieron a la altura de la rodilla. Luego les dijeron que no se movieran y se fueron a otro lugar del parque, instante en que llegó una patrulla de Carabineros y les dio cuenta de lo sucedido. Señala con un mapa que se le exhibe el lugar exacto donde se encontraban al ser asaltados. Que finalmente, a uno de los sujetos lo atrapan cerca del puente Patronato, ya que se tiró al río y que él personalmente nunca perdió de vista a los hechores. Que de la mochila que tiraron los sujetos, recuperaron y les entregaron sus especies, salvo el dinero que no se recuperó -que se lo llevó Farías-; y que su Jockey, que se lo arrebató uno de los acusados, lo tiraron al huir del lugar al ser perseguido por carabineros. Añade que los demás afectados reconocieron también sus especies, las que se las entregaron en la comisaría, previo reconocimiento de ellas. Finalmente, que su polola Valeria, no quiso venir al juicio por miedo. Precisando la actuación que tuvieron los acusados indica que, se sentó a su lado Escalona Garrido y que Farías Pavez le sustrajo $15.000 a su polola y $8.000.- a él, y que todo duró cerca de dos minutos.

b)Juan Aguirre Bermúdez, funcionario de carabineros, quién relata que el día 28 de diciembre de 2005, se encontraba de turno por el sector del centro de Santiago, encontrándose como conductor de un móvil de Carabineros con otro colega, y cuando se encontraban transitando por el calle Miraflores y al llegar a Cardenal Caro viraron hacia el oriente, a una velocidad de 20 Kilómetros por hora, cuando se le acercaron dos jóvenes al vehículo policial, señalándoles que les habían robado, en esos momentos advierten los imputados tal situación y huyen del lugar, bajándose su compañero y siguiendo a uno de ellos, quién se lanza al río Mapocho; él sigue al otro y lo logra detener en el puente Loreto. Reconoce a ambos acusados en el juicio como aquellos que fueron detenidos el día de los hechos a raíz de la denuncia de unos jóvenes que señalaron que les habían robado, y encontrándoseles especies en su poder, las que mantenían en una de las dos mochilas que portaban, una de color negro y ora de color gris, y que reconoce en la audiencia como aquellas que incautaron con la detención. Luego de detener a uno de ellos, señala, que viró el vehículo y se paró pasado el puente Patronato y desde allí podía visualizar al otro hechor, el que trataba de ocultar algo en el río. En el puente se encontró una cortapluma de color blanco. Entre las especies, había una cortapluma de color negro -con figura de caimán- de Escalona, en el interior de la mochila de color negro, y la otra cortapluma la encontró el Gope, en el puente del río, entregándoseles ambas a ellos por cadena de custodia. Que, luego de la detención llegaron dos parejas de jóvenes afectados, quienes reconocieron especies de la mochila de Escalona. Luego se les tomó declaración a los jóvenes, los cuales les señalaron que se encontraban en actitud pasiva y se les acercaron dos sujetos quienes los asaltaron.

Contra examinado por la defensa señaló que nunca perdió de vista a la persona que persiguió y que ésta, antes arrojó la mochila y que no lo vio deshacerse de ninguna especie. A las especies se las fotografiaron en la unidad. Su compañero tampoco perdió de vista al otro sujeto, el que se arrojó al río y a aquel sujeto -Farías - no se le encontró nada, sólo la cortapluma. Tampoco les encontraron dinero.

c) Claudio Enrique Cartes Lillo, funcionario de Carabineros, quien expresa que el día de los hechos, se encontraba patrullando, de turno por el calle Miraflores y viraron con su colega Aguirre Bermúdez hacia el oriente por calle Cardenal Caro y antes de llegar a José Miguel de la Barra, instantes en los cuales se les acercaron dos jóvenes, (un hombre y una mujer) quienes les señalaron que los habían asaltado dos sujetos, señalando que eran los que iban cruzando la pista de Cardenal Caro, y que huían, uno hacia el puente Patronato y el otro hacia el puente Loreto. Refiere que se bajó del móvil a fin de perseguir al que se dirigía al puente Patronato, sujeto que se lanzó a la ribera del Mapocho, siendo arrastrado por la aguas luego, y detenido por personal del Gope que llegó al lugar. Entretanto, el cabo Agui-

rre siguió al otro individuo en el vehículo policial en dirección al oriente, logrando su detención en el puente Loreto. **Reconoce en la audiencia** al sujeto que fue detenido en el puente Patronato como Farías Pavez. Luego, continua su relato, señala que regresó su compañero con el otro imputado y que llegaron seis personas afectadas, quienes fueron trasladadas a la unidad, las que reconocieron íntegramente las especies. **Reconoce luego la cortapluma** que se le exhibe, la que es de empuñadura color blanco marca Stainless, signada con la letra c) de la prueba material ofrecida por la Fiscalía en el auto de apertura, como aquella que se incautó a los acusados en la detención. Finalmente, expresa que las víctimas reconocieron a los detenidos como los autores de los robos y las especies recuperadas como suyas y que los imputados no prestaron declaración en la comisaría.

2. Con otros medios de prueba consistente en:

Una fotografía correspondiente a la N° 1 de la letra a) que señala las especies, tales como un par de chalas celestes, un Discman color blanco con verde, un porta CD, una presto barba y un cepillo de dientes.

HECHO N° 2

1. Con la prueba testimonial, consistente en las declaraciones de:

a) Paulina Alejandra Castillo Varas, 19 años, estudiante, quien señala que en la madruga del día 28 de diciembre de 2006, se juntó con su amigo Hernán Huerta a la salida de la Universidad de Santiago y tomaron un micro y se dirigieron al Parque Forestal, y mientras estaban comiendo unos sándwiches, se apareció un joven a pedirles plata, a quienes le dijeron que no tenían, a raíz de lo anterior se acercó otro quién se puso al lado de Hernán, y allí les dijeron que querían dinero, sacando un arma. Que reconoce a ambos acusados en el juicio, como aquellos que los intimidaron con armas blancas y les robaron. Que vio primero a Farías Pavez y luego a Escalona Garrido. Que les entregó el dinero y el celular que llevaba; uno de ellos se levantó la camisa y le mostró una cicatriz, diciéndoles que si no querían tener una así, mejor que entregaran sus cosas, teniendo ambos un cuchillo en sus manos y a una distancia de entre 30 a 40 centímetros de ellos. El teléfono celular marca Samsung era de su compañero Hernán y fue recuperado, mas no el suyo, que era un Nokia de color azul. Tampoco recuperó su dinero. Al término los amenazaron que nos lo siguieran, ya que andaban otras personas con ellos. Su compañero Hernán fue a buscar ayuda y ella quedó sola un tiempo, hasta que llegaron Carabineros, quienes les mostraron las especies recuperadas, habiendo otra pareja también quienes también reconocieron sus especies. Que a los sujetos los vio otra vez en la entrada a la comisaría (no los vio en el puente). En la comisaría conversaron con las demás víctimas y a todos se les tomó declaración. Señala que nadie recuperó el dinero. Finalmente, que las armas con las que se les intimidó eran cortaplumas, no recordando exactamente su color y que la billetera se la quitó Farías.

Respondiendo a una pregunta aclaratoria del tribunal, indica que se encontraban al momento del asalto, sentados en el pasto en el lado norte del Museo de Bellas Artes y estaban consumiendo jugo y pan.

b) Hernán Huerta Castro, 19 años, estudiante universitario, quien manifiesta que el día 28 de Diciembre de 2005, fue a la Universidad de Santiago y luego se juntó con Paulina Castillo y se fueron al Parque Forestal, se sentaron en el pasto en un lugar cercano al Museo de Bellas Artes; conversaron durante 20 a 30 minutos, y entonces se les acercó un tipo a pedirles plata y comida, luego se acercó otro y se sentaron al lado de ellos, llegando primero -Farías-, uno de ellos sacó una cuchilla y se levantó su polera y mostró una cicatriz, diciendo que si no le entregaban sus cosas, les podía pasar algo malo. El tenía un celular y su bolso, y al no querer entregarles nada, lo amenazó uno de ellos y le colocó la cuchilla cerca de sus costillas y para sacarle el celular le pusieron la cortapluma en la cara. A su compañera Paulina le sacaron su celular y la suma de $7.000. Luego de la detención de los sujetos, le devolvieron su celular, el que tenía el dibujo de un Panda, y que reconoce en la fotografía que se le exhibe como de su pertenencia. Le quitaron además, un anillo de plata que no se recuperó. Finalmente, indica que, al irse los sujetos, los amenazaron, mencionándoles que no los siguieran ya

que había otras personas vigilándolos. Entonces, fue a buscar ayuda, caminando hasta calle Miraflores, e interceptó a Paz Ciudadana. Al volver al lugar, estaban los carabineros al costado del puente Loreto, luego llegó el Gope, quién sacaba unas cosas del puente. Reconoció sus especies en el lugar y en la comisaría, conjuntamente con otras dos parejas mas, con quienes conversó y concluyeron que todos los asaltos habían sido similares. Que el cuchillo con que lo intimidaron era una cortapluma con la empuñadura negra, y que la otra era de color blanco. Se tiene, finalmente, por incorporada mediante su reconocimiento en fotografía, el celular que consta en la fotografía de la letra a) N° 4 de otros medios de prueba del auto de apertura.

2. Con otros medios de prueba consistente en:

Una fotografía del celular marca Samsung de propiedad de Hernán Huerta Castro.

HECHO 3

1.- Prueba testimonial.- consistente en la declaración de:

a) Paola Andrea Torrejón Arce, educadora de párvulos, quién expresa que venía de su trabajo e iba a juntarse con su amigo Marcos Vargas, en el Museo de Arte Contemporáneo. Que no habían almorzado y se sentaron en el pasto a comer algo y luego de un rato se acercaron dos personas, uno de ellos les pidió pan, expresándoles ella que no tenían para darle, entonces llegó otro y les dijo que los iban a asaltar y que no querían comida y les pidieron sus celulares, luego le pidieron su billetera y le sacaron la suma de $7.000. Previamente, uno de los sujetos les dijo que le caían bien, y que iba a dejar la cuchilla en el pasto, pero que, andaba con una pistola además. Reconoce como el sujeto que les pidió pan al acusado Escalona. Le sustrajeron un celular marca Eriksson que se recuperó por Carabineros, y dinero que no se recuperó. Se le **exhibe** en la audiencia una fotografía de su celular, y que corresponde a la N° 2 de la letra a) de otros medios de prueba, la cual reconoce como su celular sustraído el día de los hechos. Indica que le dijeron "que era muy chorita" y allí le mostraron las cortaplumas y le dijo el acusado Farías "si quería tener un tajo como el de él". Luego se fue al Museo a dar cuenta de lo sucedido a un guardia de allí y se puso a llorar ya que estaba muy nerviosa, estuvo un rato allí, y luego vio a carabineros en las afueras, quienes los llevaron con su compañero, a la comisaría donde declaró, reconoció sus especies y se le entregó el celular. Finaliza señalando que antes iba mas seguido al museo, que la última vez que acudió fue hace dos semanas.

b) Marco Antonio Vargas Garrido, quien relata que el día de los hechos se encontraba con Paula Torrejón, con quien había quedado de juntarse para ir al Museo de Arte Contemporáneo, y mientras se servían algo para comer, en el pasto aledaño al lugar, de repente se acercaron dos tipos, quienes les pidieron comida, y ante la negativa de ellos de darle lo que estaban consumiendo, uno de ellos les dijo: "no estoy ni ahí, para comer, concha de tu madre" así que soy chora", insultaban a Paula. Luego le pusieron la cuchilla en forma intimidante, al lado suyo, y le robaron los celulares y dinero. **Reconoce a ambos acusados** presentes en la audiencia como aquellos que los asaltaron el día 28 de diciembre de 2005. Precisando los hechos, señala que se burlaban de él, y a Paula le mostraron una cicatriz que Farías tenía en su abdomen. Luego les dijeron que tenían una pistola. **Reconoce** fotográficamente su **celular marca Eriksson**, signado con la foto N° 3 de la letra a) de otros medios de prueba, el que es de color plateado y que fue recuperado por carabineros. Que pidieron ayuda a guardias del Museo y que fueron cerca de diez minutos el tiempo transcurrido en el asalto. Que ya no concurre tan frecuentemente a dicho Museo por temor.

2.- Otros medios de prueba.-

Reconocimiento de fotografías N° 2 y 3 de celulares de la letra a) de otros medios de prueba.

OCTAVO: Que la defensa no rindió prueba en el juicio, si no tan sólo declaración judicial de los acusados ya descrita en el motivo quinto de este fallo:

NOVENO: Que para que se configure el **tipo penal objetivo** del delito de robo con violencia o intimidación, deben concurrir los siguientes elementos: a) apropiación de especies muebles ajenas con ánimo de lucro, b) sin la voluntad de su dueño, c) ejecutada con violencia o intimidación en las personas, entendiendo por violencia o inti-

midación en las personas los malos tratamientos de obra, las amenazas ya sea 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 forzar a la manifestación o entrega.

No debe perderse de vista, como criterio interpretativo que se trata de un delito complejo pluriofensivo, cuyos bienes jurídicos protegidos de manera directa en esta figura penal, son la seguridad e integridad de las personas y la propiedad.

DÉCIMO: Que la unión lógica y sistemática de todos los hechos consignados en el fundamento séptimo, así como del análisis libre de toda la prueba de cargo reseñada, de conformidad con lo estatuido por el artículo 297 del Código Procesal Penal, sin contradecir en ello los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, en opinión del Tribunal, configuran los delitos de **robo con intimidación**, descritos y sancionados en el artículo 436 inciso 1º del Código Penal en grado de **consumado**, en los cuales ha cabido a los acusados participación en calidad de **coautores**, de conformidad a lo establecido en el artículo 15 N° 1 del mismo cuerpo legal, toda vez que los agentes amedrentaron a sus víctimas, sustrayéndoles especies muebles ajenas, con evidente ánimo de lucro, y contra su voluntad.

El Ministerio Público logró acreditar, con los dichos de las víctimas y los demás medios de prueba, la intimidación puesta al servicio de la apropiación, como elemento del tipo penal objetivo.

UNDÉCIMO: Que a juicio de este tribunal los hechos descritos en el considerando sexto, pueden ser subsumidos en la figura del delito de Robo con Intimidación contenida en el artículo 436 inciso primero del Código Penal, en grado de consumado, por cuanto, la conducta de los imputados en todos los delitos, al utilizar cortaplumas, intimidando con ellas a sus víctimas, e irrumpiendo en el sitio del suceso, como ocurre en los hechos acercándose a ellas, solicitándoles primero dinero o comida, para luego una vez lograda la aproximación corporal proceder a derechamente intimidar con las referidas armas, así como la exhibición ya sea de cicatrices -en el caso de Farías Pavez- o bien de tatuajes -en el caso de Escalona Garrido- destinados a aumentar el temor en los afectados y así lograr la entrega de las respectivas especies; conducta de los acusados, que además de ser apta para coaccionar la voluntad de sus víctimas, fue llevada a cabo para forzar la entrega de las especies que pudieran portar los sujetos pasivos del delito.

Por otro lado, la conducta de los acusados implica no sólo el conocimiento en la esfera del lego de los elementos objetivos de dicho tipo penal, sino además la voluntad o querer manifiesto de llevar a cabo dichas conductas, concurriendo, de esta forma, el **dolo directo**, como elemento del **tipo subjetivo** de esta figura penal, afectándose de esta forma los bienes jurídicamente protegidos.

DUODÉCIMO: Que este Tribunal ha adquirido la convicción sobre la ocurrencia de los hechos punibles, y la participación que los acusados tuvieron en los mismos, con la prueba de cargo rendida en el curso del juicio, y la **propia confesión realizada por los imputados** respecto de todos los ilícitos.

Que respecto del hecho N° 1 el ofendido por el delito, Sebastián Matías Urrejola Herrera, es claro y verosímil en su relato. Reconoce a ambos acusados como los autores del ilícito, dando detalles pormenorizado del actuar de ellos, y de la forma como se produjo la intimidación con arma blanca y la consecuente entrega de las especies que portaba con su compañera en ese momento. Luego dicho relato, guarda relación con lo declarado por los Carabineros Juan Aguirre Bermúdez y Claudio Cartes Lillo, quienes llevaron a cabo la detención de los acusados. Que parte de las especies recuperadas le pertenecen a él como a su compañera Valentina.

Los acusados, a su vez, al declarar en la audiencia, fueron contestes cuando relataron los hechos que derivaron en el robo asignado como hecho N° 1 de la acusación, y guarda armonía con lo narrado por la victima Urrejola Herrera acerca de lo sucedido. También tiene mérito probatorio suficiente el reconocimiento fotográfico en audiencia por parte de esta víctima respecto de las especies sustraídas y que dan cuenta una de las fotografías allegadas al proceso y signadas con el N° 1 de la letra a) de otros medios de prueba.

Por último, y en relación a la víctima de este delito, es importante manifestar que ésta impresionó al Tribunal como persona veraz en sus dichos.

En el hecho N° 2, también los ofendidos por ese delito Hernán Huerta Castro y Paulina Castillo Varas están contestes en que fueron dos los hechores que lo cometieron, número que coincide con las referidas por las víctimas del hecho N° 1, así como las características físicas de los acusados. También relatan de forma detallada la forma como se produjo el asalto, acercándose previamente los autores, pidiéndoles ya sea comida o dinero, para luego proceder derechamente a intimidarlos con las armas blancas que portaban, amenazas verbales y exhibición de cicatrices y tatuajes destinadas a producir temor en ellas; modus operandi común efectuado por los acusados en cada uno de los delitos que se han tenido por acreditados en el juicio. Reconocen, ambos, a los acusados como aquellos que les robaron aquel día de los hechos, y Huerta Castro reconoce además vía fotográfica su celular recuperado con la detención, y que se corresponde con la fotografía N° 4 de la letra a) de otros medios de prueba, presentado por la Fiscalía.

En el hecho N° 3, también las víctimas Marcos Vargas Garrido y Paola Torrejón Arce, son contestes en declarar el modo como fueron asaltados por los acusados, la forma en que se produjo la intimidación a través de las respectivas cortaplumas que ellos portaban y la sustracción de sus especies. Lo anterior también guarda relación con lo declarado por los encausados al momento de prestar declaración en el juicio, con diferencias sólo de matices, que no desvirtúan los hechos en cuanto a estimarlos constitutivos de robo con intimidación, lográndose acreditar plenamente la actividad intimidante efectuada por loa agentes, en sus víctimas. Además, las especies sustraídas y recuperadas fueron objeto de reconocimiento fotográfico en la audiencia, así como las personas de los acusados, como aquellos que efectivamente, el día de los hechos cometieron este ilícito.

En síntesis, con las declaraciones de los testigos de cargo de todos los delitos, quienes de manera indubitada reconocen la participación de los acusados en los ilícitos investigados, conjuntamente con la prueba material incorporada en la audiencia, mas declaración de los funcionarios aprehensores en cuanto a reconocer a lo acusados y sus armas blancas que portaban, es posible concatenar la forma como pudieron ocurrir los mismos, y relacionar las circunstancias de tiempo y lugar.

Finalmente, la propiedad de las especies sustraídas fue acreditada con la propia declaración de las víctimas, quienes refirieron al tribunal su posesión sobre las respectivas especies, al momento del robo. El ánimo de lucro se desprende de la propia naturaleza de las especies sustraídas y además por la propia declaración de ambos acusados en cuanto declararon en el Juicio que fueron al Parque Forestal a sustraer especies para así poder comprar mas droga y seguir consumiendo dichas sustancias.

DÉCIMO TERCERO: Que en lo relativo a la primera alegación de la defensa en orden a tener los hechos cometidos por los acusados y materia de la acusación como constitutivos de un solo delito continuado de robo con intimidación, para resolver tal pretensión hay que analizar los requisitos que exige este instituto de creación doctrinaria y jurisprudencial, ya que no tiene un tratamiento legislativo expreso, y que son tres, a saber: a) unidad de sujeto activo, que de acuerdo a los razonamientos vertidos en los motivos precedentes de este fallo, se encontraría satisfecho; b) unidad de propósito y de derecho violado, cuestión que también se vería satisfecho a la luz de lo concluido en los considerando respectivos, toda vez que los acusados manifestaron en cada uno de los ilícitos cometidos la intención absoluta de hacerse de bienes ajenos y con ellos comprar mas droga, efectuando siempre una conducta similar en la comisión de lo ilícitos realizados y con el mismo dolo directo de robar, y c) unidad de víctima o de sujeto pasivo, elemento que indudablemente falta en la especie, toda vez, que de acuerdo a las victimas que prestaron declaración en juicio, ellas se corresponde con personas distintas y sin ningún vínculo aparente en los distintos delitos. Que la figura del delito continuado, tuvo un origen jurisprudencial para resolver aquellas situaciones caracterizadas por la imposibilidad de distinguir las diversas etapas de la realización del hecho total; pero que sin embargo, tan

pronto como fuera posible precisar las distintas oportunidades parciales de verificación del hecho, nos encontraríamos ante una reiteración, como es el caso sub-lite. Que a mayor abundamiento y respecto a esta última consideración, del merito del proceso, quedó suficientemente acreditado las distintas oportunidades en que se configuró cada uno de los ilícitos cometidos y al menos en los dos primeros el grado de ejecución del delito consumado, por cuanto los agentes pudieron disponer a su arbitrio de las especies que fueron obteniendo de sus víctimas, y tan es así, que lo que dice relación con el dinero sustraído a las víctimas, éste no pudo ser recuperado. Por tales consideraciones, en consecuencia, se desestimará lo solicitado por la defensa y se tendrán los ilícitos cometidos constitutivos de robos con intimidación en las personas reiterados.

DÉCIMO CUARTO: Que la defensa de los acusados ha solicitado no se aplique a sus representados, la agravante de responsabilidad criminal del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, fundado para ello, en que de la naturaleza del hecho cometido, esto es, un robo con intimidación, ejecutado por dos personas y destinada la acción de cada uno de ellos a intimidar, cada vez a dos víctimas respectivamente, dicha acción ejecutada por los hechores, subsumen cualquier calificación adicional del injusto, en el delito mismo, y no entenderlo así vulneraría el principio non bis in idem. Añade que, si por el actuar de los acusados se juzga su participación en un delito determinado, ese mismo actuar no puede servir para agravar la responsabilidad de los mismos. Que ante esta postura estos juzgadores, la rechazarán tal como se adelantó ya en el veredicto respectivo, habida cuenta que del análisis de este tipo penal, la intimidación pude efectuarse de variadas formas y circunstancias siempre que todas o cada una de ellas tengan como propósito o finalidad en el agente el producir temor o indefensión en la víctima, pudiendo en consecuencia, efectuarse la intimidación a través de una sola persona o mas, con o sin armas, o bien tan solo con insultos o amenazas de algún relieve. En consecuencia y teniendo presente, los hechos fácticos de los ilícitos cometidos, se desprende que la acción de ambos autores, intimidando en forma paralela a sus víctimas, e inutilizándolas en su reacción, cada uno a la vez, produjo indudablemente un debilitamiento de la esfera privada de protección, mas allá de lo requerido por el delito mismo, y tuvo la capacidad, por el número de agresores del bien jurídico, de producir un mayor temor en los ofendidos, violentando su seguridad personal, todo lo cual, además, facilitó la entrega de sus pertenencias. Por lo anterior, se rechazará entonces la alegación de la defensa respecto de dicha agravante.

Que en cuanto a la circunstancia agravante de reincidencia específica del artículo 12 N° 16 del Código Penal, invocada por el Ministerio Público respecto a ambos acusados, se allegó al juicio para tales efectos los siguientes documentos: a) extracto de filiación y antecedentes de Héctor Farías Pavez, que da cuenta de una condena anterior en causa rol N° 165.225-2000, del 1° Juzgado del Crimen de Santiago, por el delito de Robo con Intimidación, a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, b) copias autorizadas de la sentencia de primera instancia de esa misma causa y de la sentencia de segunda instancia que confirma la misma, c) y Oficio Ord. N° 327-2006 de Gendarmería de Chile, que indica que Hector Farías Pavez egresó del Centro de Cumplimiento Penitenciario con la pena cumplida con fecha 15 de Diciembre de 2004; d) Extracto de filiación y antecedentes de Erick Andrés Escalona Garrido, que da cuenta, entre otras, de una condena en causa rol N° 164.804-2000 del Primer Juzgado del crimen de Santiago, como autor del delito de Robo con Intimidación y condenado a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, e) se acompaña además copia autorizada de sentencia definitiva de primera instancia y confirmatoria de segunda, respecto de la misma causa, f) Oficio Ord. N° 327-2006, de Gendarmería de Chile, que indica que Erick Escalona Garrido, egresó con fecha 15 de Octubre de 2004, con la pena cumplida en dicha causa. Que de estos antecedentes, a juicio del tribunal se concluye que concurren respecto de ambos acusados la agravante de reincidencia específica, toda vez que ambos presentan una condena anterior por el mismo delito por el cual se les ha acusado en este juicio, la que se encuentra cumplida y no se haya prescrita en cuanto agravante. En consecuencia, se dará lugar a lo solicitado por la Fiscalía, y se estimará concurrente en la especie.

Finalmente, la defensa invocó la atenuante de responsabilidad penal, prevista en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, esto es, la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos por parte de ambos acusados, teniendo como fundamento para ello, la declaración de ambos acusados en el juicio, renunciando a su derecho a guardar silencio y a no auto incriminarse, todo lo que constituye a su juicio colaboración. Sin embargo, el tribunal no acogerá la minorante invocada, ya que, con los elementos probatorios allegados al Juicio es dable considerar que tanto el hecho punible como la participación se encontraban suficientemente justificado con la prueba de cargo rendida por el Ministerio Público, consistente básicamente en la declaración de los testigos - víctimas de los hechos y la prueba material acompañada, siendo en consecuencia el testimonio de ambos acusados un complemento de la misma, lo que produjo la convicción en el Tribunal que existían por parte del ente persecutor elementos probatorios suficientes para acreditar los elementos del tipo penal y la participación culpable, sin necesidad de los testimonios de los acusados. Que si bien el Tribunal, valora la declaración de los acusados, sus dichos no tienen la entidad suficiente para encuadrarla dentro del mandato legal que exige que dicha colaboración sea sustancial para ser acogida.

DÉCIMO QUINTO: Que el representante de la Defensa, en su alegato de clausura aludió a la ilegalidad de las fotografías tomadas a los acusados cuando se encontraban sometidos a prisión preventiva en el Centro de Detención preventiva Santiago Sur, por no haber una autorización clara al respecto. El Tribunal prescindirá de valorar dicho medio de prueba en la parte en que dicha fotografías reflejan la cicatriz de Farías Pavez en su torso y los tatuajes de Escalona Garrido, sin perjuicio de haberse acreditado tales hechos con la propia declaración de los acusados y su exhibición. Que respecto de lo mismo, y de acuerdo a la las máximas de experiencia, el tribunal entenderá que dichas circunstancias fueron advertidas por las víctimas al momento de cometerse los ilícitos y produjeron algún tipo de impresión en ellas, de carácter mas o menos intimidatorio, dependiendo de la personalidad de cada cual de las víctimas.

DÉCIMO SEXTO: Que para determinar la sanción que corresponde imponer a los acusados **Héctor Farías Pavez** y **Erick Escalona Garrido**, por los tres delitos que se les acusa, se tendrá presente que en todos ellos, a los dos acusados les perjudican dos circunstancias agravantes y no les favorecen circunstancias atenuantes; y que la pena asignada al delito por el cual se le condena, de acuerdo a lo que dispone el artículo 436 inciso 1° del Código Penal, va de presidio mayor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado máximo, cualquiera sea el valor de las especies substraídas.

Que, a su vez, por encontrarnos ante tres delitos de robo con intimidación reiterados deberá darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 351 inciso primero del Código procesal penal, por ser mas beneficioso para los acusados y estimarlos como un solo delito, y se aumentará por unanimidad, en un grado respecto, del mínimo establecido por la ley, esto es, desde presidio mayor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado medio.

Luego, el artículo 68 inciso cuarto del Código Penal prevé que cuando la pena señalada por la ley consta de dos o más grados, y existiendo dos o más agravantes, y no concurren atenuantes, el tribunal podrá imponer la pena inmediatamente superior en grado al máximo de los designados por la ley. El Tribunal en este punto, estimando de tal entidad las agravantes que concurren procederá a imponer la inmediatamente superior en grado a la señalada en el párrafo anterior de este considerando, quedando en consecuencia en presidio mayor en su grado máximo. A su vez, y dentro de dicho grado el tribunal por mayoría de sus integrantes, y teniendo presente lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal, por la menor extensión del mal producido con el delito, en el sentido de no haberse provocado una efectiva afectación de la integridad física de las víctimas y haberse recuperado parte de las especies sustraídas, y a fin de no sancionar nuevamente la conducta agravándola aún mas de lo ya establecido la fijarán en la parte inferior de dicho grado, tal como se dirá en la parte resolutiva de este fallo.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, a lo dispuesto en los artículos 1°, 11 N° 9, 12 N° 16, 15, 18, 28, 50, 68, 69, 432, 436 inciso 1°, y 456 bis N° 3 del Código Penal y artículos 1°, 2º, 45, 46, 47, 295, 296, 297, 323, 325 a 338, 340, 341, 342, 344 y 351 del Código Procesal Penal, **SE DECLARA:**

I.- Que se **condena a Héctor Mauricio Farías Pavez** y **a Erick Andrés Escalona Garrido**, ya individualizados, como coautores de tres delitos reiterados de robo con intimidación, en las personas de Sebastián Urrejola Herrera, Hernán Huerta Castro, Paulina Castillo Varas, Marco Vargas Garrido y Paola Torrejón Arce, en grado de consumados, previstos y sancionados en el artículo 436 inciso 1° Código Penal, cometidos en la comuna de Santiago, el día 28 de Diciembre de 2005, **a la pena única de QUINCE AÑOS Y UN DÍA de presidio mayor en su grado máximo, a cada uno,** mas las accesorias 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.

II.- Que no reuniendo los sentenciados los requisitos de la Ley Nº 18.216, y atendida además, la extensión de las penas corporales impuestas, no se concede a los mismos, ninguno de los beneficios en ella contemplados.

III.- Que las penas corporales que por esta sentencia se imponen a los sentenciados Héctor Farías Pavez y Erick Escalona Garrido, se les contarán desde el día 28 de Diciembre de 2005, fecha desde la cual han permanecido ininterrumpidamente privados de su libertad en la presente causa, como consta del auto de apertura correspondiente.

IV.- Que se exime del pago de las costas de la causa a los sentenciados atendida la facultad que el inciso final del artículo 47 del Código Procesal Penal confiere al Tribunal del Juicio Oral en lo Penal y teniendo en consideración el hecho de haber sido defendidos por Defensor Penal Público, presumiéndoseles pobres, de conformidad al artículo 600 del Código Orgánico de Tribunales.

V.- Que se dispone el **comiso** de las mochilas y cortaplumas usadas por los acusados con ocasión de la comisión de estos delitos, el cual ha sido incorporado al juicio como evidencia material.

VI.- Devuélvanse los documentos acompañados por los intervinientes e incorporados al juicio.

Ejecutoriado que sea el presente fallo, dese cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal y, en su oportunidad, remítase copia autorizada al Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago.

Regístrese y archívese, en su oportunidad.

Se previene que el magistrado señor Flores, fue del parecer de aplicar a cada uno de los acusados, la pena de veinte años de presidio mayor en su grado máximo, teniendo para ello presente que dentro de las reglas fundamentales para la regulación de la pena se tiene que estar a aquella que dice relación con el mal causado por el delito, siendo este valorado por el tribunal, quien deberá apreciar el peligro corrido por el bien jurídico protegido por el ilícito penal y las circunstancias en que este se desarrolló. En este caso se trata de tres delitos de robo con intimidación cometidos por los acusados, siendo un atentado pluriofensivo, en donde lo esencial es la protección brindada a la seguridad e integridad de las personas, además de constituir un atentado contra la propiedad. Que tal atentado a la seguridad e integridad de las víctimas quedó claramente demostrado en el juicio, toda vez que ambos sentenciados portaban armas blancas que les fueron exhibidas a los ofendidos usando expresiones amenazantes para su integridad física, lo que hacía posible que estas se concretaran en caso de que las víctimas no accedieran a entregarles especies de su propiedad, actuando en consecuencia los acusados Farías y Escalona, con absoluto desprecio hacia sus personas, al aprovecharse de la circunstancia que ellas se encontraban desprotegidas en un lugar conocidamente de esparcimiento y a pleno día, donde hasta el ciudadano más cuidadoso no prevee que pudiera ser objeto de un delito de esta naturaleza.

Sentencia redactada por el magistrado don Pedro Suárez Nieto y la prevención por su autor.

RUC N°:0500695820-8

RIT N°: 32-2006

SENTENCIA DICTADA POR LA SALA DEL CUARTO TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO, PRESIDIDA POR DON MAURICIO OLAVE ASTORGA, E INTEGRADA, ADEMÁS, POR LOS MAGISTRADOS DON JOSÉ FLORES RAMÍREZ Y DON PEDRO SUÁREZ NIETO, TODOS TITULARES DEL TRIBUNAL.

CORTES DE APELACIONES

- **Señala que el delito continuado exige la imposibilidad de individualizar diversas infracciones realizadas en pos de un mismo propósito delictivo.**[2]

Tribunal: Corte de Apelaciones de Temuco.

Resumen:

Las Defensas de los condenados interpusieron sendos recursos de nulidad fundados en las causales de los artículos 373 letra a), 374 letras e) y f) y 373 letra b) del Código Procesal Penal, fundados en estimar que se habían visto conculcadas garantías constitucionales al mermarse su posibilidad de defensa, que no se había respetado el principio de la congruencia, así como tampoco las exigencias de toda sentencia contenidas en el artículo 342. La Corte Suprema declaró inadmisible el recurso, remitiendo los antecedentes a la Corte de Apelaciones de Temuco para que se pronunciase. La Corte de Apelaciones rechazó los recursos señalando que el derecho a defensa no se había visto conculcado por la prueba anticipada, la cual se había rendido en presencia de todas las partes y de acuerdo a las exigencias legales. Agregó que el principio de congruencia no se había visto afectado, toda vez que los errores denunciados lo eran meramente referenciales y no referidos a aspectos penales relevantes que pudieren determinar el ilícito, las participaciones o las penas. Respecto de las supuestas falencias del fallo condenatorio, la Corte aseveró que de la lectura de sus considerandos respectivos sólo se podía concluir que sí cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, así como los de la letra d) del mismo artículo. En cuanto a la letra e) del citado artículo, manifestó que si bien faltó en la primera sentencia respecto de los delitos por los cuales eran absueltos, esta omisión se salvó con la sentencia complementaria dictada dentro del plazo legal sin haber producido agravio en los recurrentes. También fueron desechadas las alegaciones en torno a existir una errónea aplicación del derecho que hubiese influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, porque incurrieron en el defecto formal de invocar un supuesto error de derecho en base a una supuesta insuficiencia de la prueba sin justificar el error en ésta, ni cómo se produjo, usando la sola afirmación de no haberse probado un elemento del delito, y sin considerar que de la lectura del considerando respectivo era posible desprender que los jueces impugnados consideraron la forma en que las conductas ilícitas de los imputados se encuadraban dentro de la figura penal de la estafa. Respecto de concurrir esta misma causal en la parte civil de la sentencia por no haber hecho distinción en los montos a pagar por los autores y el cómplice, la Corte recordó que la distinción en el grado de participación sólo tenía efectos respecto de la graduación de la pena, pero no respecto de los daños a resarcir. Finalmente, en cuanto a la alegación de una de las Defensas de tratarse de un delito continuado, también lo rechazó por estimar que cada uno de los ilícitos por los que fueron condenados tuvo una fecha cierta de comisión con actividades perfectamente individualizables en el tiempo y cuantía.

---

[2] Ver sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de fecha cinco de julio de 2006, publicada en la sección previa de este Boletín.

Texto completo:

Temuco, Primero de Agosto de dos mil seis.

VISTOS:

Que, en juicio oral llevado a cabo en causa R.U.C. N°0410011439-4 y R.I.T. N°006-2006 seguido contra **LUZ ANGELICA OJEDA CAMPOS, ROLANDO HERNAN ZAMBRANO CANDIA** y **HERNAN PATRICIO PINILLA ASCENCIO,** se ha deducido por la defensa de los acusados, recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por los jueces del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, don Erasmo Sepúlveda Vidal, Leopoldo Vera Muñoz y Gonzalo Garay Burmás, por la cual, condenó a **Luz Ojeda Campos** a la pena de siete años de presidio mayor en su grado mínimo; a **Hernán Patricio Pinilla Ascencio**, a la pena de seis años de presidio mayor en su grado mínimo; y a **Rolando Zambrano Candia**, a sufrir la pena de trescientos días de presidio menor en su grado mínimo, como autores los dos primeros, de los delitos de Estafa en grado de consumado y uno en grado de frustrado, en perjuicio de Carlos Spiess Trinkl y Berta Castillo Olivares y además a Hernán Pinilla, como autor del delito de Prevaricación cometido contra estas mismas personas; y a las accesorias legales de inhabilitación absoluta para el ejercicio de profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas del juicio; y a una multa a beneficio fiscal de veintiuna unidades tributarias mensuales; y como encubridor a Rolando Zambrano, a la pena corporal que se dijo y a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público mientras dure la condena y a una multa de veinte unidades tributarias mensuales.

Que, contra la sentencia, las defensas de los imputados, deducen Recurso de Nulidad para ante la Excma. Corte Suprema, por estimar que se configura la causal del artículo 373 letra a) y la de la letra e) y f) del artículo 474 y letra b) del artículo 373.

Que, la Excma. Corte Suprema, por resolución de primero de Junio de dos mil seis, declara inadmisible los recursos entablados en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal y ordena pasar los autos a la Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco, a fin que conozca y falle, si estima admisible, las otras causales invocadas.

Que, se llevó a cabo la audiencia para la vista de los recursos que se declararon admisibles y a ésta comparecieron y alegaron por los recurrentes, los abogados Luis Mencarini, por la sentenciada Luz Ojeda Campos; don Manuel Contreras Lagos, por la defensa de Rolando Zambrano; y el abogado Julio Disi Rojas, por la defensa del sentenciado Hernán Pinilla Ascencio. Por el Ministerio Público, el Fiscal señor Cristián Paredes Valenzuela y por los querellantes, los abogados Matías Balmaceda y Alfonso Podlech Michaud.

Que, terminados los alegatos, el Tribunal delibera y luego comunica a los intervinientes que la causa queda en acuerdo y la sentencia será leída en la audiencia del Primero de Agosto del presente año a las 09:00 horas.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, tanto la defensa de Luz Ojeda Campos como de Patricio Pinilla Ascencio, dedujeron la causal de nulidad prevista en el artículo 373 letra a) del Código .Suprema, fundados en que se habría admitido como prueba durante el juicio oral, la prueba anticipada prestada por el querellante Carlos Spiess, mediante la exhibición de un video grabado en VHS, invocándose para ello su estado de salud, hecho que a juicio de la defensa de Ojeda, le impidió el adecuado ejercicio de sus derechos al no poder contrainterrogarlo y ha vulnerado la garantía de igualdad ante la Ley prevista en el artículo 19 N°2 de la Constitución, estableciendo diferencias arbitrarias entre las partes y que la defensa de Pinilla sostuvo como vulneración de las garantías del debido proceso, fundado en similares argumentos.

SEGUNDO: Que, por Resolución de fecha uno de Julio de dos mil seis, a fojas 351, la Excma. Corte Suprema estimó que los argumentos esgrimidos por los recurrentes, se refieren a supuesta infracción con el derecho a Defensa, aún cuando se les haya mencionado como supuesta infracción de garantías constitucionales y que ellos podrían configurar las causales de nulidad absoluta previstas en la letra c) del artículo 374 del Código Procesal Penal y que debía procederse en conformidad con lo dispuesto en el artículo 383 inc.3° letra a) del mismo Código, tal como consta en sus considerandos cuarta y octava.

TERCERO: Que, de acuerdo a lo señalado a esta Corte corresponde dilucidar si los hechos fundantes en su declaración podrían considerar la causal de anulación absoluta que dispone el artículo 374 letra c) del citado cuerpo legal, esto es, "cuando al defensor se hubiere impedido ejercer las facultades que la Ley le otorga"; que la infracción a la disposición señalada precedentemente, debe rechazarse, por cuanto, la declaración de la víctima Carlos Spiess, fue prestada en Octubre de dos mil cuatro ante el Juez de Garantía, en atención a la normativa que señala el artículo 331 en relación al artículo 191 del Código de Procedimiento Penal, con presencia de todos los intervinientes, donde los abogados defensores de Luz Ojeda Campos, Hernán Pinilla Ascencio y Rolando Zambrano Candia, estuvieron presentes, en esta prueba anticipada, y pudieron ejercer sus derechos, amén que los ilícitos penales narrados por el declarante, están acreditados con otros medios probatorios que señala el fallo, por lo cual no se divisa una infracción al debido proceso, que amerite anular el Juicio Oral.

CUARTO: Que, la defensa de la imputada Luz Ojeda Campos, deduce Recurso de Nulidad en contra de la sentencia dictada con el objeto de obtener la invalidación de la misma y que se dicte la de reemplazo o la invalidación del juicio y de la sentencia, según sea la causal que se acepte, por lo cual, en su libelo plantea la del artículo 374 letra f), esto es, que la sentencia ha sido dictada con infracción a lo que previene el artículo 341 del Código Procesal Penal. Cabe consignar además, que la misma causal la invoca la defensa de Hernán Patricio Pinilla en su libelo, con el número cuatro y también, es interpuesta por la defensa de Zambrano, como cuarta, en su libelo de nulidad.

La defensa de la imputada Luz Ojeda Campos, señala que el artículo 341 establece el Principio de Congruencia, que impide a la sentencia exceder el contenido de la acusación, agrega que las partes son dueñas del conflicto y los jueces tienen un rol pasivo, por lo cual, el Tribunal, debe resolver según los hechos contenidos en la acusación; y que en el presente juicio, se ha vulnerado aquello, puesto que, los hechos de la acusación, no están establecidos en la sentencia, alegando que con respecto al ilícito por los dólares del Banco Credit Suisse, los montos reclamados por la querellante, no son coincidentes con lo resuelto en el fallo impugnado. Exactamente lo mismo alega la defensa de Rolando Zambrano, especificando que el monto de lo apropiado por los imputados son US 335.714,00 (trescientos treinta y cinco mil setecientos catorce dólares), según la acusación equivalentes a $210.082.289, (doscientos diez millones ochenta y dos mil doscientos ochenta y nueve pesos chilenos) y los que se fijan en la sentencia como indemnización por tal hecho es: $188.679.823.-

Que, con respecto a esta causal la defensa de Hernán Patricio Pinilla Ascencio, señala en su libelo de fojas 239 y siguientes, que los hechos que dicen relación con el Banco Credit Suisse, tuvieron lugar entre Septiembre de dos mil tres y Enero de dos mil cuatro, dice el fallo, en circunstancias que la acusación señala que los hechos empezaron en Julio de 2003.-

QUINTO: Que, este Tribunal rechaza la causal interpuesta por las defensas, puesto que, la acusación de fojas 12, señala que el día doce de Septiembre de dos mil tres, se presentaron al Banco Credit Suisse, Agencia de Chile, una carta con la firma de Carlos Spiess y Berta Castillo, solicitando la revocación de administración de los fondos depositados en dicha institución, por un monto de US 335.795,20, equivalentes en moneda nacional a $220.654.384,00 , por lo que no se divisa la falta de congruencia, entre la acusación y fallo, puesto que, la indemnización que ordena pagar la sentencia, en concordancia con el considerando cuarenta y siete, es menor que la cuantía del delito que señala la acusación, lo que no da pábulo para estimar que deba anularse, máxime que la cifra que señala el fallo, es superior a las 400 UTM y por ende, el hecho ilícito, se encuentra sancionada en el último inciso del artículo 467, en relación con el artículo 468 del Código Penal, que es en definitiva la tipificación del delito cometido por los imputados.

SEXTO: Que, además la defensa del imputado Hernán Patricio Pinilla, alega que también existiría incongruencia entre la acusación y sentencia, por cuanto, la estafa por la apropiación de los predios rurales, según sentencia, habría ocurrido en Agosto de dos mil dos, en circunstancia que la acusación señala que tal ilícito se realizó

en Julio de dos mil tres; que también señala la misma incongruencia, con respecto a los bienes raíces urbanos, puesto que, la sentencia señala que la apropiación se habría realizado entre Julio del dos mil tres y Julio del dos mil cuatro, en circunstancias que la acusación señalaría que es el siete de Octubre de dos mil tres.

SÉPTIMO: Que, este Tribunal estima que un posible error meramente referencial, como en este caso, con respecto a fechas de ocurrencia de ilícitos, no puede vulnerar el Principio de Congruencia contenido en los artículos 259 y 341 del Código Procesal Penal, pues no afecta a los hechos y circunstancias penalmente relevantes, puesto que en la sentencia se establece con toda la prueba, incluso instrumentos públicos, no habiendo entre la acusación y la sentencia una calificación distinta de los hechos que dieran margen a aceptar la causal de nulidad alegada, sino precisión sobre su fecha de ocurrencia, y por ende se rechaza.

OCTAVO: Que, la defensa de Luz Ojeda Campos en su libelo de fojas 196, interpone como tercera causal de nulidad la del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, esto es, que la sentencia ha sido dictada con omisión de los requisitos previstos en el artículo 342 del mismo texto, en sus letras c), d) y e). También es invocada esta causal de nulidad, como tercera, por las defensas de Rolando Zambrano Candia en su libelo de fojas 218 e igualmente interpone esta causal de nulidad con los números tercera, quinta y sexta, la defensa de Hernán Patricio Pinilla Ascencio en su escrito de fojas 239 y siguientes.

NOVENO: Que, la defensa de Luz Ojeda Campos, alega que la letra c) del artículo 342 impone a la sentencia la obligación de expresar en ella la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados y de la valoración de los medios de prueba que fundaren sus conclusiones de acuerdo a lo que dispone el artículo 297 del Código Procesal Penal; agrega que la sentencia que motiva su impugnación "no contiene ninguna exposición como lo exige la Ley", como por ejemplo, referidas a la imputación que se hace a los condenados como autores de haber procedido ellos a la cancelación y cobro de cheques, o que los hayan efectivamente cobrado y añade "que tampoco hay exposición clara, lógica y completa de hechos relativos al perjuicio producido, a la forma como se establece y a los elementos de convicción en el monto de ellos, que permitan justificar la decisión que a este respecto se adopta".

DÉCIMO: Que, el motivo absoluto de nulidad planteado precedentemente, consiste en el no cumplimiento de los requisitos del artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, en cuanto a que se haya omitido la "exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados y la valoración de los medios de prueba que fundamentaren las conclusiones a que se llegare". Este Tribunal estima que en los considerandos trigésimo, trigésimo primero y trigésimo segundo, se ha efectuado análisis exhaustivo de los hechos, se ponderó y valoró, legalmente la prueba rendida y se estableció la responsabilidad que les cupo en esos hechos a los imputados, que idearon el apoderarse ilícitamente, de los dólares depositados en el Banco Credit Suisse, por los ofendidos, por lo cual, la causal de nulidad interpuesta por la defensa de Luz Ojeda, debe rechazarse, por no haber infracción a la norma referida.

UNDÉCIMO: Que, esta misma causal anterior, como se señaló, fue interpuesta por la defensa de don Hernán Patricio Pinilla Ascencio, alegando que el Tribunal Oral en lo Penal, no consideró informes periciales aportados por los acusadores por estimarlos irrelevantes, según lo consignado en la sentencia complementaria de fojas 421; este Tribunal estima que la prueba **es de la acusadora o querellante, no de la defensa de los imputados,** por lo que no se vislumbra cuál es el perjuicio para ella, no existiendo un mal, que cause daño a los intereses de ésta y por lo tanto, no debe anularse el juicio oral.

DUODÉCIMO: Que, igualmente la defensa de Rolando Zambrano Candia, ha impugnado la sentencia y solicita nulidad por la misma causal ya referida precedentemente, en el sentido de existir "omisión de la sentencia, de exposición clara, lógica y completa de los hechos dados por probados". Que este Tribunal estima, como se dijo anteriormente, que los considerandos trigésimo, trigésimo primero y trigésimo segundo, existen he-

chos que involucran a los imputados Ojeda, Pinilla y que Hernán Zambrano Candia fue beneficiado con el actuar ilícito de los primeros y por ende, debe responder en calidad de encubridor, no siendo creíble, que los $30.000.000. que recibió, fueran producto de un mutuo, entregado por una de las víctimas, tal como lo dice el fallo, que se pretende anular.

DÉCIMO TERCERO: Que, la defensa de Luz Ojeda Campos y Rolando Zambrano han fundado además la causal del artículo 374 letra e) en que la sentencia habría omitido la exigencia prevista en el artículo 342 letra d), ambos del Código procesal Penal, "en cuanto a las razones legales y doctrinales que sirven para calificar jurídicamente los hechos y fundar el fallo".

DÉCIMO CUARTO: Que, del mérito del considerando trigésimo segundo, es posible verificar que éste se refiere a los elementos del delito en base a hechos que da por acreditados en su consideración trigésima, no verificándose la omisión que reprocha. En cuanto a la omisión de la disposición legal infringida, el fallo expresamente señala que se da por acreditado el delito de Estafa Calificada, dando una calificación jurídica al delito, lo que se encuentra en perfecta armonía con lo resuelto en el considerando trigésimo noveno, en el cual, se señala que tanto Ojeda como Pinilla son responsables de tres delitos de Estafa Calificada previstas en el artículo 468 y sancionados con la pena que estipula el inciso final del artículo 467 del Código Penal y que Zambrano es responsable en calidad de encubridor, de uno de esos delitos, motivo por el cual será rechazada tal alegación.

DÉCIMO QUINTO: Que, en cuanto al requisito previsto en el artículo 342 letra e) del Código Procesal Penal, en que incurriría la sentencia y que configuraría la causal del artículo 374 letra e), como fuera alegada por la defensa de Ojeda, al no señalarse en la sentencia la decisión del asunto controvertido, en cuanto a la declaración de absolución respecto de varios delitos, por los que fuera acusada, tal alegación será rechazada, ya que, si bien tal declaración no se consignó en lo resolutivo de la sentencia de trece de Abril de dos mil seis, ello fluye de manera patente en sus consideraciones duodécima, décimo quinta, décima sexta, décima octava, vigésima, vigésima primera y vigésima tercera, máxime si tal declaración fue hecha de manera expresa en la sentencia complementaria de dieciocho de Abril de dos mil seis, la que se tuvo como parte integrante de la anterior, no verificándose agravio alguno para la recurrente, que la habilite para recurrir en mérito de tal alegación, conforme a lo dispuesto en el artículo 352 del Código Procesal Penal.

DÉCIMO SEXTO: Que, la defensa de Hernán Patricio Pinilla Ascencio invoca como quinta causal de su libelo de fojas 239, que la sentencia aprecia la prueba contraviniendo las reglas de la lógica, conforme al artículo 374 letra e), en relación a los artículos 342 letra c) y 297 del Código Procesal Penal, es decir, habría infracción a normas de valoración de la prueba, al contradecir principios de lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicos afianzados; alega que en la declaración de una de las víctimas, Carlos Spiess, se valora sus dichos otorgándole credibilidad en parte a su testimonio y condena por tres delitos y absuelve por otros dos, por lo cual, añade no es lógico que un testimonio que se desecha para condenar por dos delitos y se absuelva, sirva para condenar por otros.-

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, este Tribunal estima que lo que pretende el recurrente, es señalar que el testimonio de un testigo debe aceptarse íntegramente o bien desecharse totalmente, no pudiendo darse crédito a lo que relate en relación a determinados hechos y con otros no. Sin embargo, de la lectura del fallo se desprende en forma nítida, que el Tribunal Oral en lo Penal, ha valorado el conjunto de pruebas que relaciona, las que le llevan a la convicción a dar por acreditados los hechos que sirven para condenar, como señala lo resolutivo del fallo, y también a declarar la inexistencia de otros ilícitos, señalados en la parte final del considerando vigésimo tercero y en la sentencia complementaria de fojas 421; por cuanto, es perfectamente posible que lo que declare un testigo en relación con un aspecto sea reafirmado o esté en concordancia con otros medios probatorios que lo hagan verosímil y, a la inversa, que algunos aspectos de su declaración no lo sean, por consiguiente la causal de nulidad invocada, debe ser rechazada.

DÉCIMO OCTAVO: Que, la defensa de Hernán Pinilla Ascencio interpuso en su libelo de fojas 239 una sexta causal de nulidad contemplada en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, es decir, que en la sentencia se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342 letra c), d) y e) del texto legal citado. En el caso específico no existir una exposición clara, lógica y completa de los hechos que se dan por probados, alegando que lo señalado en el considerando trigésimo primero con respecto a la declaración efectuada por su defendido en el Tribunal, no guarda relación con lo que ocurrió en el Juicio en lo que respecta al relato que allí se consigna, ya que, existe un cambio en el orden en que fueron efectuadas las declaraciones.

DÉCIMO NOVENO: Que, el Tribunal desecha la causal invocada precedentemente, por cuanto, un cambio de orden en las declaraciones, para una mayor claridad de ellas, en nada altera la exposición clara y lógica de los hechos, las declaraciones del imputado Pinilla están consignadas y las pruebas que avalan sus dichos, están contenidas en el considerando trigésimo, por lo cual, no se divisa, cuál es el perjuicio que sufre el imputado por este supuesto cambio, de ahí que debe rechazarse la causal de nulidad invocada por la defensa.

VIGÉSIMO: Que, la defensa de la imputada Luz Ojeda Campos, interpone como cuarta causal de nulidad la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal esto es, la de haber hecho una errónea aplicación del derecho que ha tenido influencia substancial en lo dispositivo; la defensa de Rolando Zambrano Candia, también invoca esta causal, como se desprende de su libelo de fojas 218. La defensa del imputado Pinilla Ascencio, interpone en su libelo de fojas 239 la misma causal referida precedentemente, con los numerales séptima y octava y en forma subsidiaria de esas causales, interpone una novena causal, con todo, también invoca una décima causal en forma conjunta.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, la defensa de Luz Ojeda, al invocar la causal de error de derecho, hace tres planteamientos: el primero dice relación con el engaño en la donación de los inmuebles rurales; el segundo dice relación con el elemento engaño en la estafa frustrada, con respecto a los bienes urbanos; y el tercero en relación con los dineros que estaban depositados en el Banco Credit Suisse; señala en su libelo de fojas 196 página 32 "que en conclusión en este caso no se acreditó suficientemente los presupuestos de tipo penal de estafa del artículo 468 del Código Penal, pues la hipótesis de los acusadores, no lograron ser ratificados por un vasto número de pruebas, sino que por el contrario, fueron atacadas contundentemente por otros que originaron un cúmulo de dudas razonables, razón por la cual, forzosamente ha debido resolverse en contra de la existencia de un ardid o maquinación fraudulenta por parte de los encartados y por la misma falta aquel engaño que pueda inducir a error en los querellantes al momento de donar sus bienes a favor de Luz Ojeda"; más adelante en relación a los dineros del Banco Credit Suisse, el recurrente señala que en la fs. 33 "del mismo modo que respecto de los delitos anteriores, en este caso tampoco se puede considerar la estafa por la cual se condena, puesto que, en tales hechos no se ha probado la existencia del engaño, maquinación, ardid o argucia que se requiere para provocar el engaño que motiva la disposición patrimonial, ni tampoco se ha acreditado la existencia del perjuicio que constituye un elemento objetivo imprescindible para poder sancionar".

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, la defensa de Luz Ojeda incurre en la equivocación de invocar asuntos de apreciación de prueba como errores de derecho, los que supuestamente hubieren influido en la calificación de los delitos de estafa, porque en síntesis, el recurrente que plantea esta nulidad, se refiere a temas de prueba, ya que afirma que no se probó el engaño, circunstancia que no puede invocarse bajo la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, que está establecida exclusivamente para enmendar errores en la aplicación del derecho. En el mismo error incurre el recurso del imputado Rolando Zambrano Candia, como se constata en su libelo de fojas 218 páginas 12 y 15 cuando señala: "primero no se ha probado que los querellantes hubieren firmado la escritura de donación engañados o creyendo que firmaban otro documento"; y más adelante en la página 15 señala: "respecto de la estafa calificada de los bienes raíces rústi-

cos, no se justifica adecuadamente en qué forma se produce el engaño y los demás elementos que configuran el delito de estafa y mucho menos existen pruebas que lleven a determinar tal delito". El recurso presentado por la defensa del imputado Hernán Pinilla adolece de defectos similares, pues al leer los fundamentos de la séptima causal, página 38, no se explica cuál es el error de derecho, en que se incurrió, sino que nuevamente se invocan supuestos defectos probatorios que se vuelven a repetir en la octava causal, página 43, reiterando y alegando que no se rindió prueba suficiente para configurar el engaño.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, esta Corte estima que los tres recursos interpuestos precedentemente por las defensas de Luz Ojeda, Rolando Zambrano y Hernán Pinilla, incurren en el defecto formal de invocar un supuesto error de derecho, argumentando la insuficiencia de la prueba rendida en el juicio, para establecer cierto requisito del tipo legal, no justificando cuál es el error en la aplicación del derecho, ni cómo se produjo, simplemente afirman que no se probó un elemento del delito, situación muy alejada de la causal establecida en el artículo 373 letra b) que es de derecho estricto, unido al hecho, que en el considerando veinticinco, los jueces impugnados, consideran la forma en que las conductas ilícitas de los imputados se encuadran dentro de la figura penal de la estafa, por los cuales éstos fueron sancionados, de ahí, que no se divisa que pueda invalidarse la sentencia por las causales de nulidades mencionadas, salvo que se eliminaran hechos que los jueces competentes tuvieren por acreditados.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, la defensa de Luz Ojeda y Rolando Zambrano interponen la causal de nulidad fundada en el artículo 373 letra b) esto es, errónea aplicación del derecho que ha tenido influencia sustancial en lo dispositivo, en lo que dice relación a las acciones civiles acogidas en la sentencia, a saber, la acción restitutoria y el monto de los perjuicios; Rolando Zambrano alega que se le ordena pagar en forma solidaria, la indemnización, teniendo en el ilícito penal la calidad de encubridor.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, esta Corte estima que la sentencia en la parte civil, hizo una aplicación correcta del artículo 348 del Código Procesal Penal ordenando, a la imputada Luz Ojeda Campos la restitución jurídica del inmueble denominado resto del Fundo Huilipilún, que fue obtenido en forma ilícita, ordenando la cancelación de la inscripción que está a favor de la imputada, en el Conservador de Bienes Raíces de Temuco; Que tal Resolución tiene por objeto reestablecer las cosas al estado anterior a la comisión de la conducta delictiva, materia por la cual se condena y existe una aplicación aquí, de lo que dispone el artículo 31 del Código Penal; el cual señala que "toda pena que se imponga por crimen o simple delito lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan", por consiguiente, la Ley impone en forma cierta la obligación de resarcir las consecuencias nocivas por el delito cometido y la restitución equivale a la vuelta de la cosa-bienes, al legítimo propietario que ha sido privado de la misma, por obra de la infracción ilícita, de ahí que no hay ilegalidad en lo que resolvió el Tribunal Oral en la parte resolutiva de su fallo.

VIGÉSIMO SEXTO: Que, los hechos delictuosos producen dos consecuencias jurídicas, una de carácter penal y otra de carácter civil; la primera da nacimiento a la acción penal, que se sigue contra el imputado para imponerle la sanción que corresponde; la segunda concede a la víctima la acción civil destinada a exigir a los autores, cómplices y encubridores, la reparación de los daños y la indemnización de perjuicios que a los ofendidos les causa la infracción ilícita, por lo cual la indemnización establecida por los jueces del Tribunal Oral, está dictada dentro del ordenamiento jurídico vigente.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, únicamente la responsabilidad penal que proviene de un delito permite graduar esa responsabilidad mediante penas mayores o menores, según sea el grado de participación como autor, cómplice o encubridor, en delito consumado, frustrado o tentado, conforme a los artículos 14 a 17 y 50 a 52 del Código Penal.

En cambio, la responsabilidad civil que deriva del hecho delictuoso, no tiene esa misma división, sino sólo la obligación de reparar los daños causados, cualquiera sea el grado de participación o desarrollo del delito, (artículo 56 y 59 del Código Procesal Penal).

En consecuencia, con lo dicho en el fundamento anterior y en el presente, no cabe sino rechazar esta causal de anulación, por no ser efectivos sus fundamentos.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, la defensa de Rolando Zambrano Candia interpone como causal de nulidad la infracción al artículo 344 del Código Procesal Penal, como asimismo la defensa de Luz Ojeda en el punto tercero página 37, de su libelo de fojas 196, también plantea la violación a dicha norma, que Hernán Pinilla también alega el vicio de nulidad como décima causal de su libelo de fojas 239 y la solicita según el artículo 373 letra b), pues según las defensas, ha existido una errónea aplicación de derecho porque se ha transgredido el artículo 344, alegando en resumen, que el día cinco de Abril de dos mil seis, el Tribunal Oral en lo Penal comunicó la decisión en orden a absolver a los imputados de algunas acusaciones y de condenarlos por tres delitos de estafa, fijándose para el trece de Abril de dos mil seis, la lectura del fallo acordado; Que el dieciocho de Abril de dos mil seis, mediante correo electrónico, se notificó a las partes, de una sentencia complementaria. Alegan que esa resolución que completa la sentencia, está dictada fuera del plazo que contempla la ley procesal penal y por ser extemporánea, debe anularse el juicio oral.

VIGÉSIMO NOVENO: Que, el artículo 52 del Código Procesal Penal establece que serán aplicables al procedimiento penal, las normas comunes a todo procedimiento, contempladas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil y el artículo 184 de este último Código, faculta al Tribunal, para rectificar **"de oficio"**, dentro de los cinco días de dictado el fallo definitivo, omisiones, aclarar puntos dudosos de ésta. El Tribunal Oral en lo Penal, en la sentencia complementaria del día dieciocho de Abril de dos mil seis, salvó la omisión de no declarar en lo resolutivo lo que había anunciado en el considerando vigésimo tercero en el sentido que debía absolver a los imputados de algunos delitos de que eran acusados; Por consiguiente, no afecta a dicha sentencia complementaria la cosa juzgada, puesto que, esta sentencia posterior, no resuelve nada nuevo que no se haya expresado en el considerando señalado; igual ocurre con respecto de testigos y peritos, a los que valoró como irrelevantes para la decisión del caso, unido al hecho, que estos testigos y peritos fueron presentados por los querellantes, por lo que no se vislumbra que haya perjuicio de ninguna naturaleza para los recurrentes. Que, además, el hecho de no comunicar esta sentencia complementaria en **Audiencia**, no causa perjuicio por tratarse de una sentencia absolutoria, que ya se había decidido en el considerando veintitrés y no es necesario, porque según el artículo 344 del Código Procesal Penal, debe citarse a nueva audiencia cuando no se hubiere leído el fallo en la fecha original fijada al efecto. Por lo cual, no existiendo una modificación a la parte resolutiva del fallo dictado el día trece de Abril de dos mil seis, ni alterándose el conflicto resuelto, no es posible acoger la nulidad planteada por los recurrentes Zambrano, Ojeda y Pinilla.

30. Que, la defensa de Hernán Pinilla Ascencio interpone en su libelo de fojas 239 una novena causal invocándola como subsidiaria contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por existir errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Alega que se le condenó como autor de tres delitos de estafa en perjuicio de Carlos Spiess y de Berta Castillo Olivares, en concurso ideal con el delito de Prevaricación a la pena de seis años de presidio mayor en su grado máximo; debió decir mínimo. Que en la sentencia se aplicó el artículo 351 de la norma procesal en circunstancias que debe aplicar el artículo 75 del Código Penal, puesto que aquí, existe el delito continuado y no reiterado como se decidió en la sentencia.

31. Que, el Tribunal estima que esta causal debe ser desestimada, por cuanto, el delito continuado es una elaboración de la Doctrina y sirve para integrar como una sola infracción punible las diversas conductas ilícitas, cometidas por una sola persona. Esta figura se ha ideado para favorecer al imputado y descansa no sólo en la unidad de un sujeto activo y pasivo de las diversas infracciones, realizadas con un solo propósito delictivo, de despojar del patrimonio a las víctimas, sino en la imposibilidad de individualizar cada uno de ellos, circunstancia que no se da en el presente proceso, puesto que, cada uno de los ilícitos por los cuales se sancionó tiene fecha determinada de comisión, maneras de ideación,

con actividades perfectamente individualizadas en el tiempo y con su cuantía, a saber, los dólares del Banco Credit Suisse, el apoderamiento de Bienes Raíces rurales y de los Bienes Raíces urbanos. De ahí que no es posible castigar estas conductas, como un solo delito y por ende esta causal debe ser rechazada; más aún si esta causal se interpone como subsidiaria de las anteriores que eran de nulidad, donde se alegó inexistencia del delito y aquí, se acepta la ilicitud del mismo hecho delictuoso, proponiendo que se le rebaje la sanción, lo cual resulta un planteamiento contradictorio, impropio de un Recurso de Nulidad, que sólo acepta la subsidiariedad cuando se trata de causales distintas, según lo dispone el artículo 378 del Código Procesal Penal.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 352, 358, 360, 372, 375 y 384 del Código Procesal Penal, se declara que no se acoge los Recursos de Nulidad interpuestos por los abogados defensores Luis Mencarini Neumann, Manuel Contreras Lagos, Jaime Madariaga de la Barra, conjuntamente con el abogado Marcos Chesta Quiero, en contra de la sentencia de fecha trece de Abril de dos mil seis y la complementaria de fecha dieciocho de Abril del presente año, escrita a fojas 380 y siguientes y 421 respectivamente, dictada por el Tribunal en juicio Oral en lo Penal de Temuco.-

Regístrese y Devuélvase.-

ROL: 662-2006

Redacción del señor Fiscal Judicial don Luis Troncoso Lagos.-

- **Declara que los extranjeros también pueden ser beneficiados con un cumplimiento alternativo de la pena, de los establecidos por la ley 18.216, en virtud del principio constitucional de la igualdad ante la ley.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Santiago.

Resumen:

La Defensa interpuso un recurso de apelación en contra de la sentencia condenatoria que le negó al condenado el beneficio de la libertad vigilada, argumentando la irrelevancia del informe pre-sentencial de Gendarmería, por cuanto en él sólo se consideró su ciudadanía peruana para presumir su falta de arraigo social y familiar, situación contradicha por la oferta de parte de un ciudadano chileno de trabajo y albergue durante el tiempo de la condena. La Corte confirmó el fallo apelado fundamentada en el hecho de nunca haber estado el condenado inserto en nuestra sociedad, por cuanto sólo había ingresado a nuestro país una vez, precisamente para delinquir, demostrando un grave menosprecio por nuestro orden jurídico y social. Agregó, además, que otorgarle el beneficio de la libertad vigilada constituiría una contradicción con la Ley de Extranjería, por cuanto al establecer ésta la prohibición de ingreso al país de personas que trafican droga, permitir que el condenado cumpliere su condena mediante la libertad vigilada permitiría que un sujeto con prohibición de ingreso residiere y deambulare libremente por el territorio nacional.

Texto completo:

Santiago, catorce de junio de dos mil seis.

Oídos los intervinientes:

PRIMERO: Que, con fecha veinticuatro de mayo de dos mil seis, el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, dictó sentencia en procedimiento abreviado en causa RUC 0500449118-3 seguida en contra del acusado JUAN MARCO FERNANDEZ GRANDEZ, y lo condenó a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, cometido el día 20 de septiembre de 2005, sin beneficios.

SEGUNDO: Que, notificada legalmente la sentencia, la defensa del condenado interpuso recurso de apelación en contra del fallo sólo en aquella parte que denegó el beneficio de la libertad vigilada, conformándose en lo demás.

TERCERO: Que, fundamentando el recurso interpuesto, el señor defensor señala que la sentencia le causa agravio a su defendido pues éste cumple con todos los requisitos establecidos por la ley para ser merecedor del beneficio señalado en el considerando anterior. En relación a los requisitos previstos por las letras a) y b) del artículo 15 de la Ley Nº 18.216, expresa que concurren en la especie por cuanto al sentenciado se le aplicó una pena privativa de libertad superior a dos e inferior a cinco años y no ha sido condenado anteriormente por crimen o simple delito. En relación al requisito establecido en la letra c) de la misma disposición legal citada, sostiene la defensa, que si bien el informe pre-sentencial elaborado por Gendarmería de Chile, le es desfavorable, ello se debe, básicamente, a que su defendido es ciudadano peruano y que por ser extranjero carece de arraigo familiar o social. Sin embargo, agrega el recurrente dicha circunstancia no es relevante toda vez que cuenta con una promesa de trabajo y de albergue por parte del ciudadano chileno Eduardo Salinas Rojo, de manera que, de otorgarle el beneficio tendrá domicilio conocido y una fuente laboral.

CUARTO: Que, por su parte, el Ministerio Público solicitó la confirmación del fallo en todas sus partes, por no concurrir en la especie los presupuestos legales básicos para hacer procedente el beneficio solicitado.

QUINTO: Que, para resolver el asunto sometido a decisión de esta Corte es necesario determinar, en primer lugar, el propósito perseguido por el legislador al establecer en la ley Nº 18.216 el beneficio de la libertad vigilada, para luego precisar si al condenado FERNANDEZ GRANDEZ le corresponde gozar del referido beneficio.

SEXTO: Que, de la simple lectura del artículo 14 y 15 de la Ley Nº 18.216 se aprecia que la finalidad perseguida con el beneficio de la libertad vigilada es permitirle al condenado que reúne ciertos requisitos, readaptarse y reintegrarse a la sociedad chilena.

SÉPTIMO: Que, sin perjuicio de lo expuesto y no siendo discutido que en virtud del principio de igualdad ante la ley consagrado en la Constitución Política de la República, un extranjero formalizado y condenado en Chile puede obtener un beneficio alternativo al cumplimiento efectivo de una pena, en el caso en estudio es dable considerar que el condenado FERNANDEZ nunca estuvo inserto en nuestra sociedad. Más allá de no tener ningún arraigo familiar ni laboral en Chile, demostró -por el contrario- un singular menosprecio por el orden jurídico y social de nuestro país, puesto que, la vez que ingresó a Chile, lo hizo precisamente, para cometer un delito grave.

OCTAVO: Que, por otra parte, si se revisa lo establecido por el artículo 15 de la ley 18.216, se observa, además, que dicha disposición establece algunos referentes a considerar al momento de determinar la procedencia del beneficio de la libertad vigilada. En efecto, la disposición expresa que, más allá de los informes sobre antecedentes sociales y características de personalidad del condenado, se apreciará también la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito, a fin de establecer la posibilidad cierta que dicha medida sea útil para alcanzar el fin de readaptación buscado.

NOVENO: Que, en el caso en estudio, y por estar frente a un procedimiento abreviado, no es posible por falta de otros antecedentes - desvirtuar la conclusión a que arribó Gendarmería de Chile en el informe pre-sentencial, siendo absolutamente irrelevante el documento exhibido en estrado y que da cuenta de una presunta oferta de trabajo al condenado.

DÉCIMO: Que, a mayor abundamiento cabe señalar que, conceder al condenado el beneficio de la libertad vigilada, constituiría una contradicción evidente con la Ley de Extranjería que prohíbe el ingreso al país a las personas que trafican droga. De esta manera, con el beneficio señalado se permitiría que un sujeto con prohibición de ingreso, resida y deambule libremente por el territorio nacional sujeto a precarios controles administrativos.

Atendido lo anteriormente expuesto, y de conformidad a lo dispuesto por el artículo 399 del Código Procesal Penal en relación con el artículo 370 del mismo texto legal, se declara: Que se confirma en lo apelado la sentencia de fecha veinticuatro de mayo de dos mil seis, dictada por el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago.

Redacción del Abogado Integrante señor Cruchaga.

Regístrese y comuníquese.

Ingreso Nº 989-2.006.-

RUC 0500449118-3

Dictada por los Ministros señor Mauricio Silva Cancino y señora Rosa María Maggi Ducumann y por el Abogado Integrante señor Ángel Cruchaga Gandarillas.

- **Reitera opinión jurisprudencial respecto de la exigencia objetiva de la agravante del artículo 456 bis Nº 3 del Código penal referida a la participación de dos o más personas en los delitos de robo o hurto.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia.

Resumen:

La Defensa interpuso un recurso de nulidad en contra del fallo condenatorio, por estimar que al acoger los jueces la agravante del artículo 456 bis Nº 3 del Código Penal hicieron una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en el fallo, toda vez que si bien fueron dos los actores, ellos carecían del carácter de malhechores al no tener antecedentes penales, además de objetivamente no haber mejorado sus posibilidades de impunidad por estar las casas sin moradores. La Corte rechazó el recurso señalando que éste no autoriza a las Cortes a revisar los hechos que se han tenido por probados en el juicio oral, porque el análisis de las pruebas presentadas es atribución exclusiva de los jueces del fondo. Respecto de la agravante en cuestión, señaló que ésta sólo requiere que participen dos o más personas.

Texto completo:

Valdivia, veintiocho de Julio de dos mil seis.

VISTOS:

Que a fojas 42 de esta carpeta RUC 0600070208-9 y RIT 43-2006, el Defensor Penal Mario Enrique Venegas Gudenschwager por los imputados José Roberto Diocares Soto y Juan Antonio Diocares Cabrera interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva de fecha 1º de Julio de 2006, por la cual se condenó a los imputados a cada uno, a la pena única de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio como autores de los delitos de robo de especies con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación en grado de consumado en perjuicio de don Neri Gabett Martínez Carrasco y de robo de especies con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, en grado de frustrado en perjuicio de don Carlos Eugenio Fierro Arias. Fundamenta el recurso de nulidad en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo; toda vez que infringiendo lo disposición del artículo 456 bis Nº 3 del Código Penal, hizo concurrir en contra de sus defendidos tal causal de agravación, que le significó la imposición de una mayor pena, toda vez que sus representados tenían dos atenuantes y sin tal causal les habría permitido la rebaja de cada una de las condenas. Refiere que es improcedente la aceptación de esa agravante, ya que sus defendidos nunca han delinquido, por lo que no se les puede considerar malhechores, pues así lo señala el artículo 17 Nº 4 del Código Penal; y en caso alguno, la multiplicidad aumenta el injusto, ni aseguran la impunidad a través de la mutua ayuda y no se debilitan por eso las defensas de las víctimas.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que para fundamentar la causal invocada la recurrente manifiesta que los jueces de la Primera Sala del Tribunal Oral en lo Penal, doña Cecilia Samur Cornejo, como Presidenta, doña Paula Rodríguez Fondón, como integrante, y doña Gloria Sepúlveda Molina, como Redactora, en el considerando Décimo Quinto de su sentencia hicieron valer en perjuicio de sus defendidos José Roberto Diocares Soto y Juan Antonio Diocares Cabrera, la agravante del artículo 456 bis Nº 3 del Código Penal, es decir, la de ser dos o más los malhechores, lo que de acuerdo a sus argumentaciones sobre la materia constituye un error, dado que los antecedentes pretéritos de los imputados son irreprochables y asimismo,

en la perpetración del ilícito los hechores no debilitan la defensa privada, no aumentaron el peligro que corren las víctimas y no hubo mayor seguridad en la actuación de los delincuentes, pues los bienes raíces estaban sin moradores; y obviamente, sin esta causal de agravación, con las dos atenuantes que tienen a sus representados la penalidad, en cada caso habría sido abiertamente menor, y por ello, terminan refiriendo, que al proceder a tal calificación los jueces mencionados han realizado una errónea aplicación de derecho que ha influido substancialmente en lo resolutivo del fallo.

SEGUNDO: Que preciso es colacionar que en el sistema procesal penal en estudio, existe como un principio fundamental que el correspondiente análisis de las probanzas corresponde a los jueces de la instancia, carácter que no inviste la Corte de Apelaciones respectiva cuando se procede al conocimiento de un recurso de nulidad, de manera que no se pueda acceder hasta la revisión de los hechos que se han dado por establecido por los Jueces de la valoración de los antecedentes probatorios que les entregan cada parte interviniente en el proceso.

TERCERO: Que de la manera reseñada precedentemente, preciso es concluir que en el vicio de nulidad propuesto por la interesada, no se denota ni deviene infracción ninguna que emane de la normativa que la permita, ya sea invalidando el juicio o la sentencia recaída en los autos, ya que es legalmente improcedente revisar los hechos, en atención a que su establecimiento deriva y emana de cada uno de los elementos probatorios consignados en la sentencia que se revisa; y sin duda , aquello se refleja y sale del propio recurso hecho valer por la defensoría, el que por su parte de esos mismos hechos estudiados y analizados por los sentenciadores obtiene conclusiones diferentes.

CUARTO: Que sin perjuicio de lo reflexionado, cabe asentar que la causal de agravación contenida en el artículo 456 bis Nº 3 del Código Punitivo, ha sido largamente debatida en cuanto a su concurrencia y comprobación, e inexorablemente la mayoría de la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, e incluso la doctrina, resuelven su aceptación en términos similares a la señalada en el basamento Décimo Quinto del fallo en estudio, sin que tenga trascendencia si al instante de la comisión del ilícito hayan o no moradores en los domicilios, pues aquello lo ignoran los delincuentes, y en todo caso, tal situación no los detiene al instante de la perpetración dolosa, sin perjuicio, que evidentemente al ser más de uno el hechor, contribuye lógica y racionalmente a la impunidad de los agentes y por ende, debilitan las defensas de las víctimas; más aún si pareciera que fuera ilógico que si la casa tiene moradores existe la agravante, y en caso negativo, no, toda vez que en instante alguno tal circunstancia está sujeta a dicha condición; pues el artículo 456 bis Nº 3 del Código Penal, requiere que se trate de delitos de robo y hurto y en ellos participen dos o más personas, que toman el carácter de hechores o malhechores.

Por las precisas consideraciones expuestas, disposiciones legales citadas y lo estatuido en los artículos 372, 373 letra b) y 384 del Código Procesal Penal, se declara sin lugar el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de los imputados José Roberto Diocares Soto y Juan Antonio Diocares Cabrera en contra de la sentencia dictada por la Primera Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de Valdivia, el primero de Julio de dos mil seis, escrita de fojas 12 a 40, de esta carpeta; con costas.

Redactada por el Presidente de la Primera Sala, Ministro don Mario Julio Kompatzki Contreras.

Regístrese y devuélvase.

Rol Nº 207-2006.

No firma el Ministro don Rodolfo Patricio Ábrego Diamantti, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y acuerdo del fallo, por encontrarse ausente.

- **Señala que la víctima en sentido colectivo dice relación con los intereses sociales relevantes del artículo 111 del Código Procesal Penal.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Coyhaique.

Resumen:

El querellante, una sociedad comercial, interpuso un recurso de apelación en contra de la resolución del Juez de Garantía que declaró inadmisible su querella por injurias y calumnias. Sus fundamentos radicaron en que la Constitución Política de la República reconoce en el artículo 19 N° 4 el derecho de las personas a la honra, sin distinguir si se trata de personas jurídicas o naturales, situación además expresamente prevista por la ley 19.733 en sus artículos 16 y 29, teniendo así la condición de víctima exigida por el Código Procesal Penal para querellarse, tanto por sí como por las personas naturales que la conforman, desde el momento que en virtud de la teoría de la colectividad ellas participan de sus atributos. La Corte rechazó el recurso señalando que si bien las personas jurídicas también gozan del derecho a la honra, ello no les confiere la calidad de sujeto pasivo de los delitos de injuria y calumnias del Código Penal, porque las eventuales ofensas no se encontraban dirigidas en contra de la honra o del honor de las personas que forman parte de esta persona jurídica, y que de hecho no fueron nombradas ni sindicadas, además de ser imposible calumniar a una persona jurídica toda vez que ésta no puede ser el sujeto activo de un delito. Concretamente, respecto de la teoría de la colectividad invocada, sostuvo que el concepto de víctima en sentido colectivo dice relación con bienes jurídicos colectivos referidos al funcionamiento del sistema social, y que sirven de base a los bienes individuales, encontrándose expresamente considerados en el inciso cuarto del artículo 111 del Código Procesal Penal, debiendo afectar intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto, situación distinta de la de autos. Respecto a considerar que el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República asegura el respeto a la honra de las personas sin distinguir si son jurídicas o naturales, declaró que esta norma sólo protege a las personas naturales desde que garantiza la "honra de la persona" y "de su familia". Entonces, siendo el bien jurídico protegido aquellos afectos, apegos, devociones o sentimientos personalísimos de la víctima basados en la naturaleza espiritual del ser humano, y de los cuales carece la persona jurídica, lo que a esta última corresponde en caso de sentirse lesionada en su prestigio comercial, es accionar en materia de responsabilidad civil. Finalmente, en cuanto a que existiría disposición expresa que otorga la legitimidad activa a las personas jurídicas en los delitos de injurias y calumnias, aclaró que la acción que la ley 19.733 otorga es aquella que permite exigir la aclaración y rectificación de una determinada publicación, además de ser la debida interpretación de su artículo 29, acorde con el artículo 30 y siguientes, que éste sólo es aplicable a las personas naturales y no a las jurídicas.

Texto completo:

Coyhaique, once de agosto de dos mil seis.

VISTOS, OÍDO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que se han elevado estos antecedentes RUC N° 0610011217-3, RIT 783-2006, Rol Ingreso Corte 71-2006, sobre querella de acción privada por delitos de calumnias e injurias, interpuesta por Ronald Schirmer Prieto, abogado, en representación de Pesquera Los Fiordos Ltda., deducida en contra de Víctor Espinoza Espinoza, empleado público, Sub Comisario de la Brigada Investigadora de Delitos contra el Medio Ambiente, de la Policía de Investigaciones de Chile y contra Carlos Palacios Martínez, abogado Fiscal Local Subrogante de la comuna de Puerto Cisnes, en recurso de apelación en contra de la reso-

lución dictada por el señor Juez de Garantía don Mario Enrique Devaud Ojeda, de fecha 12 de julio de 2006, por la cual y proveyendo a lo principal de la querella anteriormente indicada, declaró inadmisible ésta, por estimar que la persona jurídica que se dice ofendida por los delitos de calumnia e injurias graves con publicidad, no puede ser titular de la acción que pretende deducir en contra de las personas ya señaladas y en contra de todos aquellos que resulten responsables como co-autores, cómplices o encubridores de los mismos.

SEGUNDO: Que el compareciente Gabriel Brunetti Barroso, abogado, en representación de la parte querellante, Pesquera Los Fiordos, con fecha 13 de julio de 2006, a fojas 19 y siguientes, deduce recurso de apelación en contra de la mencionada resolución, que declaró inadmisible la querella interpuesta, solicitando se revoque lo resuelto y, en definitiva, se declare admisible ésta.

Fundamenta su petición señalando que no es efectivo que las personas jurídicas no tengan atributos de la personalidad, como son el nombre y el honor, entre otros, y que éstan integradas por personas naturales que trabajan para ellas y forman una comunidad. Estas personas naturales que integran la persona jurídica participan de los atributos de ella y, en particular, del prestigio de la misma y, de este modo si el cuerpo de una empresa es lastimado por injurias y calumnias pronunciadas por terceros, todos y cada uno de los trabajadores miembros de este cuerpo colectivo también se sienten lesionados en su honra y prestigio, todo lo cual se conoce como la "Teoría de la Colectividad"; concepción moderna de la empresa que no fue considerada por el Juez de Garantía negándole a su representada importantes atributos de su personalidad. Agrega que, una situación distinta, es que las personas jurídicas no sean responsables criminalmente, ya que serían las personas naturales las que ejecutarían las acciones típicas por ellas, según lo dispone el artículo 58 del Código Procesal Penal. Que el artículo 55 del Código Procesal Penal dispone expresamente que la acción penal privada no podrá ser ejercida por otra persona que la víctima y, en consecuencia, es fundamental determinar el concepto de víctima para la aplicación del derecho penal chileno, partiendo de la premisa básica que la ley penal no distingue, por lo que el sentenciador tampoco debió hacerlo. Que la víctima es el ofendido por el delito y en el caso de autos es claro que la Pesquera Los Fiordos es la persona a la cual los dichos de los querellados ofenden y lesionan y, por ende, es una víctima, titular de una acción que le permite defender su honra y su prestigio comercial en forma debida y como se lo garantiza la propia Constitución Política de la República, teniendo legitimidad activa y por ello puede interponer querellas por los delitos de calumnia e injurias.

Que, respecto al delito de injurias, definido en el artículo 416 del Código Penal, se ha solicitado la investigación de hechos punibles razonando el Tribunal que sólo las personas naturales están legitimadas en forma activa para poder interponer este tipo de delitos de acción privada, razonamiento que hoy en día se encuentra superado por las disposiciones relativas a las Garantías Constitucionales, específicamente lo dispuesto en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República, norma esta que protege la honra de las personas, sin distinguir si se trata de personas jurídicas o naturales y el Código Civil, en su artículo 54, clasifica a las personas como jurídicas o naturales, por lo que entiende que ambas, sin distinción, gozan de los atributos de la personalidad y, en el caso de autos, se trata de una persona jurídica que comercializa productos de especies hidrobiológicas, que son exportadas a distintos mercados mundiales como Estados Unidos, Japón y la Unión Europea, los que disponen de normas ambientales y de calidad sumamente exigentes y muy sensibles a las alteraciones al orden normal.

Que, además, el ámbito de la responsabilidad, específicamente extracontractual y referida al daño moral se ha ido extendiendo lo que puede traer como consecuencia un perjuicio moral en las personas jurídicas, las que pueden ser susceptibles de ser responsables y también victimas de daño moral, lo que obviamente atendida su especial naturaleza, afectará aspectos vinculados a su actividad comercial, proyecciones, fama, capital, expectativas y relación de confianza con sus clientes y si bien no tiene sentimientos que puedan verse afectados con la lesión, sí disponen de un activo moral que sus administra-

dores deben mantener en el tiempo y en este orden de cosas pueden también ser legitimados activa o pasivamente en materia penal del ejercicio de acciones penales privadas.

Que, a mayor abundamiento, hay norma expresa que reconoce estos atributos ya que la Ley 19.733, de 4 de junio de 2006, que deroga y reemplaza íntegramente a la Ley 16.643, que regula sobre las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, en su artículo 16, señala que toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su aclaración o rectificación sea gratuitamente difundida, norma esta que es clara en determinar que tanto las personas jurídicas como naturales disponen de dichos derechos. Que, además, la misma ley, también otorga a las personas jurídicas la facultad de poder querellarse por injurias y calumnias ante los representantes legales y los periodistas responsables de la información lesiva a su honor, que trae aparejado un perjuicio moral, según el párrafo segundo de la ley ya indicada y, asimismo, también esta ley en su artículo 29, otorga expresamente el derecho de interponer querella por los delitos de calumnia e injurias cometidos por los medios de comunicación social, y el artículo 40 contempla el derecho de obtener indemnización por la comisión de dichos delitos, por lo que no cabe duda que la moderna legislación confiere a las personas jurídicas el derecho a defender su honor, otorgándole la acción penal, lo que justifica la admisibilidad de la querella y, de mantener la interpretación efectuada por el juez, se establecería una prohibición permanente del ejercicio de la acción penal privada a las empresas y corporaciones, además que, como lo dispone el artículo 55 del Código Procesal Penal, estas no pueden ser ejercidas por otra persona que la victima, calidad que tiene su representada, agregando que el artículo 109 del mismo cuerpo legal establece claramente que la victima (sin distinguir entre las clases de personas) tiene derecho a interponer querellas y a recibir el amparo de la justicia frente a la ofensa que ha sufrido y, en el caso de autos, los querellados profirieron expresiones que provocan descrédito y deshonra a su representada, incluso avaluable en dinero, en atención a las graves consecuencias que conlleva.

Expresa, también, que los querellados han transgredido normas expresas en relación a la naturaleza de la investigación que se lleva adelante, ya que el artículo 92 del Código Procesal Penal prohíbe expresamente a los funcionarios policiales informar a través de los medios de comunicación social, identificar responsables de una investigación criminal, en la cual no existe ninguna persona con la calidad de imputado y, por su parte, el señor Palacios, Fiscal Local Subrogante de Puerto Cisnes, al ventilar información en una conferencia de prensa, está infringiendo el deber de secreto que le impone la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público y el artículo 182 del Código Procesal Penal, respecto de terceros ajenos a la investigación criminal.

TERCERO: Que para dilucidar la materia debatida cabe consignar, en primer lugar, que la protección al honor, en nuestra legislación penal, se encuentra contemplada e incluida en el Título VIII del Libro II del Código Penal, referido a los crímenes y simples delitos contra las personas, y a continuación del articulado que dice relación con los delitos de homicidio, infanticidio, lesiones corporales y del duelo, es decir, todas aquellas figuras ilícitas que protegen a las personas naturales y sancionan a su vez, por la comisión de estos, a personas naturales, por lo que se puede deducir que los preceptos del Código Penal, como lo señala el tratadista Alfredo Etcheberry, en su obra "Derecho Penal", Tomo III, parte especial, edición revisada y actualizada al año 1997, aseguran y tutelan el honor como una "cualidad inherente a las personas humanas, individualmente consideradas", agregando que "la consubstanciabilidad del honor y la personalidad solo concurre respecto de aquellas: la personalidad jurídica es ficticia y no consta de mas atributos que de aquellos que la ley, por fines jurídicos y económicos, le concede", concluyendo luego, referido al delito de calumnia, que este consiste en la imputación de un delito y en atención a que la responsabilidad penal es propia solo de las personas naturales, resulta imposible de concebir una calumnia dirigida contra una persona jurídica como tal, que sería la situación que habría ocurrido en el caso que se analiza, puesto que la propia compareciente, abogado Ronald Schirmer Prieto señala accionar para que se castigue a los querella-

dos y todo aquel que pueda resultar responsable, como co - autor, cómplice o encubridor, por los delitos de calumnia e injurias graves y con publicidad, proferidos en contra de su representada "Pesquera Los Fiordos Ltda.", sin que en la mencionada querella se señale se vea afectado el honor o la honra de alguna persona natural en particular ni tampoco éstas han comparecido como colectividad, y lo mismo debe considerarse respecto al delito de injurias, desde el momento que ésta es, al tenor de lo señalado en el artículo m esto es, de su cónyuge, hijos menores de edad, padre, madre; únicas personas, atendidas sus cualidades y atributos personales, que pueden verse afectados en sus sentimientos del honor y sufrir la mortificación por la vulneración del mismo ya que la persona jurídica carece de familia, constituyendo por tanto dicha garantía una protección al patrimonio moral de la persona natural y así lo ha entendido la jurisprudencia de nuestros tribunales, debiendo citarse a tal efecto lo dictaminado por la Excma. Corte Suprema en causa Rol N° 1797-2000, la que conociendo un recurso de protección civil estableció en su considerando 4°): "que el número 4 del artículo 19 de la Constitución Política de la República asegura "El respeto y protección a la vida privada y pública y la honra de la persona y de su familia", precepto del cual se deriva con la mayor nitidez que la protección se entrega tan sólo a las personas naturales y no a las personas jurídicas como lo es la empresa recurrente" (Gaceta Jurídica N° 240: Sentencia de 29 de Junio de 2000).

En consecuencia, no cabe sino concluir que la acción para perseguir una sanción por los delitos de calumnias e injurias, sólo compete a las personas naturales y no jurídicas ya que el bien jurídico protegido está referido directamente con los afectos, apegos, devociones o sentimientos personales de la víctima, o más bien dicho personalísimos de ella, sobre sus atributos o derechos de su personalidad, aquellos que están basados en la naturaleza espiritual del ser humano, del hombre, de los cuales carece la persona jurídica, la que atendida su naturaleza ficticia o artificial, le podrá asistir una acción indemnizatoria, en caso de sentirse lesionada en su prestigio comercial, pero ello no la legitima para accionar en la forma que lo hizo, debiendo agregarse que, en materia de responsabilidad civil, se debe diferenciar la víctima, en el derecho penal, del perjudicado civil que sufre un daño por el comportamiento antijurídico de otro, un tercero, a quien le asiste el deber de repararlos en caso de acreditar la concurrencia del mismo.

QUINTO: Que la querellante ha hecho hincapié, además, en el concepto o teoría de la colectividad para explicar que las personas jurídicas reúnen una serie de condiciones y atributos propios también de las personas naturales, en especial del derecho de la honra y al prestigio comercial, que pueden verse menoscabados por la comisión de delitos y que el juez les ha desconocido. Sin embargo, y respecto a ello, cabe indicar que, aparte del concepto tradicional que se tiene de víctima, como la persona que sufre el daño directo producto del delito, efectivamente se ha ido incorporando el concepto de víctima en sentido colectivo, cuando un conjunto de personas se ven afectadas o perjudicadas en sus intereses, pero ello dicen relación con bienes jurídicos colectivos que están referidos con el funcionamiento del sistema social, que sirven de base a los bienes individuales, como lo son la salud pública, la seguridad social u otros de tal entidad, e incluso ellos se encuentran considerados en el inciso cuarto del artículo 111 del Código Procesal Penal, especificando que dichos delitos deben afectar intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto, situación ésta distinta a la que se conoce en el presente recurso.

SEXTO: Que, igualmente, la querellante expresa que, con fecha 4 de julio de 2006, se publicó la Ley 19.733, que regula sobre las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo y que derogó íntegramente a la Ley 16.643, disponiéndose en el artículo 16 que, toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su aclaración o rectificación sea gratuitamente difundida y, por lo tanto, dicha norma es clara en determinar que tanto las personas jurídicas como naturales disponen del derecho de aclaración y rectificación y por ello se reconoce a la persona jurídica el atributo de la personalidad del nombre y del honor, como un bien amparado por el derecho y, además, agrega, el párrafo segundo de dicha ley, contempla un procedimien-

to judicial de naturaleza criminal por las denuncias o querellas por infracción al Título IV y, asimismo, el artículo 29 otorga expresamente el derecho de interponer querella por los delitos de calumnias e injurias cometidos por los medios de comunicación social, por lo que, no cabe duda, que la legislación moderna confiere a las personas jurídicas el derecho a defender su honor, otorgando la acción penal para perseguir a quienes cometen el delito de injurias o calumnias en su contra.

SÉPTIMO: Que, respecto al capítulo anterior de apelación, cabe consignar que efectivamente la Ley 19.733 referida anteriormente (y no la Ley 16.643 que señaló el Juez de Garantía y también el querellante en su libelo de fojas 8 en atención a que esta fue derogada por la que se señaló), Ley sobre las Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, en su Título IV, artículo 16, concede a toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, el derecho a que su aclaración o rectificación sea gratuitamente difundida por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida, en las condiciones que establece, pero ello no contradice todo lo dicho con antelación, puesto que la acción que se concede a la persona jurídica es precisamente la que en la misma ley, en forma precisa y clara se señala, cual es el de aclaración y de rectificación de una determinada publicación, pero ello no va más allá de lo expresamente señalado por dicha ley y no puede estimarse, por la concesión de tal derecho, que también pueda accionar penalmente, en la forma que lo hizo y, por su parte, el artículo 26, que indica el querellante, expresamente entrega el conocimiento y resolución de las denuncias y querellas a los tribunales, pero específicamente para conocer de dichas infracciones al Título IV, puesto que en el párrafo tercero y titulado "de los delitos cometidos a través de un medio de comunicación social", artículo 29, se contempla los delitos de calumnia e injuria, situación distinta a la anterior y del articulado del mismo, su debida comprensión e inteligencia, se puede desprender que éste solo es aplicable a las personas naturales y no a las jurídicas, como se deduce de las diversas hipótesis que surgen del artículo 30 y siguientes que solo pueden referirse a las primeras, esto es, a las personas naturales.

OCTAVO: Que respecto a lo expresado por la querellante en orden a que los querellados han transgredido normas expresas en relación a la naturaleza de la investigación que se lleva adelante, ya que el artículo 92 del Código Procesal Penal prohíbe expresamente a los funcionarios policiales, informar a través de los medios de comunicación social, identificar responsables de una investigación criminal, y en la cual no existe ninguna persona con la calidad de imputado, por lo que no se puede atribuir responsabilidad a su representada y que, respecto al Fiscal Local Subrogante de Puerto Cisnes, está infringiendo el deber de secreto que le impone la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público y el artículo 182 del Código Procesal Penal, al ventilar información, en una conferencia de prensa, respecto de terceros ajenos a la investigación criminal, cabe indicar que las circunstancias anotadas no son atingentes ni dicen relación con la materia debatida en esta instancia, referida a la admisibilidad o inadmisibilidad de una querella por delito de acción privada y, por ello, esta Corte se encuentra impedida de emitir pronunciamiento respecto a las alegaciones efectuadas a tal respecto, debiendo la persona que se sienta ofendida o perjudicada por tales eventos, ocurrir ante los entes o autoridades correspondientes y con competencia para ello y en la forma que lo estimen pertinente.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y lo establecido, además, en el artículo 115 del Código Procesal Penal y sustituyendo la referencia a la Ley 16.643 por la de la Ley 19.733, **SE CONFIRMA**, en lo apelado, la resolución de fecha doce de julio de 2006, escrita a fojas 15 de esta carpeta, dictada por el señor Juez de Garantía de esta ciudad don Mario Enrique Devaud Ojeda, por la cual declaró inadmisible la querella presentada por don Ronald Schirmer Prieto, abogado, en representación de la empresa "Pesquera Los Fiordos Ltda.", por los delitos de calumnias e injurias graves con publicidad, deducida en contra de Víctor Espinoza Espinoza y Carlos Palacios Martínez, y en contra de todos aquellos que resulten responsables como co - autores, cómplices o encubridores de los mismos; todo ello sin costas.-

Regístrese y devuélvase.

Rol Corte 71-2006.
Ruc N° 0610011217-3
Rit N° 783-2006.

Redacción del Ministro Titular don Sergio

No firma el Ministro Titular Don Hugo Andrés Bustos Pérez, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo del fallo, por encontrarse ausente.

- **Concede solicitar a la República Federal de Argentina la extradición por los delitos de estafa reiterada y asociación ilícita, en aplicación de la Convención de Extradición de Montevideo de 1933.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Santiago.

Resumen:

La Corte estima procedente solicitar la extradición del imputado, dado el cumplimiento de los requisitos de los artículos 431, 433, 435, 436 y 442 del Código Procesal Penal. Ello, porque los hechos investigados versan sobre los delitos de estafa y asociación ilícita de los artículos 468 y 292 del Código Penal, y porque de la participación del imputado en los delitos obran antecedentes suficientes para presumirla fundadamente en calidad de autor, estableciéndola con el estándar de fundadas presunciones, toda vez que dichos elementos de juicio son coherentes entre sí, llevando a una sola conclusión, además de no existir antecedentes en contrario que puedan restarle credibilidad.

Texto completo:

Santiago, dieciocho de agosto de dos mil seis.

Oídos los intervinientes y teniendo presente:

PRIMERO: Que la señora Juez del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago ha solicitado a esta Corte de Apelaciones que requiera del Gobierno de la República Argentina la extradición de Enrique Lorenzo Eyzaguirre Andreoli, estimando para ello que concurren a su respecto los supuestos formales y de fondo que señalan los artículos 431 y 432 del Código Procesal Penal y, también, decidió que era procedente la prisión preventiva del requerido, por haber incumplido las medidas cautelares que en su oportunidad se le impusieron referidas al artículo 155 letras c) y d) del Código Procesal Penal.

SEGUNDO: Que como fluye de la formalización de la investigación realizada el 20 de diciembre de 2005, los hechos punible se los hace consistir en que a partir del mes de septiembre del año 2005 un grupo de personas se concierta con el objeto de montar una supuesta empresa de publicidad y eventos asignándosele a uno de ellos la representación de la misma, dándole apariencia de real existencia, para lo cual arriendan un local, contratan secretarias, adquieren muebles y computadores. La manera de operar consistía en obtener cotizaciones de diversas especies previamente encargadas por quienes iban a reducirlas, las que serían posteriormente pagadas a los proveedores todas con cheques pertenecientes a una cuenta corriente bancaria que se había abierto a nombre de uno de los integrantes del grupo, los que se giraban para una época posterior a la de la adquisición. Estaba todo preparado para que, antes de la época de vencimiento de tales documentos, todos los integrantes del grupo ya habían vendido informalmente las especies así adquiridas y habían desaparecido ante sus acreedores. De esta manera se logran obtener especies de a lo menos catorce empresas por un total aproximado de sesenta y cuatro millones de pesos. Debido a la intervención de la policía, una parte de estas especies se recuperan de una bodega que los imputados habían arrendado al efecto.

TERCERO: Que en nuestro ordenamiento jurídico interno el delito de estafa atribuido se describe en el artículo 468 del Código Penal y, en lo que concierne a su sanción, dado que el monto de lo defraudado es de aproximadamente sesenta y cuatro millones de acuerdo al artículo 467 tiene una pena privativa de libertad asignada de presidio menor en su grado máximo, vale decir de tres años y un día a cinco años.

CUARTO: En lo que se refiere al delito de asociación ilícita, respecto del cual también se

ha formalizado investigación en contra del mencionado Eyzaguirre, aparece éste justificado con el establecimiento de una empresa ficticia que operaba con cuentas corrientes bancarias obtenidas con datos falsos, con el objeto de defraudar a un gran número de personas, esta estaba organizada de modo que había una jefatura de la cual Eyzaguirre era uno de los miembros, y subordinados que cumplían las órdenes de estos últimos y otras personas que tenían por objeto darle una apariencia de existencia formal a la sociedad así conformada. También esto se prolongaba en el tiempo puesto que concurrían todos sus integrantes en horario laboral al domicilio que le servía de punto de reunión; inclusive todos almorzaban juntos. Con esta estructura es que cometen la gran cantidad de los ilícitos anteriormente referidos.

QUINTO: Que cuando la asociación ilícita que describe el artículo 292 del Código Penal se constituye para la comisión de simples delitos, -como es el caso-, el artículo 392 le asigna una pena de privación de libertad de presidio menor en cualquiera de sus grados esto es una que va de sesenta y un días a los cinco años

SEXTO: Que en relación a la participación del imputado en los delitos ya referidos, obran antecedentes suficientes para presumir fundadamente que el requerido tiene participación en calidad de autor en los ilícitos que se pesquisan, cual es el segundo requisito de índole procesal exigido a este respecto.

SÉPTIMO: En efecto la fiscalía cuenta con un sin número de antecedentes contenidos en la carpeta de investigación que dan cuenta de la participación del imputado Eyzaguirre en la planificación y comisión de las estafas como asimismo en su rol de jefatura en la asociación ilícita que se le imputa. Este conjunto de antecedentes de la investigación hechos valer en la audiencia, en concepto de esta Corte, justifican claramente la exigencia de convicción en cuanto a la participación en los hechos, y que ha sido establecida con el estándar de fundadas presunciones, puesto que de su apreciación es posible sostener tal exigencia, toda vez que dichos elementos de juicio son coherentes entre si, esto es, que llevan a sólo una conclusión. Además, no hay antecedentes en contrario que puedan restarle credibilidad.

OCTAVO: Que entre las Repúblicas de Chile y Argentina no existe tratado de extradición, pero ambos países suscribieron la Convención de Extradición de Montevideo de 1933, ratificada por Chile el 6 de agosto de 1936 y por Argentina el 19 de abril de 1956. De acuerdo con ella, para que proceda la extradición de una persona es necesario que el país que la reclama tenga jurisdicción para juzgar el hecho delictuoso que se imputa, que ese hecho sea castigado por las leyes del Estado requirente y por las del Estado requerido con la pena mínima de un año de privación de libertad; que exista orden de prisión pendiente emanada de juez competente en contra de la persona reclamada; que la acción penal y la pena no estén prescritas, y que no se trate de un delito político y conexo con él.

NOVENO: Que en el presente caso se reúnen los requisitos indicados, pues se trata de un delito contemplado en el artículo 468 y sancionado en el artículo 467 del Código Penal sancionados con presidio menor en su grado máximo y también de ilícito contemplado en el artículo 292 del Código Penal con pena privativa de libertad de presidio menor en su grado mínimo a máximo, respecto de un individuo que se encuentra en el extranjero, la acción penal no está prescrita, y el tribunal que pide la extradición tiene jurisdicción para juzgar el hecho delictuoso que se imputa, existe orden de captura y no se trata de delitos políticos o conexos con ellos.

Y de acuerdo además con lo que disponen los artículo 431, 433, 435, 436 y 442 del Código Procesal Penal, se declara que es procedente solicitar al gobierno de la República Argentina la extradición de Enrique Lorenzo Eyzaguirre Andreoli por los delito de estafas reiteradas y asociación ilícita.

Para el cumplimiento de lo resuelto diríjase el correspondiente oficio al Ministerio de Relaciones Exteriores a fin que se sirva ordenar se practiquen las diligencias diplomáticas necesarias encaminadas a este objetivo, para lo cual se adjuntará copia del presente fallo, los antecedentes que en ella se funda, las disposiciones legales que establecen la calificación de los hecho,

consignando todos los mencionados en el artículo 434 inciso 2º del Código Procesal Penal.

Comuníquese por la vía más rápida.

Ingreso Corte 1467-2006.-

Rit 4581-2005.-

Ruc 0500634748-9.

Redacción del Ministro señor Dahm. Pronunciada por la Cuarta Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, integrada por los Ministros señores Jorge Dahm Oyarzún y Manuel Valderrama Rebolledo, y por el Abogado Integrante señor Luis Orlandini Molina.

CORTE SUPREMA

- **Acoge el recurso de queja presentado por el Ministerio Público en contra de los Ministros de la Corte de Apelaciones de Concepción que conociendo de la apelación en contra de la sentencia dictada en procedimiento abreviado, absolvieron al acusado en lugar de recalificar jurídicamente como pedía el apelante.**

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

El Ministerio Público interpuso un recurso de queja en contra de los Ministros de la Corte de Apelaciones de Concepción argumentando que al dictar una sentencia absolutoria cuando el apelante había solicitado la recalificación a un delito distinto, violaron lo preceptuado por el artículo 360 del Código Procesal Penal, incurriendo en una falta o abuso grave. Los Ministros recurridos señalaron que la Defensa solicitó con su recurso un pronunciamiento respecto de la calificación jurídica de los hechos que se dieron por acreditados. Al haber absuelto por estimar que se trató de un acto inidóneo para el fin propuesto (desde que el documento falso tenía una fecha vencida al momento de ser pesquisado) justamente cumplieron con resolver la cuestión que se les había planteado por el apelante. La Corte Suprema, en voto de mayoría, acogió el recurso de queja. Ello, porque estimó que la Defensa al interponer su recurso dejó claramente señalado en su parte petitoria el objetivo perseguido, en el sentido de castigar conforme al artículo 209 bis de la ley 18.290, estableciendo así el ámbito de discusión que debía resolver el Tribunal de alzada, ámbito claramente delimitado por lo dispuesto perentoriamente en el artículo 360 inciso 1º del Código Procesal Penal.

El voto de minoría estuvo por rechazar el recurso, sosteniendo que al establecer el Código Procesal Penal el recurso de apelación para la revisión de los fallos dictados en juicios abreviados, y siendo que la segunda instancia se caracteriza por la facultad de revisar ampliamente la decisión atacada, el tribunal superior estaba facultado para revisar todas las cuestiones de hecho y de derecho consideradas en la resolución e impugnadas a través del recurso, estimando inadmisible sostener que debía simplemente atenerse al petitorio literal del recurso. Por el contrario, lo que correspondía es que el Tribunal de Alzada decidiera el derecho con autonomía.

Texto completo:

Santiago, treinta y uno de julio de dos mil seis.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que el Fiscal Jefe de la Fiscalía Local de Concepción del Ministerio Público Sr. Juan Yánez Martinich, en causa R.U.C. Nº 0410008796-6 de la Fiscalía Local de Concepción, R.I.T. Nº 312-2004 del Juzgado de Garantía de Chiguayante y Rol Nº 148-2006 de la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, seguida contra Marco Antonio Navarrete Inzunza por el delito previsto y sancionado en el artículo 196 A bis b) (actual 196 B letra b), de la Ley 18.290, ha interpuesto recurso de queja en contra de las ministros de la Corte de Apelaciones de Concepción, Sra. Sara Victoria Herrera Merino, Sra. Isaura Esperanza Quintana Guerra y el Ministro Suplente Don César Panés Ramírez, todos integrantes de la Primera Sala de ese Tribunal de Alzada, por las faltas o abusos graves cometidos al acoger mediante decisión de fecha 13 de abril del presente año, el recurso de apelación ingreso Nº148-2006 in-

terpuesto por la defensa del acusado Navarrete Inzunza, y en definitiva absolverlo de los cargos imputados en sentencia definitiva dictada en un procedimiento abreviado el 17 de marzo del presente año, por el Juzgado de Garantía de Chiguayante.

SEGUNDO: Que, las faltas o abusos denunciados se hacen consistir en que los sentenciadores recurridos, en primer lugar, infringieron lo que dispone el artículo 360 del Código Procesal Penal, norma que define la competencia de los tribunales llamados a resolver los recursos, los que sólo pueden pronunciarse sobre las solicitudes formuladas por los recurrentes, quedándole vedado extender el efecto de su decisión a cuestiones no planteadas por ellos o más allá de los límites de lo solicitado. Sus únicas excepciones están reglamentadas en el mismo artículo ya citado, así como en el 379 ,inciso segundo, del mismo cuerpo legal; en este ultimo caso, la Corte, de oficio, podrá acoger el recurso que se hubiere deducido a favor del imputado por un motivo distinto del invocado por el recurrente, siempre que aquél fuere alguno de los señalados en el artículo 374; ninguna de estas excepciones guarda relación alguna con lo debatido en estos antecedentes.

TERCERO: Que, para configurar la infracción del artículo 360 del texto procesal penal, es preciso-señala el recurrente- contrastar la apelación deducida por la defensa en relación con la decisión absolutoria finalmente adoptada. En el recurso se pidió que la sentencia dictada por el Juzgado de Garantía fuera revocada y que al imputado se lo castigara conforme al artículo 209 bis de la Ley 18.290, y los sentenciadores del tribunal ad quem, procedieron a revocar la resolución apelada, y declarar que el imputado Marco Navarrete Inzunza queda absuelto de las acusaciones que se le formularon como autor del delito de conducir a sabiendas con un permiso provisorio para conducir falso previsto en el artículo 196 A bis b), en su actual redacción artículo 196 B letra b) de la ley 18.290; de lo que fluye que ese pronunciamiento no puede sino considerarse un exceso por sobre las solicitudes planteadas.

CUARTO: Que, en cuanto a la segunda falta o abuso grave, está construída sobre el hecho de dejar de aplicar la sanción penal a hechos que claramente dan cuenta de la comisión de un delito, toda vez que los sentenciadores de segundo grado han mantenido intacta la determinación de hechos que se han dado por establecidos en la sentencia de primera instancia que dan precisa cuenta de la comisión del delito del artículo 196 A bis b) de la Ley 18.290, para luego citar textualmente el considerando quinto del fallo de primer grado que rola a fojas 127 de la carpeta de antecedentes, y concluír que ,no obstante que incluso el propio imputado los aceptó expresamente al someter el asunto a un procedimiento abreviado, resultan impunes; cuestiona que los jueces de la segunda instancia razonen sobre si se acreditó el uso del permiso falso, en circunstancias que el delito sancionado fue el de conducir a sabiendas con un permiso provisorio para conducir falso, así como el hecho de estimar que el documento es falso, y al mismo tiempo señalar que poseía fecha de vigencia expirada al ocurrir los hechos, dando valor a las menciones de un documento que se sabe que no es válido, lo que constituye una contradicción evidente. Por todo lo anterior, es que el quejoso solicita que se acoja el presente recurso en contra de los jueces ya individualizados, integrantes de la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción y se declare que incurrieron en faltas y abusos graves al dictar la resolución de 13 de Abril del presente año, por la que se acogió un recurso de apelación interpuesto de la defensa del imputado Navarrete Inzunza, respecto de la sentencia de primera instancia que había dictado el Juzgado de Garantía de Chiguayante, declarando en su lugar la absolución del imputado, la que deberá ser dejada sin efecto, dictando otra que en su lugar niegue lugar al recurso de apelación señalado.

QUINTO: Que los jueces recurridos al informar a fojas 38, el recurso de queja deducido por la Fiscalía Local de Concepción, señalan que efectivamente dictaron sentencia en la causa Rol Nº 148-2006, fallando el recurso de apelación interpuesto por el abogado del imputado Marco Navarrete. Respecto de la infracción al artículo 360 del Código Procesal Penal que se les imputa y el dejar de aplicar la sanción penal a hechos que claramente dan cuenta de la comisión de un delito, sostienen que el hecho por el que se dedujo acusación por el Fiscal y se condenó al imputa-

do, fue descrito en el fallo respectivo, afirmándose que estos hechos son constitutivos del delito de uso malicioso de instrumento público falsificado, previsto y sancionado en el artículo 196 A bis b) de la Ley 18.290. Sin embargo, el delito de uso malicioso de instrumento público falsificado está previsto y sancionado en el artículo 197 del Código Penal, que se refiere a diversos tipos de instrumentos, en tanto que el 196 A bis letra b) es más restringido, abarcando sólo a documentos habilitantes para conducir un vehículo, norma que debe preferirse conforme al principio de especialidad. Al mismo tiempo, se precisa que el imputado no podía al 18 de junio de 2004 hacer uso del documento, desde que tenía como fecha de vencimiento el 12 del mismo mes y año, por lo que ya ningún efecto podía producir, resultando un acto inidóneo para el fin propuesto.

SEXTO: Que, por lo anteriormente señalado y lo establecido en la sentencia cuestionada, estiman que no se ha infringido el artículo 360 del Código Procesal Penal, pues se pronunciaron justamente sobre lo solicitado por el apelante, quien cuestionó la calificación del delito por el que se había sancionado a su defendido, determinando que el hecho no resultaba punible y procedía absolverlo. Tampoco estiman que hayan dejado de aplicar una sanción a un delito, ya que tal como fueron descritos los hechos en las acusaciones y en la sentencia, no resultaban punibles. Finalmente, destacan que en el presente caso, la absolución se basó en consideraciones de derecho, ya que el presupuesto fáctico aceptado por el imputado, resultaba inamovible al momento de dictar sentencia; citan al profesor Guillermo Piedrabuena, en cuanto ha sostenido que si bien el juez no puede imponer una pena mayor que la propuesta, no necesariamente debe condenar, pues se estaría legalizando el allanamiento a una condena y atribuyéndole un sentido jurisdiccional al acuerdo entre el fiscal e imputado, en desmedro de las facultades naturales del órgano jurisdiccional y agregan que el artículo 342 del Código Procesal Penal establece entre las menciones que debe tener una sentencia, la de condenar o absolver a cada uno de los acusados.

SÉPTIMO: Que, según consta de los antecedentes y de lo informado por los jueces recurridos, la decisión impugnada por esta vía, dictada en sede de apelación, no se adoptó legalmente ya que, acogido que fuera el recurso que impugnó el fallo condenatorio de primer grado, se pronunció en su lugar otro, declarando que se absolvía al imputado, no obstante que la defensa al interponer su recurso dejó claramente señalado en su parte petitoria el objetivo perseguido, señalando expresamente: para que ésta, conociendo del recurso, revoque la sentencia recurrida, en el sentido sentencia apelada, se castigue conforme al artículo 209 bis de la ley 18.290.; en tales términos quedó establecido el ámbito de discusión que debía resolver el tribunal recurrido, delimitado claramente por lo que ordena perentoriamente el artículo 360 del Código Procesal Penal, referente a las decisiones sobre los recursos: El tribunal que conociere de un recurso sólo podrá pronunciarse sobre las solicitudes formuladas por los recurrentes, quedándole vedado extender el efecto de su decisión a cuestiones no planteadas por ellos o más allá de los límites de lo solicitado,, lo que circunscribe el asunto a debatir a lo planteado por el recurrente, apareciendo entonces manifiesta la falta y abuso grave que permitió decidir de esa forma, toda vez que los jueces carecían de competencia para ello, como lo denuncia el Ministerio Público recurrente; se ha incurrido en una contravención a lo dispuesto en el artículo 360 del Código Procesal Penal, la que debe ser corregida por esta vía. Que por lo anteriormente decidido, se hace inoficioso entrar a analizar el segundo capítulo denunciado por el recurrente de queja, por inconducente.

OCTAVO: Que al no dar cumplimiento a la antes señalada norma, los ministros recurridos han cometido falta o abuso grave que debe ser enmendada por esta vía, anulándose la decisión impugnada, esto es la sentencia de fecha 13 de abril del presente año, recaída en el recurso de apelación que conociera la Corte de Apelaciones de Concepción, indicado en el fundamento primero de este fallo, y disponer el estado en que debe quedar el procedimiento conforme a lo pedido.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 541 y 545 del Código Orgánico de Tribunales, se acoge el recurso de queja deducido en lo principal de la presentación de fojas 23, por el Fiscal Jefe de la Fiscalía Local de Concepción, don Juan

Yánez Martinich, interpuesto en contra de los ministros de la Corte de Apelaciones de Concepción, Sra. Sara Victoria Herrera Merino, Sra. Isaura Esperanza Quintana Guerra y del Ministro Suplente Don César Panés Ramírez, todos integrantes de la Primera Sala de ese Tribunal de Alzada, y se declara:

a) Se deja sin efecto la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción el trece de abril de dos mil seis, que recayó en el recurso de apelación nulidad Ingreso Corte Nº418-2006 R.P.P., la que incide en la causa RUC 0410008796-6, RIT 312-2004, del Juzgado de Garantía de Chiguayante, seguida contra el imputado Marco Antonio Navarrete Inzunza, por la cual se le absolvió de las acusaciones que se le formularon como autor del delito de conducir a sabiendas con un permiso provisorio para conducir falso, previsto en el artículo 196 A BIS b) (en su actual redacción artículo 196 B letra b) de la Ley 18.290).

b) Acorde con lo decidido, repóngase la causa al estado de que tribunal no inhabilitado, proceda a conocer conforme a derecho de éstos antecedentes.

c) Remítanse estos antecedentes a la Corte de Apelaciones de Concepción, para los fines señalados precedentemente.

Acordada contra el voto del Ministro señor Chaigneau y del Abogado Integrante señor K. quienes estuvieron por rechazar el presente recurso de queja, estimando que los jueces recurridos no incurrieron en grave falta o abuso que justifique acogerlo, de acuerdo a los siguientes argumentos:

PRIMERO: Que, en conformidad a lo que dispone el artículo 414 del Código Procesal Penal, la sentencia definitiva dictada por el juez de garantía en el procedimiento abreviado sólo será impugnable por medio del recurso de apelación.

SEGUNDO: Que, en el caso de autos, se utilizó precisamente el referido mecanismo procesal de impugnación en contra de la sentencia definitiva dictada en un procedimiento abreviado, que había condenado al imputado como responsable del delito previsto y sancionado en el artículo 196 A bis B de la Ley 18.290.

TERCERO: Que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 360 del Código Procesal Penal, en su inciso 1º, el tribunal que conoce del recurso de apelación sólo podrá pronunciarse sobre las solicitudes formuladas por los recurrentes, quedándole vedado extender el efecto de su decisión a cuestiones no planteadas por ellos o más allá de los límites de lo solicitado, salvo en los casos previstos en este artículo y en el artículo 379 inciso 2º.

CUARTO: Que, el procedimiento abreviado constituye un conjunto de disposiciones regulatorias de una forma de juicio, es decir, de ejercicio de la función jurisdiccional, siendo el Juez de Garantía el llamado a conocer del conflicto y decidir a su respecto a través de una sentencia definitiva. Como apunta la doctrina, los gestores del proyecto de Código Procesal Penal, se distanciaron del plea bargaining anglosajón ,que gira únicamente en torno a la declaración de culpabilidad del acusado, manteniendo a un tribunal que no se limitara sólo a dar su conformidad a un acuerdo ya afinado entre las partes, sino que conociera del conflicto penal y lo resolviera mediante su fallo. (Diego Falcone Salas, La absolución en el procedimiento abreviado, Revista de Derecho, P.U.Católica de Valparaíso, l XXVI, 2005, Sem.I, pág.363 y s.s.) Una manifestación del carácter eminentemente jurisdiccional del procedimiento que nos ocupa, se contiene en el Mensaje con que el Poder Ejecutivo solicitó a la Cámara de Diputados la aprobación del proyecto de nuevo Código, documento en el cual se deja constancia que el proyecto faculta al juez incluso para absolver en el caso que, a pesar del reconocimiento de hechos realizado por el acusado, éstos no son constitutivos de delito o el conjunto de los antecedentes de la instrucción lo llevaren a adoptar esa decisión. Queda muy claro que se entendía plenamente procedente la dictación de una sentencia absolutoria, no obstante tratarse de un procedimiento en que el imputado expresa su aceptación a determinados aspectos que se le consultan. A este respecto, resulta útil traer a colación la cita que de la opinión del Fiscal Nacional hace Emilio Pfeffer Urquiaga en su conocida obra: El Fiscal Nacional observó en relación a la posibilidad que debe tener siempre el Juez para dictar sentencia absolutoria y no necesariamente con-

denatoria... no puede entenderse que aún sobre la base de la aceptación de los hechos, el Juez tenga que necesariamente condenar porque ello significaría legalizar un allanamiento a una condena y atribuírle un sentido jurisdiccional al acuerdo entre el Fiscal y el imputado, en desmedro de las facultades naturales del órgano jurisdiccional. (Código Procesal Penal Anotado y Concordado, Editorial Jurídica, 2001,pág. 392). En este mismo sentido, Rodrigo Cerda San Martín y Francisco Hermosilla Iriarte señalan que Si bien resulta difícil imaginarse la posibilidad de absolución en el contexto de un procedimiento abreviado, durante la discusión en la Cámara de Diputados se planteó como caso posible que el hecho no sea constitutivo de delito o la concurrencia de una causal de extinción de la responsabilidad penal.(El Código Procesal Penal, Comentarios, Concordancias, Jurisprudencia, Librotecnia, 2003,pág. 470)

QUINTO: Que, el recurso de apelación fue mantenido por la reforma procesal penal en determinados casos legalmente establecidos, haciendo excepción a la orientación básica del proyecto, que propendía a la supresión o, al menos, profunda restricción de dicho recurso en el nuevo sistema, otorgándose preeminencia al recurso de nulidad. La apelación es el medio de impugnación por el cual una de las partes pide al juez de segundo grado una nueva discusión sustitutiva de una decisión perjudicial del juez de primer grado. (Giovanni Leone, Tratado de Derecho Procesal Penal, Ediciones Europa-América, Bs Aires, 1963,T. II, pág. 134) En nuestra doctrina procesalista, se define la apelación como el remedio jurídico en virtud del cual el interviniente del proceso penal agraviado por una resolución injusta del juez de garantía, impugna su decisión para ante la Corte de Apelaciones respectiva, a fin de que ésta realice un nuevo examen de los fundamentos de hecho y derecho del auto, decreto o sentencia recurrida, y emita un nuevo pronunciamiento sustitutivo que repare el gravamen invocado. (J. Cristóbal Núñez Vásquez, Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral, Editorial Jurídica 2003, T.II, págs. 315 y s.s.). De la definición contenida en el artículo 186 del Código de Procedimiento Civil, se desprende claramente que con este recurso se pretende que el superior jerárquico del tribunal que dictó una resolución, después de un nuevo examen de sus fundamentos de hecho y de derecho, la enmiende, resolviendo su revocación o modificación, conforme a lo planteado por el agraviado. La segunda instancia se caracteriza por una amplia revisión de la decisión atacada, estando facultado el tribunal superior para revisar todas las cuestiones de hecho y de derecho consideradas en la resolución y que hayan sido impugnadas a través del recurso. (María Inés Horvitz Lennon-Julián López Masle, Derecho Procesal Penal Chileno, Editorial Jurídica,2005, T. II, págs.370 y s.s.)

SEXTO: Que, si el tribunal ad quem debe efectuar un reexamen de lo fallado (regla o principio del doble conforme), a fin de determinar si la condena pronunciada puede sostenerse jurídicamente o no, resulta inadmisible sostener, como principio fundamental en este tipo de procedimiento especial, que debe simplemente atenerse al petitorio literal contenido en el recurso. Si la Corte de Apelaciones está atada o sometida absolutamente a la petición del recurrente, quien podría perfectamente postular una solución extravagante o carente de racionalidad, entonces no sería propiamente un tribunal de apelación y la consagración- por vía excepcional en el contexto del nuevo Código- de este medio clásico de impugnación, constituiría un trámite inútil; en efecto, carecería de objeto el haberlo instaurado, si el tribunal revisor carece de facultades para discernir, debatir, reflexionar y arribar, en definitiva, a conclusiones jurídicas basadas en su conocimiento, raciocinio y correcta interpretación y aplicación de las normas al supuesto de hecho juzgado. La historia fidedigna de la ley concerniente al procedimiento abreviado, la opinión de los comentaristas y la jurisprudencia de los tribunales de Garantía ,no dejan lugar a dudas respecto de la posibilidad de dictar sentencia absolutoria a favor del imputado, cuando, por ejemplo, los hechos no configuran el ilícito penal materia de la acusación. En la especie, los jueces de segunda instancia-encargados de efectuar el reexamen de lo decidido por el tribunal inferior- llegaron al convencimiento de que no se había acreditado la existencia del delito por el cual había sido condenado el recurrente de apelación y, como lógica consecuencia, lo absolvieron, entendiendo vedado el camino de sancionarlo por otro delito distinto, por

el cual no había sido juzgado. En su recurso, el defensor del sentenciado solicita que la Corte de Apelaciones, conociendo del recurso, revoque la sentencia recurrida, en el sentido sentencia apelada, se castigue conforme al artículo 209 bis de la Ley 18.290. La revocación implica dejar sin efecto la decisión del órgano jurisdiccional sometida al examen del tribunal superior, no siendo óbice para ello, la imprecisa y equívoca redacción dada al libelo por su autor que no puede considerarse vinculante al extremo para el tribunal que ha de adoptar una decisión jurídicamente fundada sobre ello.

SÉPTIMO: Que, de conformidad al artículo 414 del Código Procesal Penal, en relación al artículo 342 del mismo cuerpo legal, la sentencia definitiva debe contener la resolución que condenare o absolviere a cada uno de los acusados... y el tribunal de segundo grado debe- de acuerdo al artículo 360- pronunciarse sobre las solicitudes formuladas por los recurrentes, esto es, determinar, resolver a su respecto, lo que supone, necesariamente, autonomía para decir el derecho (iuris dictio).

Por existir disidencias en la adopción del fallo, no se pasan los antecedentes al Tribunal Pleno.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Redacción del abogado integrante Sr. Carlos KL.

Rol Nº 1837-06.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E. y los abogados integrantes Sres. Oscar Herrera V. y Carlos KL. No firman los abogados integrantes Sres. Herrera y K no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausentes.

- **Declara que la invocación al derecho constitucional que asegura una defensa jurídica y su conveniente ejercicio durante todo el desarrollo del proceso, no le permite pronunciarse sobre las relaciones de confianza entre defendido y defensor, así como tampoco sobre la calidad de la defensa prestada.**

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

La Defensa interpuso un recurso de nulidad en contra de la sentencia condenatoria fundada en las causales de los artículos 373 letra a) y 374 letra e), y en subsidio, del artículo 373 letra b), todos del Código Procesal Penal. Sostuvo, en cuanto a la primera causal, que su representado careció de una defensa que le diera la suficiente garantía de confianza y objetividad, por cuanto su abogado en el juicio oral lo fue del otro imputado en etapas previas. Respecto de la segunda, afirmó que los jueces no realizaron una valoración completa y adecuada de la prueba, así como tampoco se expusieron de manera clara y lógica los hechos probados favorables a su defendido, estableciendo en forma ilegal e incorrecta su participación. Finalmente, como fundamento de la causal subsidiaria, dijo que habían hecho una errónea aplicación del derecho al acoger la agravante de la pluralidad de malhechores, porque el sustento de ésta es la mayor exposición de la víctima, lo que en el caso concreto no ocurrió al haber podido encerrarse ellas sin consecuencias en sus personas. La Corte rechazó el recurso señalando que, estableciendo la garantía constitucional supuestamente violada el derecho a ser asesorado por un letrado, escapaba a su competencia pronunciarse respecto de la calidad de la defensa prestada o las relaciones de confianza entre el abogado y su representado. En cuanto a la segunda causal, expresó que la Defensa hizo consistir su alegación en una distinta apreciación de la prueba efectuada por los jueces, en circunstancias que según lo dispuesto por el artículo 297 del Código Procesal Penal, son ellos quienes deben valorizarla, pudiendo apreciarla con libertad, tarea que cumplieron y expusieron de acuerdo a lo establecido por la ley. Finalmente, respecto de la errónea aplicación del derecho por haber estimado concurrente la agravante del artículo 450 bis Nº 3 del Código Penal, la Corte reiteró su criterio de estimar que ella concurre cada vez que más de un actor interviene en un ilícito.

Texto completo:

Santiago, dos de agosto de dos mil seis.

VISTOS:

En esta causa del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Osorno, Rol Unico N°0500303694-6, Rol Interno del Tribunal N°10-2006, por el delito de robo con intimidación, seguida en contra de los imputados Avelino Patricio Neira Aburto y Alfonso Enrique Mancilla Maripan, por sentencia 30 de Mayo del año en curso, el citado Tribunal condenó al acusado Neira Aburto a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias correspondientes y costas de la causa y al condenado Alfonso Enrique Mancilla Maripan a la de cuatro años de presidio menor en su grado máximo accesorias correspondientes y costas de la causa, ambos en la calidad de autores del delito de robo de especies propiedad de Carlos Schwalm Fuschlocher ejecutado con intimidación en la persona de éste, su señora y asesora de hogar.

Por dicha sentencia se niega lugar a otorgar a Neira Aburto algún beneficio de cumplimiento alternativo de pena, contemplados en la Ley N°18.216 y, además, se revocan las medidas alternativas de remisión de la pena de 61 días por manejo en estado de ebriedad y reclusión nocturna por dos penas de 541 y un días por hurto y beneficio clandestino. Al condenado Mancilla

Maripan se le concede la medida alternativa de cumplimiento de la pena de libertad vigilada, por un lapso de cinco años tiempo que quedará sujeto al control de la autoridad administrativa correspondiente, debiendo satisfacer la exigencia contempladas en el artículo quinto de la citada ley, con excepción de la letra d).

En contra de la sentencia ya referida, la abogado defensora del condenado Avelino Patricio Neira Alvarado doña Carol Munzmayer Machado, dedujo recurso de nulidad con el fin de invalidarla conjuntamente con el juicio oral, invocando para ello principalmente la causal de nulidad contemplada en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal en relación con el artículo 342 letra c) y en subsidio de ambas la causal de nulidad establecida en el artículo 373 letra b) del mismo cuerpo legal.

Habiéndose concedido el recurso y estimándose admisible por esta Corte Suprema se dispuso su inclusión en la tabla para el día 13 de Julio del año en curso. En la audiencia respectiva se desarrollo la vista de la causa, con la concurrencia y alegatos de la abogada Sra. Carol Munzmayer Machado por el recurso y en contra del abogado Sr. Pablo Campos Muñoz, por el Ministerio Público, disponiendo el Presidente de la Sala la citación para la lectura del fallo, la que se fijó para el día dos de Agosto próximo a las 13 horas.

TENIENDO PRESENTE

PRIMERO: Que el primer fundamento del recurso se funda en la causal de nulidad contemplada en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, "Cuando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieran infringido sustancialmente derechos o garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes." centrándola principalmente en la violación de la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 n°3 inciso segundo de la Carta Fundamental según el cual "Toda persona tiene derecho a defenderse jurídicamente en la forma que la ley señala y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado, si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública este derecho se regirá en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas de sus respectivos estatutos, la ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no pueden procurárselos por sí mismos."

SEGUNDO: En el recurso se estima vulnerado el derecho a defensa pues no obstante haber contado con defensor técnico letrado y preparado, como lo fué la abogada de la Defensoría Pública doña María Soledad Llorente Hitschfeld, no le brindó la suficiente garantía de confianza y objetividad que el caso requería, por cuanto la misma fue defensora del imputado Alfonso Enrique Mancilla Maripan en las etapas previas, oportunidad en que éste declara y acusa al que recurre de nulidad, gestándose entre abogada y defendido Mancilla una relación profesional.

Se afirma en el recurso que luego de haber representado la abogada Llorente al imputado Mancilla, aparece en la audiencia del juicio oral representando al imputado Neira, situación que atenta contra el derecho de defensa de éste, toda vez que aún en el evento de haber contado en el desarrollo del juicio oral con la asistencia de un defensor técnico, letrado y preparado, no es incorrecto señalar que el acusado Neira Aburto, fué asistido por un defensor que no le brindara la suficiente garantía de confianza y objetividad que en el caso concreto se requería".

TERCERO: En subsidio de lo anterior deduce también como causal del recurso, el motivo absoluto de nulidad contemplado en la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, o sea: "Cuando en la sentencia se hubiera omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e), argumentando que en la sentencia recurrida se ha omitido el requisito establecido en la letra c) del citado artículo, esto es: "la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueran 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"

Se analiza el fundamento décimo quinto de la sentencia en el que se establece la participación de Neira Aburto, destacando lo que a juicio de la recurrente resulta contradictorio, falta

de objetividad carente de relevancia, hecho no valorado, circunstancia de encontrarse cumpliendo una condena de reclusión nocturna en la cárcel de Osorno a la hora en que se cometió el delito etc. lo que lleva a concluir a la recurrente "que no se realizó una valoración completa y adecuada de la prueba como lo ordena el artículo 297 del Código Procesal Penal, ni se expusieron de manera clara y lógica los hechos probados favorables a su defendido, estableciéndose en forma ilegal e incorrectamente su participación."

CUARTO: Subsidiariamente a las dos causales anteriores se invoca la de nulidad establecida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, "cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiera hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo" ello por haberse acogido la circunstancia agravante contenida en el artículo 456 bis N°3 del Código Penal, es decir, el concurrir dos o más de los malhechores.

Expresa la recurrente que la indicada agravante tiene su justificación en el mayor riesgo para la seguridad de las víctimas, lo que no ocurrió en el caso de autos toda vez que las víctimas "pudieron perfectamente eludir a los autores del ilícito, encerrándose en una habitación y baño y no logrando los partícipes de hecho reducirlos" Además, el mayor peligro que corren las víctimas está ya dado por la gravedad de la figura que se contempla cual es la del artículo 436 inciso 1° del Código Penal, en la que se considera la violencia o intimidación para agravar la figura del hurto.

QUINTO: Que, como esta Corte Suprema lo ha dicho, de acuerdo al invocado artículo 19° N°3 inciso 2° de la Constitución Política de la República, el régimen legal garantiza a todas las personas el derecho a contar con la defensa jurídica técnica que la ley señale, sin que autoridad o individuo alguno pueda impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiera sido impetrada, regla que se repite en diversos preceptos del nuevo estatuto de enjuiciamiento criminal (Causa Rol 3304-04).

SEXTO: Que en esta causa el condenado Neira Aburto ha contado durante todo el desarrollo del proceso de asesoría jurídica que le ha permitido llegar hasta este tribunal con el recurso de nulidad en estudio.

Neira Aburto tuvo siempre defensa letrada sin que se haya establecido que ésta hubiese sido rechazada o coartada. Es así como en el juicio oral concurren dos distintos profesionales del Ministerio Público representando a cada uno de los condenados.

SÉPTIMO: Que la incompatibilidad de defensa que afectaría a la abogada María Soledad Llorente Hitschfeld al haber concurrido en defensa de Mancilla Maripan en la audiencia de control de detención de éste y posteriormente asistir a Neira Aburto en la correspondiente audiencia de control de su detención, fué materia resuelta en esta última audiencia, lo que reconoce la recurrente al hacer presente que esta situación fué planteada por la propia profesional ante el Juez de Garantía, quien acoge la incompatibilidad y designa al profesional Iván Cárdenas Cardenas para que asuma transitoriamente el patrocinio y poder de Neira Aburto, en dicha audiencia de control de detención.

A la audiencia del Juicio Oral, los condenados son asesorados por dos distintos profesionales y que, según la sentencia dictada en autos, lo son: María Soledad Llorente Hitschfeld por Neira Aburto, asumida por Carol Munzmayer Machado y de Tulio Arismendi Grandón por Mancilla Maripan.

OCTAVO: Que la alegación en el sentido de que si bien el condenado Neira Aburto contó con un defensor técnico, letrado y preparado fue asistido por un defensor que no le brindara la suficiente garantía de confianza y objetividad que el caso requería, excede al derecho garantizado por la Constitución Política de la República que asegura una defensa jurídica y su conveniente ejercicio durante todo el desarrollo del proceso; excede también las facultades de este Tribunal al no poder pronunciarse sobre relaciones de confianza entre defendido y defensor, ni sobre la calidad de la defensa.

NOVENO: Que finalmente cabe hacer presente que la incompatibilidad de defensa, de haber existido, no fué alegada durante el proceso.

DÉCIMO: Que tampoco puede observarse infracción al debido proceso ya que no aparecen

infracciones graves o que hayan tenido influencia sustancial en lo dispositivo, habiendo tenido el condenado Neira Aburto, como se ha dicho, defensa letrada en todas las etapas del juicio y ejerciendo los recursos que le permite la ley.

DÉCIMO PRIMERO: Que la infracción del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, se hace consistir en una distinta apreciación de la prueba, en circunstancias que de acuerdo con lo que dispone el artículo 297 del Código Procesal Penal es el tribunal el que debe valorizarla pudiendo apreciarla con libertad, es decir, sin estar sujeto a leyes reguladoras de la prueba, sin mas limitaciones que el no contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

DÉCIMO SEGUNDO: Que en el considerando décimo se dan por establecidos dos hechos esenciales: a) que el día 19 de Julio de 2005, encontrándose en su domicilio don Carlos Alberto Schwalm Fuschlocher, su cónyuge Nancy Odette Carrasco Maragaño, sus tres hijos menores y la asesora del hogar Angelica Valeria Guala Cheuquin, los dos acusados ingresaron a dicho domicilio, procediendo a intimidar a las personas antes indicadas con armas aparentemente de fuego y sustraer las especies que se enumeran; y b) que a raíz de un llamado telefónico de la Sra. Carrasco, carabineros se dirigieron al lugar deteniendo a Mancilla Maripan, portando las especies sustraídas y un arma de fuego. En tanto Neira Aburto logró darse a la fuga. Luego indica detalladamente once medios de prueba, acumuladas en el proceso que justifican los dos hechos establecidos por el tribunal.

DÉCIMO TERCERO: Que en la descripción y apreciación de los hechos no se ha incurrido en los vicios que se denuncian en el libelo en que se formula la nulidad, sino que, como la indican los sentenciadores: "los testimonios reseñados en el motivo décimo de este fallo, fueron prestados de manera coherente y circunstanciada por los propios actores que se vieron involucrados una u otra manera en los hechos que nos ocupan, sin existencia de contradicciones en términos de que valorando los mismos, se permite llegar a una conclusión distinta a la expresada en el motivo referido previamente, en cuanto a la forma como se habrían desarrollado éstos, otorgándoseles pleno valor de convicción conforme se indicará, demostrando los testigos ser capaces de percibirlos y apreciarlos por sus sentidos y en el caso de los peritos, demostrando el dominio de sus respectivas ciencias o artes, siendo además acordes éstas con la evidencia material legalmente incorporada."

DÉCIMO CUARTO: Que respecto a la participación del recurrente Neira Aburto, en el fundamento décimo quinto del fallo impugnado, los sentenciadores consignan las pruebas de cargo para establecer la participación directa e inmediata en el ilícito del condenado Neira prueba que pesa en contra del condenado, "amén de revestir precisión, gravedad y coherencia, no ha podido ser desvirtuada por la prueba de descargo."

DÉCIMO QUINTO: Que en los distintos fundamentos de la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Osorno se contiene la relación de los hechos que se dan por probados en la forma exigida por el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal y los sentenciadores los han avaluado su acuerdo con la facultad que les concede el artículo 297 del mismo cuerpo legal.

DÉCIMO SEXTO: Que de acuerdo con lo que dispone el artículo 297 del Código Procesal Penal los tribunales apreciarán la prueba con libertad, es decir sin estar sujetos a leyes reguladoras de la prueba, sin más limitación que el no contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, infracción en que no han incurrido los sentenciadores.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que en cuanto a la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal cabe tener presente que la gravedad del delito de robo con violación está sancionada con una pena mayor al hurto, sea que el delito se ejecute por una o mas personas. La agravante del Código punitivo de ser dos o más los malhechores los autores del ilícito dice relación con la mayor peligrosidad del delito al poner en situación de inferioridad a la víctima y, como lo ha dicho en forma reiterada esta Corte basta que sean dos los malhechores, entendiéndose por tales, con arreglo a su significado natural y obvio, a quien comete delito, cuyo es el caso del condenado Neira

Aburto al actuar conjuntamente con el también condenado Mancilla Maripan.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 372, 376, y 384 del Código Procesal Penal,

SE RECHAZA el recurso de nulidad promovido por la abogado doña Carol Munzmayer Machado, en representación del condenado Avelino Patricio Neira Aburto, en contra de la sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Osorno, de fecha treinta de Mayo de dos mil seis, que corre a fs.2 de este cuaderno, la que no es nula.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del abogado integrante Fernando Castro A.

Rol N° 2962-06.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Rubén Ballesteros C. y los abogados integrantes Sres. Fernando Castro A. y Carlos Künsemüller L. No firma el abogado integrante Sr. Künsemüller, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- **Declara que en el artículo 450 bis inciso primero del Código Penal el legislador ha establecido penas, actuando dentro del marco de la reserva legal.**

Tribunal: Tribunal Constitucional.

Resumen:

La Defensa del acusado interpuso un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 450 inciso primero del Código Penal, fundado en que éste sería contrario a los artículos 5 y 19 Nº 3 incisos 6 y final de la Constitución Política de la República. El Tribunal Constitucional declaró inadmisible el recurso por estimar que la infracción invocada iba dirigida en contra del fallo y no de la norma legal que se consideraba inconstitucional. Señaló, además, que, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 19 N° 3 incisos sexto y séptimo de la Constitución Política de la República, las penas de los delitos las fija el legislador, cuestión que precisamente hizo en el artículo 450 bis del Código Penal, actuando dentro del marco de la reserva legal.
El voto en contra estimó que debía declararse admisible el recurso, porque no procede que se prive del ejercicio de la acción a quien la entabla con fundamentos serios en una materia que requiere una labor interpretativa rigurosa una vez agotadas las diversas fases del procedimiento.

Texto completo:

Santiago, dieciocho de julio de dos mil seis.

VISTOS:

PRIMERO: Que con fecha 12 de julio, Víctor Manuel Alejandro Navarro García, imputado y acusado por el delito de robo con intimidación, ha formulado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en los autos causa RUC N° 0500622689-4, RIT N° 1314-2005, pendiente ante el Tribunal Oral en lo Penal de Talagante, respecto del artículo 450 inciso primero del Código Penal, por resultar contrario a los artículos 5°, 19 N° 3 inciso sexto y final, todos de la Constitución Política de la República;

SEGUNDO: 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";

TERCERO: 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.";

CUARTO: Que es menester agregar que la acción de inaplicabilidad instaura un proceso dirigido a examinar la constitucionalidad de un pre-

cepto legal cuya aplicación en una gestión pendiente que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contrario a la Constitución. En consecuencia, la acción de inaplicabilidad es un medio de evitar la aplicación de normas legales determinadas contenidas en una gestión judicial y que puedan resultar derecho aplicable al caso sub-lite;

QUINTO: Que, para los efectos de declarar la admisibilidad de la cuestión sometida a su conocimiento, esta Sala debe determinar precisamente si la aplicación del precepto legal impugnado es decisivo en el asunto de que se trata, siendo razonablemente fundada;

SEXTO: Que las penas en el sistema chileno las fija el legislador y su referencia constitucional se encuentra en el artículo 19 N° 3, incisos sexto y séptimo, que expresan:

"Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale un ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

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

SÉPTIMO: Que el Código Penal, por su parte, para la aplicación de las penas fija montos distintos según el delito se encuentre en grado de consumado, frustrado o de tentativa;

OCTAVO: Que en la especie lo que el legislador decidió, en uso de sus atribuciones, es aumentar la pena del delito de robo con intimidación, aplicándole al participante la pena del delito consumado aún cuando se ha demostrado que sólo llegó a serlo en grado de tentativa;

NOVENO: Que por lo tanto, el legislador actuó dentro del marco de la reserva legal y no se divisa la infracción constitucional que pretende el requirente, lo que no posibilita una acción razonablemente fundada en esta área;

DÉCIMO: Que, además, de los antecedentes de autos, se concluye que la infracción que se invoca va dirigida contra la sentencia y no contra de la norma legal cuya aplicación se pretende evitar;

UNDÉCIMO: Que en razón de lo señalado en el considerando anterior, en el requerimiento no se da cumplimiento a la exigencia de dirigirlo en contra de una norma legal que resulte decisiva en la gestión;

DUODÉCIMO: Que por las razones expuesta, este Tribunal decidirá que no concurre el presupuesto constitucional de que "la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto", y, por ende, el requerimiento de fojas uno debe ser declarado 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, que es inadmisible el requerimiento de inaplicabilidad deducido.

Al primer y segundo otrosí, estése al mérito de autos.

Al tercer otrosí, téngase presente.

Acordada con el voto en contra del Ministro Hernán Vodanovic Schnake, quien estuvo por declarar admisible la cuestión, en virtud de concurrir los presupuestos establecidos, para tal finalidad por el artículo 93 de la Constitución Política y teniendo, además, presentes:

PRIMERO: Que la razonabilidad del fundamento de la acción deriva, en la especie, no sólo de la exposición lógica de la contradicción normativa que se invoca, sino de la aptitud intrínseca de la norma legal impugnada para contrariar los preceptos constitucionales que se señalan;

SEGUNDO: Que la eventual trasgresión, por el artículo 450 inciso primero del Código penal, de los principios de tipicidad y prohibición de la presunción de derecho de la responsabilidad penal consagrados en el artículo 19 N° 3 de la Ley Fundamental, han sido materia de debate en la jurisprudencia, asentándose dos tesis contrapuestas: una que asume la vulneración de los preceptos constitucionales, y otra que la excluye, esta última en virtud de que el precepto legal cuestionado sólo atribuye una regla especial sobre aplicación de las penas;

TERCERO: Que, entonces, no puede ser privado del ejercicio de la acción de inaplicabilidad quien la entabla con fundamentos serios, en una materia que requiere, por su naturaleza, una labor interpretativa rigurosa una vez agotadas las fases diversas del procedimiento.

Notifíquese por carta certificada.

Rol N° 530-2006.-

II Sentencias Comentadas

SENTENCIA RUC N° 0500248957-2: LA LEY N° 20.084 NO IMPIDE APLICACIÓN DEL ART. 450 INCISO 1° DEL CÓDIGO PENAL.

MARÍA CECILIA RAMÍREZ GUZMÁN
Directora (S) Unidad Especializada
en Delitos Sexuales y Violentos
Ministerio Público - Fiscalía Nacional

- **Sentencia:**

En Castro, a miércoles diecinueve de julio de dos mil seis.

VISTO, OÍDO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que ante este Juzgado de Garantía de Castro se ha desarrollado la audiencia de preparación de juicio oral, en estos antecedentes RUC N°0500248957-2, RIT N°724-2005, con la asistencia del fiscal del Ministerio Público, don Jaime Sáez Leal, domiciliado en calle Chacabuco N°367 de esta ciudad; del acusado **Héctor Marcelo Henríquez Silva**, cedula de identidad N°16.842.077-3, nacido el 4 de septiembre de 1988, sin oficio, domiciliado en calle Argomedo N°1035, interior, de la ciudad de Castro; y de su abogado defensor penal público, don Claudio Herrera Reyes, domiciliado en calle Serrano N°565, comuna de Castro.

SEGUNDO: Que la acusación fiscal fue objeto de la siguiente corrección formal en el acápite 6.- Medios de Prueba de que se valdrá esta fiscalía en el juicio y en el Primer otrosí, se corrigió el segundo nombre del testigo Manuel "Evanan" Vera Cárcamo por el de Manuel "Evan" Vera Cárcamo.

TERCERO: Que los hechos y circunstancias objeto de la acusación presentada por el Ministerio Público son:

El 24 de junio del año 2005, aproximadamente a las 20:00 horas, el acusado Héctor Marcelo Henríquez Silva, ingresó a la casa habitación ubicada en calle Arnoldo Santana N°744, de Castro, de propiedad de la víctima Evelyn Ninoska de Lourdes Roberts Gutiérrez, forzando una de las ventanas del inmueble con un atornillador, sustrayendo desde su interior, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, una cámara fotográfica marca Olimpos y un anillo de color plata con incrustaciones de oro. Se hace presente que el imputado fue sorprendido al interior del domicilio por sus moradores, en los instantes que se hallaba escondido al lado de un refrigerador, con las especies antes referidas en su poder.

A juicio de la Fiscalía los hechos descritos son constitutivos del delito de Robo con Fuerza en Lugar Destinado a la Habitación, previsto y sancionado en el artículo 440 N°1 del Código Penal, en relación con el artículo 432 del mismo cuerpo legal, en grado de Frustrado y que se castiga como consumado en conformidad al artículo 450 del Código Penal, correspondiéndole al acusado, según lo dispuesto en el artículo 15 N°1 del Código Penal, participación en calidad de autor del delito materia de la acusación, toda vez que tomó parte en la ejecución del hecho de manera inmediata y directa.

Señala el Ministerio Público que al acusado le favorece la circunstancia sexta del artículo 11 del Código Penal, esto es, su irreprochable conducta anterior, toda vez que su correspondiente extracto de filiación y antecedentes no revela la existencia de anotaciones penales pretéritas; sin la concurrencia de circunstancias agravantes.

Por último la Fiscalía requiere se imponga al imputado, teniendo en consideración la pena asignada al delito por el que se acusa, la participación del acusado, el grado de desarrollo del delito, en especial lo dispuesto en los artículo 450 que imperativamente dispone que el delito en cuestión se castigará como consumado, el articulo 72

del Código Penal; además, de considerar que lo beneficia la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal y no le perjudica la circunstancia agravante alguna, la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, más las penas accesorias del artículo 29 del Código Penal, esto, es la de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y se le condene al pago de las costas según lo prescrito en el artículo 45 y siguientes del Código Procesal Penal.

CUARTO: Que en la referida audiencia se solicitó y se acordó proceder conforme a las reglas del procedimiento abreviado, según las normas de los artículos 406 y siguientes del Código Procesal Penal, y que para efectos de la referida solicitud el Ministerio Público, en conformidad a la facultad que le otorga el artículo 407 del citado cuerpo legal y para el evento de que el acusado aceptase los hechos de la acusación y antecedentes de la investigación fiscal, le reconoció la aminorante novena del artículo 11 del Código Penal, además de modificar su solicitud de pena, rebajándola, de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, más las penas accesorias del artículo 29 del Código Penal y las costas de la causa, a tres años de presidio menor en su grado medio, las accesorias legales que correspondan, más costas.

QUINTO: Que al consultársele directamente al acusado Héctor Marcelo Henríquez Silva, al tenor de lo indicado en los artículos 406 inciso segundo y 409, ambos del Código Procesal Penal, en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundan, aceptó expresamente todos y cada uno de los hechos indicados en la acusación presentada por el Fiscal del Ministerio Público, ya enunciados en los fundamentos precedentes, así como los antecedentes de la investigación respectiva.

SEXTO: Que los hechos que se dan por probados en base a la aceptación que el acusado ha manifestado respecto a los antecedentes de la investigación, así como al mérito de éstos, valorados en la forma prevista en el artículo 297 del Código Procesal Penal, son los siguientes:

El 24 de junio del año 2005, aproximadamente a las 20:00 horas, el acusado Héctor Marcelo Henríquez Silva, ingresó a la casa habitación ubicada en calle Arnoldo Santana N°744, de Castro, de propiedad de Evelyn Ninoska de Lourdes Roberts Gutiérrez, forzando una de las ventanas del inmueble con un atornillador, sustrayendo desde su interior, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, una cámara fotográfica marca Olimpus y un anillo de color plata con incrustaciones de oro, siendo el imputado sorprendido al interior del domicilio por sus moradores, en los instantes que se hallaba escondido al lado de un refrigerador, con las especies antes referidas en su poder.

SÉPTIMO: Que los hechos reseñados precedentemente se encuentran, a juicio de esta sentenciadora, suficientemente acreditados, más allá de toda duda razonable, por la aceptación expresa de ellos realizada por el acusado, así como por los antecedentes de la investigación efectuada por el Ministerio Público, de los cuales se señalan:

Parte policial N°01210, de 24 de junio de 2005, de la Segunda Comisaría de Castro que da cuenta de los hechos contenidos en la acusación, específicamente que se recibió un llamado telefónico relativo que dos personas civiles mantenían detenido a un individuo que había ingresado a su domicilio, constituido el personal aprehensor constató la veracidad de lo denunciado, presentándose Luis Andrés Vidal Angel y Nelson Fabián Gallardo Cortés, quienes manifestaron que momentos antes sorprendieron al imputado en el interior de su inmueble, encontrándole en uno de los bolsillos de su pantalón una máquina fotográfica que había sido sustraída desde el interior del dormitorio. Registrado el imputado en la unidad policial se le encontró en uno de los bolsillos de su pantalón un anillo de metal, especie que conjuntamente con la máquina fotográfica y destornillador se remiten con cadena de custodia. Además se adjuntan acta de notificación de derechos de detenido; informe de lesiones; acta de declaración voluntaria por delegación del fiscal de turno de Luis Andrés Vidal Angel y Nelson Fabián Gallardo Cortés, quienes ratifican los hechos de la acusación; acta de declaración voluntaria de los funcionarios aprehensores Andrés Zumelzu Matthei y Pa-

tricio Ramos Valles; acta de entrega de imputado por civiles a investigaciones; acta de reconocimiento de especies sustraídas, por la víctima antes mencionada; acta de registro de detenido y reconocimiento de imputado; y, acta de fuerza en las cosas, que da cuenta de que el ingreso al inmueble se habría efectuado por una ventana de 100 x 60 cms. de una dependencia destinada a cocina, al parecer con algún elemento contundente; todas actas de fecha 24 de junio de 2005.

Declaraciones prestadas ante la Fiscalía Local de Castro, por la víctima Evelyn Ninoska de Lourdes Roberts Gutiérrez, el 25 de junio de 2005, en las que confirma que el día 24 de junio, aproximadamente a las 20:40 horas, en circunstancias que iba llegando a su casa, luego de haber estado ausente por su trabajo, se percató que fuera de su casa se encontraban reunidas algunas personas. Al ingresar se encontró con funcionarios de Carabineros y su pololo Luis Vidal y un amigo Fabián Gallardo, informándole que un individuo había ingresado minutos antes a robar a su casa. Luego de revisar se percató que dos ventanas se encontraban con marcas de haber sido forzadas al parecer con un atornillador, pero solamente una de ellas estaba abierta, dos dormitorios se encontraban desordenados y se dio cuenta que faltaba una cámara fotográfica y un anillo color plata con incrustaciones de oro y perlas de color transparentes.

Atestado de los testigos Luis Andrés Vidal Angel y Nelson Fabián Gallardo Cortés, quienes ante la Fiscalía Local de Castro los días 24 de junio y 2 de noviembre de 2005, respectivamente, están contestes en manifestar que el 24 de junio de 2005 alrededor de las 20:00 horas recibieron un llamado telefónico informándoles que un sujeto desconocido había saltado la reja de la casa de su polola Evelyn, quien vestía parca roja, y como se encontraba a unos metros del lugar decidieron entrar, y tras abrir la puerta de entrada principal se percató que la ventana de la parte trasera de la casa se encontraba abierta, encendió la luz del living y en la cocina escondido detrás del refrigerador había un sujeto, el que vestía parca roja y jeans, razón por la cual en forma inmediata lo tomaron y lo sentaron en una silla de la cocina, el individuo quiso arrancarse incluso atentó en su contra con un atornillador que portaba en uno de los bolsillos de su pantalón, una vez reducido llamaron a Carabineros los que demoraron aproximadamente 10 minutos en llegar.

Declaraciones ante el Ministerio Público de los funcionarios de Carabineros, Juan Andrés Zumelzu Matthei, Manuel Evan Vera Cárcamo y Loreto Patricio Ramos Valles, los dos primeros de fecha 2 de noviembre de 2005 y el tercero el 18 de enero de 2006, respectivamente, en las que señalan que el día de los hechos, aproximadamente a las 22:00 horas, se encontraban de servicio de patrullaje cuando le comunicaron por radio que se estaba produciendo un robo en el sector de calle Argomedo N°1035 interior, llegando al lugar a los minutos y efectuaron el procedimiento correspondiente.

Declaración del acusado Héctor Marcelo Henríquez Silva, de 25 de junio de 2005, prestada ante la Fiscalía Local de Castro, en la que señala que el día de los hechos andaba por la Población Cardenal 1, ubicada en el sector alto de esta ciudad, cuando se percató que había una casa de dos pisos donde no había luz, decidiendo ingresar a su interior. Para lo cual abrió el portón ubicado al frente de la casa y se dirigió a la parte trasera donde con un atornillador color transparente y rojo, forzó una ventana e ingresó al interior del inmueble. Cuando se encontraba buscando cosas de valor, escuchó que llegó un vehículo de color rojo, al parecer de los dueños de casa. Razón por la cual se escondió detrás de un refrigerador teniendo en sus bolsillos una cámara fotográfica de color negro y un anillo de color plateado, especies que sacó del segundo piso. Cuando lo pillaron las personas de la casa, uno de ellos lo tomó del cuello y lo sentó en un sillón. Mientras él estaba sentado llamaron a Carabineros así que aprovechó un instante de descuido de ellos y arrancó con la idea de darse a la fuga. Salió de la casa y saltó un cerco de la propiedad, pero se cayó y los propietarios de la casa lo alcanzaron y lo agarraron nuevamente. Pasados cinco minutos llegó Carabineros a quienes las personas de la casa lo entregaron.

Once (11) fotografías del sitio del suceso, tomadas por personal del Servicio de Investigación Policial (S.I.P.) de Carabineros de Castro.

Certificado de nacimiento del acusado Héctor Marcelo Henríquez Silva, que señala como fecha de nacimiento el 4 de septiembre de 1988, con firma y timbre respectivos.

Extracto de filiación y antecedentes del imputado, que no registra anotaciones prontuariales previas.

Copia simple de sentencia de discernimiento, de 13 de julio de 2005, dictada por la Juez Titular del Juzgado de Menores de esta ciudad, en la cual se declara sin discernimiento al menor Héctor Marcelo Henríquez Silva, sentencia revocada con fecha 15 de septiembre de 2005 por la I. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, declarándose en su lugar que el ya citado obró con discernimiento en los hechos investigados por el Ministerio Público y que motivan la presente acusación.

Evidencia material consistente en una cámara fotográfica marca Olympus, un anillo de metal, color gris con amarillo y un atornillador de 10 cms. De empuñadura y 14 cms. De hoja, marca Stanley, todos con su respectiva cadena de custodia.

OCTAVO: Que a juicio de esta sentenciadora los hechos descritos y que se tienen por acreditados, configuran el delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, descrito y sancionado en el numeral primero del artículo 440 del Código Penal en relación con el artículo 432 del mismo cuerpo legal, en grado de frustrado, perpetrado por el acusado Héctor Marcelo Henríquez Silva, en calidad de autor.

NOVENO: Que la Defensa centró sus alegaciones en tres acápites: primero el quantum de la pena y forma de determinación de la misma; segundo la eventual concesión de beneficios de la Ley 18.216 y tercero las costas de la causa.

En cuanto al quantum de la pena, sostiene que el artículo 440 N°1 del Código Penal establece la penalidad asignada al delito en estudio en la de presidio mayor en su grado mínimo, haciendo presente que a la época de comisión de los hechos y en la actualidad su representado es menor de edad. Acude a este respecto a la Ley 20.084 que establece normas de tratamiento a jóvenes infractores de la Ley penal, norma que promulgada que es, es vinculante para los sentenciadores en concordancia al artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República y 18 inciso primero y segundo del Código Penal. Por consiguiente estima que la pena a aplicar a su representado en conformidad al artículo 21 de la Ley 20.084, sería la de presidio menor en su grado máximo; luego del juego interpretativo del artículo 22 que establece reglas de determinación de la extensión de las penas, haciendo suya la aplicación del artículo 52 del citado texto, la pena quedaría en la de presidio menor en su grado medio. Luego de la aplicación de las aminorantes de responsabilidad penal de los números sexto y noveno del artículo 11 del ya citado código, reconocidas ambas por el Ministerio Público y por aplicación del artículo 67 del Código Penal, solicita la rebaja en dos grados atendido la entidad de dichas circunstancias teniendo presente la ausencia de antecedentes penales, menor extensión del daño ocasionado y que su representado menor de edad prestó declaración inculpatoria no solamente a través de la aceptación de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes acopiados por el Ministerio Público sino que durante toda la investigación. En ese mérito el quantum de la pena a aplicar sería, a su juicio, el de 41 días de prisión en su grado máximo. Recalcando que conforme al artículo 23 de la Ley 20.084, las sanciones probables respecto a las penas de prisión y si el Tribunal estima que la pena a rebajar es solamente en un grado, sería la realización de una prestación de servicios a la comunidad, con el mínimo de treinta horas dejando a prudencia del Tribunal su máximo y distribución diaria.

A su turno sostiene que el artículo 450 del Código Penal no se aplica por texto expreso del artículo 21 y 22 de la Ley 20.084, más aún cuando esta presunción es discutida por la jurisprudencia, por ser contraria al ordenamiento positivo penal que no se aviene con la Constitución Política de la República y Convención Internacional de los derechos del niño.

En subsidio de lo anterior y en el evento que el Tribunal estime que no es procedente la Ley de responsabilidad penal juvenil, hace presente que su representado en todo caso reúne y satisface las exigencias del artículo 4 de la Ley 18216, norma que se debe conjugar con la Convención Internacional de los derechos del niño,

siendo deber de esta magistratura velar siempre por el interés superior del menor. En este sentido para acreditar el requisito subjetivo de la letra c) del artículo precitado la defensa acompaña un informe social evacuado y suscrito por la asistente social de la Defensoría Penal Pública, el cual en su parte medular establece que sus padres asistieron a las reuniones a las que fueron citados y como opinión final la profesional sostiene que la reclusión se presenta como un riesgo para el adolescente, recomendándose una terapia sicológica familiar.

Finalmente solicita se le exima a su representado del pago de las costas atendido que la renuncia que ha efectuado de asistir a un juicio oral, público y contradictorio, ha ahorrado ingesta y recursos al estado.

DÉCIMO: Que antes de resolver respecto a los planteamientos y alegaciones de la Defensa relativas a la aplicación de penas para el adolescente imputado acorde con la Ley 20.084, y a fin de ir esclareciendo la posible pena a la cual puede ser afecto el sentenciado primero debe establecerse que el tribunal hará lugar a las atenuantes sexta y novena del artículo 11 del Código Penal, habida consideración de que posee un extracto de filiación y antecedentes penales exento de anotaciones pretéritas y que efectivamente éste prestó colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, como se deduce de su declaración prestada ante la Fiscalía Local de Castro al día siguiente de ocurrido los hechos, atestado detallado respecto al delito perpetrado, forma de comisión y participación específica que le cupo en el mismo, además de tener en cuenta el reconocimiento de ambas atenuantes a su respecto por parte del Ministerio Público.

Que, además el abogado defensor ha invocado la derogación del artículo 450 del Código Penal, por la aplicación de los artículos 21 y 24 de la Ley sobre responsabilidad penal juvenil, que castiga como consumado desde que se encuentre en grado de tentativa el ilícito por el cual se acusó al encartado. En este sentido el artículo 21 señala la expresamente la pena asignada en caso de delitos cometidos por adolescentes, asimilándola a la contenida en el artículo 72 del Código Penal esto es, la inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente y de igual manera el artículo 24 de la ya citada ley establece criterios de determinación de las penas atendiendo, entre otros, a la calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción. De la conjugación de ambos artículos esta sentenciadora no vislumbra la derogación de la referida disposición legal, ni de manera expresa ni tácita, como categóricamente afirmara el abogado Defensor en la audiencia pues de suyo y sin que en nada se estime modificado, para la determinación de las penas primeramente se debe acudir a las normas contenidas en la parte general del Código Penal y luego a las especiales del delito de que se trate, teniendo de tal modo plena vigencia el artículo 450 del Código Penal, pues al entender de esta magistrado la referencia de la ya citada ley a la naturaleza de las sanciones relativa al grado de ejecución de la infracción en nada dice relación a la disminución o aumento de la pena a aplicar.

DÉCIMO PRIMERO: Que una vez dilucidado lo anterior corresponde a esta sentenciadora avocarse a determinar si la nueva ley es más beneficiosa para el imputado conforme al mandato constitucional estatuido en el inciso séptimo del número tercero del artículo 19 de nuestro Código fundamental, efectuando una labor interpretativa entre el Código Penal y las nuevas disposiciones de la Ley 20.084, para ello debe recordarse que el hecho por el cual fue acusado el sentenciado aconteció el 24 de junio de 2005, en calidad de autor, en grado de frustrado y que la Ley sobre responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal fue promulgada y publicada en el Diario Oficial el 28 de noviembre y 7 de diciembre de 2005, respectivamente, disponiendo su entrada en vigencia en conformidad al artículo 1 transitorio de la misma ley al sexto mes posterior a su publicación, con excepción de lo prevenido en las letras a) y c) del artículo 68, vale decir a partir del 8 de junio de 2006.

Conforme lo antes referido y específicamente a la aplicación de las normas contenidas en la parte general del Código Penal y luego a las especiales de que se trate, la pena asignada al delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación es la de presidio mayor en su grado mínimo, rigiendo a su respecto lo dispuesto en los artículos 72 y 450 del Código Punitivo de modo

que tratándose de un menor que obró con discernimiento corresponde la aplicación de esta regla especial de penalización imponiéndole la pena inferior en un grado al ya indicado y el castigo como consumado de un delito en grado de desarrollo de frustrado, resultando de su conjugación la pena de presidio menor en su grado máximo, y beneficiándole además, dos aminorantes de responsabilidad penal y no perjudicándole ninguna agravante por disposición del artículo 67 del Código Penal, el tribunal se encuentra facultado para imponer la pena inferior en uno o dos grados, según sea el número y entidad de dichas circunstancias, lo que esta Juez hará uso como se señalará en la parte resolutiva de esta sentencia, en el sentido que se condenará al sentenciado a la pena concreta de presidio menor en su grado medio, más las accesorias legales.

Que a su turno de la conjugación de los artículos de la Ley 20.084, la pena se rebajaría a la de presidio menor en su grado máximo, por aplicación primera del ya referido artículo 21 que dispone que la pena asignada al delito cometido por un adolescente es la inferior en grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente, rigiendo íntegramente a criterio de esta Juez el artículo 450 del Código Penal, castigando como consumado un delito en grado de desarrollo frustrado, y beneficiándole dos atenuantes y no concurriendo a su respecto agravantes, se acude a la ya referida disposición del artículo 67 del Código Penal, llegando a la misma conclusión ya vertida, esto es, el Tribunal puede imponer la pena inferior en uno o dos grados, según sea el número y entidad de dichas circunstancias, sentenciando al imputado como se señalará en lo resolutivo de este fallo a la pena de presidio menor en su grado medio. En la especie el artículo 23 en su numeral tercero señala reglas de determinación de la naturaleza de las penas, en sustitución de las determinadas por el Código Penal.

Del anterior examen no se aprecia que la Ley sobre responsabilidad penal juvenil sea más beneficioso para el sentenciado y a su vez cumpla con el requisito sine qua non del inciso séptimo numeral tercero del artículo 19 de la Constitución Política de la República pues en el caso en estudio al adolescente imputado la nueva ley también le impone una pena privativa de libertad atribuyendo al Juez facultades para que la sanción se cumpla de una manera diversa, sin que a su respecto estatuya un monto de la pena más favorable, más aún si a esta fecha no se encuentra implementado el nuevo sistema de justicia penal juvenil haciendo ilusorio el cumplimiento efectivo de la pena si así se ordenara en el presente fallo.

Corroborando lo anterior, en lo que se refiere a la naturaleza de la pena a aplicar, tampoco se aprecia por esta magistrado un mayor beneficio para el acusado en la aplicación de la Ley 20.084, si se considera la medida alternativa a la pena privativa de libertad que se le concederá en la parte resolutiva de la presente sentencia.

DÉCIMO SEGUNDO: Que sin perjuicio de lo razonado en el fundamento anterior, habida cuenta de la pena señalada al delito en este caso, la circunstancia probada mediante el certificado de nacimiento respectivo de que el acusado era menor de dieciocho años y mayor de dieciséis a la fecha de comisión del ilícito y estimando este Tribunal que concurren respecto del sentenciado las dos circunstancias modificatorias de responsabilidad penal invocadas por la Defensa y reconocidas por el ente persecutor, consistentes en la atenuante sexta y novena del artículo 11 del Código Penal y que no lo perjudica ninguna agravante, se estará a lo establecido en el artículo 67 del Código Penal, sin perjuicio de estar limitada esta sentenciadora, en cuanto al máximo y naturaleza de la pena a aplicar, por la pena solicitada por el Ministerio Público en este procedimiento abreviado.

Además de lo anterior, en la determinación concreta de la pena a aplicar, el Tribunal, considerará la mayor o menor extensión del mal producido por el delito en el caso concreto, atendido el valor y naturaleza de las especies que se intentó sustraer, la recuperación total de las mismas y el grado de desarrollo del delito, el cual se encuentra en grado de frustrado.

DÉCIMO TERCERO: Que la Defensa en subsidio de sus primeras alegaciones solicitó conceder al acusado el beneficio de la remisión condicional de la pena de la Ley 18.216, solicitud a la que se hará lugar por estimar el Tribunal que se cumple con los requisitos legales, específicamente el de la letra c) del artículo 4° de la citada ley;

al exhibir y acompañar en la audiencia un informe social emanado de la asistente social doña Alejandra Graciela Díaz Venegas, que en su parte final esencialmente sostiene que los actos ilícitos cometidos por el adolescente tienen un trasfondo social y familiar, quien encuentra en ellos una forma de alertar a sus progenitores acerca de la rabia contenida por la disolución de su grupo familiar, presentándose la reclusión como un riesgo dada la inestabilidad emocional en al que se encuentra, recomendando una terapia psicológica familiar.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo señalado en los artículos 1, 2, 3, 7, 11 N°6 y 9, 14, 15, 18, 21, 24, 29, 30, 50, 56, 67, 69, 72, 432, 440 N°1 y 450 del Código Penal; 1, 2, 3, 4, 8, 45, 47, 108, 247, 248, 259, 260, 266, 267, 269, 270, 271, 295, 297, 340, 342, 406 y siguientes del Código Procesal Penal; artículo 600 del Código Orgánico de Tribunales; Ley 18.216; Ley 20.084 y Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, **se declara:**

I.- Que se condena a **HÉCTOR MARCELO HENRÍQUEZ SILVA**, ya individualizado, por su responsabilidad como autor del delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, descrito y sancionado en el artículo 440 N°1 del Código Penal en relación con los artículos 432 y 450 del mismo cuerpo legal, en grado de frustrado, perpetrado el día 24 de junio de 2005 en la ciudad de Castro, imponiéndose la pena de QUINIENTOS CUARENTA Y UN DÍAS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MEDIO y la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.

II.- Que reuniéndose a su respecto los requisitos exigidos por el artículo 4° de la Ley 18.216, se le concede al condenado el beneficio de la remisión condicional de la pena, fijándose el plazo de tratamiento y observación en el período de quinientos cuarenta y un días, quedando sujeto a las condiciones del artículo 5 del citado texto legal según correspondiere.

Para el caso de serle revocado el beneficio al sentenciado, deberá cumplir efectivamente la pena privativa de libertad por el lapso no cumplido con el beneficio otorgado, a contar desde que se presente o sea habido, dejándose constancia que le servirán de abono los días en que permaneció privado de libertad, los días 24 y 25 de junio de 2005, según consta de la carpeta judicial.

III.- Atendido lo previsto en el artículo 600 del Código Orgánico de Tribunales, que el condenado se encuentra patrocinado por la Defensoría Penal Pública y que el sentenciado renunció a su derecho a ir a un juicio oral, público y contradictorio, se le exime del pago de las costas de la causa.

Ejecutoriada esta sentencia dése estricto cumplimiento al artículo 468 del Código Procesal Penal, remitiéndose oficios a Servicio de Registro Civil, Contraloría General de la República y Gendarmería.

ANÓTESE, REGÍSTRESE y ARCHÍVESE en su oportunidad.

RUC 0500248957-2

RIT 724-2005

Dictada por doña Pamela Edith de la Peña Salazar, Juez Titular del Juzgado de Garantía de Castro.

- **Comentario:**

A raíz de la promulgación de la Ley N° 20.084, se ha debatido en diferentes audiencias la posibilidad de aplicar esta normativa a los procesos en que se ven involucrados menores de 18 años. Se invoca, para estos efectos, el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política y el artículo 18 del Código Penal, puesto que, a juicio de los solicitantes, la nueva regulación legal sería un supuesto de ley más favorable para el afectado.

Ciertamente este no es un tema fácil de resolver y las decisiones de los tribunales, que han debido deliberar sobre la materia, no son uniformes.

De una primera lectura a la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, podría cuestionarse si realmente se trata de una normativa más favorable, toda vez que, con carácter general, rebaja a 14 años la edad a partir de la cual se puede ser penalmente imputable. Por otra parte, no condiciona esta responsabilidad al pronunciamiento sobre el discernimiento del menor.

Este planteamiento ha sido utilizado en algunos fallos, en que se ha rechazado la aplicación de la Ley N° 20.084, como por ejemplo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 30 de enero de 2006, conociendo de un recurso de nulidad, en causa RUC N°050030631-0.

Por otro lado, existen pronunciamientos de tribunales, que no han dado lugar a la petición de la defensa, argumentando que el sistema de sanciones previsto por la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente no está en funcionamiento, de tal manera, que su aplicación se haría ilusoria.[3]

Ahora bien, determinar si se está frente a una hipótesis de retroactividad benigna, como ya se señalara, no es una cuestión sencilla. Son varios los factores los que se deben considerar en el análisis y, en definitiva, resolver conforme al caso concreto.[4]

Precisamente a una alegación específica nos referiremos en el presente comentario.

a) El caso

En causa RUC N° 0500248957-2 seguido en contra de un menor de 18 años por el delito de robo con fuerza en las cosas, en lugar destinado a la habitación, la defensa invocó la nueva normativa para impugnar el quantum de la pena solicitada por el Ministerio Público. En efecto, en el marco del procedimiento abreviado, este interviniente estimó que la pena asignada al delito por el artículo 440 N°1 del Código Penal, debía ser aplicada de conformidad con el artículo 21 de la Ley N°20.084, con lo que quedaría en presidio menor en su grado máximo. Luego, correspondería aplicar el artículo 22 de dicho cuerpo legal, el que haciendo remisión a las disposiciones del Código Penal, específicamente al artículo 52, fijaría la pena en presidio menor en su grado medio. Estimándose configuradas las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal del artículo 11 N° 6 y 9, y tras la aplicación del artículo 67 del código, solicitó rebajar la pena en dos grados. En atención a diversos factores, menor extensión del daño ocasionado y colaboración durante toda la investigación, pidió para su defendido la pena de 41 días de prisión en su grado mínimo.

Como argumento para justificar esta solicitud, sostuvo que por expresa disposición de los artículos 21 y 22 de la Ley N° 20.084, el artículo 450 inciso primero del texto punitivo no se podría aplicar. Además, hizo presente que esta norma ha estado sujeta a permanente cuestionamiento por la jurisprudencia, debido a su desavenencia con la Constitución y con la Convención Interamericana de los Derechos del Niño.[5]

---

3 Sentencia Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia de 10.07.2006.Causa RUC N°0500442213

4 Garrido Montt, Mario. Derecho Penal. Parte General. Reimpresión de la 1ª edición. Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 109; Novoa, Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General. Tercera Edición. Editorial Jurídica de Chile, t. I, 2005, p. 187; Politoff/Matus. Comentario al Artículo 18 a 19. En Texto y Comentario del Código Penal. Obra dirigida por Politoff/Ortiz. Editorial Jurídica de Chile, t. I, p. 267. Cury, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Séptima edición ampliada. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 229.

5 Considerando noveno de la sentencia.

El tribunal de Garantía no acogió la tesis de la defensa, y condenó al acusado a cumplir una pena de 541 días de presido menor en su grado medio, remitiéndola condicionalmente.

b) Análisis del planteamiento de la defensa

Comenzando por el último aspecto planteado por la defensa, cabe señalar que el artículo 450 inciso primero corresponde a una regla especial de determinación de la pena, de aquellas reconocidas expresamente por el artículo 55 del texto normativo.[6] Por lo tanto, no es un tipo penal indeterminado, cuestión que ha sido zanjada claramente por la Corte Suprema.[7]

En cuanto a que los artículos 21 y 22 de la Ley N° 20.084, impedirían aplicar esta disposición, se hace necesario examinar el contenido de dichos artículos para valorar la exactitud de ese aserto.

Por una parte, el artículo 21 de la ley no establece una pena, sino que corresponde a una circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, de aquellas especiales, que en su contenido coincide con la regla del artículo 72 del Código Penal, en su inciso primero.[8] En consecuencia, en nada incide sobre la aplicación del artículo 450 del citado cuerpo legal.

Con respecto al artículo 22 de la normativa para adolescentes, lo que hace este artículo es precisar, sin lugar a duda, el momento en que el juez debe aplicar el artículo 21 y, a partir de esa oportunidad, el tribunal debe remitirse a las reglas del Titulo III, párrafo 4 del Libro I. Se trata, al igual que el anterior, de una regla de determinación de pena.

En el reenvío que la ley especial hace al Código Penal, es precisamente a las normas generales del Código en la materia, con la sola excepción del artículo 69. Siendo así, tienen plena aplicación las disposiciones que determinan las rebajas procedentes para el caso de formas imperfectas de ejecución y de participación. Vale decir, desde los artículos 51 a 55 del código, incluyendo este último, que se encarga de precisar que las rebajas señaladas en los artículos precedentes, en materia de tentativa y frustración, no se aplican cuando estas figuras se hallan especialmente penadas por la ley.

La importancia de la remisión, para los efectos de analizar la errada impugnación que hace la defensa, es que la ley nueva sólo excluye el artículo 69, con lo que por esta vía, reconoce la posibilidad de establecer reglas especiales de penalidad para los formas de imperfecta ejecución.

Siguiendo el criterio sostenido por la Corte Suprema, el artículo 450 inciso primero es una regla especial en materia de determinación de pena. En consecuencia, tampoco podría sostenerse sobre la base del artículo 22 de la ley nueva, la imposibilidad de aplicar la norma en cuestión.

Más adelante, la defensa también invoca al artículo 24 de la Ley Nº 20.084, que obliga a tener presente, para los efectos de determinar la pena, la clase de participación del adolescente en el delito y el grado de desarrollo de la ejecución. Sin embargo, el contenido de esta disposición en nada altera la conclusión precedente, puesto que se limita a establecer criterios a tomar en consideración por el tribunal en la operación, pero nada dice sobre la pena que corresponda, según participación en el hecho o grado de ejecución del delito. En esta materia, necesariamente hay que estar a lo dispuesto por el Código Penal en los artículos 50 y siguientes, tal como lo determina el artículo 22 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.

---

6 Van Weezel, Alex. ¿Es inconstitucional el artículo 450, inciso primero, del Código Penal?, comentario a la SC de Santiago 15.11.200" en revista Chilena de Derecho, Vol. 28 N°1 (2001), p. 191-194.

7 SCS 08.10.2002,rol 3029-2002; SCS de 25.08.2003. Esta última sentencia se encuentra comentada por Bascuñán, Antonio en: Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, 2004:1, p. 315

8 Politoff/Matus/Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Segunda edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 505.

c) La resolución del Tribunal de Garantía

Es interesante el razonamiento que desarrolla el tribunal para concluir que la Ley Nº 20.084 no es más benigna, puesto que, precisamente, lo que hace para arribar a esta resolución, es comparar lo que sucede, en el caso concreto, con la cuantía de la pena. Descartó, en consecuencia, haber hecho una declaración a priori sobre el particular, sino que fue contrastando paso a paso los efectos de aplicar una u otra regulación.

En primer lugar, toma como referencia el artículo 21 de la nueva ley y la regulación del artículo 72, inciso primero, del Código. Ambos rebajan la pena en un grado, por lo que no habría diferencia.

La sentenciadora consideró, que para determinar la pena correspondiente a un adolescente infractor, es menester -por mandato expreso de la nueva ley- aplicar las normas generales del Código Penal y, luego, las especiales del delito en particular.

Esta operación, obliga al tribunal -continua razonando la magistrado- a aplicar no sólo los artículos 50 y siguientes del texto punitivo, sino también el 450. Más aún, la conjugación de los artículos 21 y 24 de la Ley Nº 20.084, invocados por la defensa, no influyen en la eventual derogación del artículo 450 del código, pues estas disposiciones nada dicen sobre los aumentos o rebajas de pena que se deba efectuar con relación al grado de desarrollo del delito.[9]

Siendo así, tendría plena vigencia, en concepto del tribunal, el artículo 450 inciso primero del texto punitivo.[10]

Una vez que afirma la vigencia del citado artículo, la sentencia sostiene que se llega a la misma pena, tanto si se guía en este proceso por la Ley Nº 20.084 como si lo hace por el Código Penal.

A mayor abundamiento, agrega que la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente le impone al infractor una pena privativa de libertad, "atribuyendo al juez facultades para que la sanción se cumpla de manera diversa".[11]

Este es un aspecto muy importante a destacar de la sentencia. Si la nueva ley faculta al juez a decidir entre distintas alternativas, aun cuando alguna de estas opciones sea más favorable, no es posible afirmar que el precepto sea más beneficioso, puesto que el juez no está obligado a aplicarlo.

Por último en cuanto a la naturaleza de la sanción, el tribunal descarta que la Ley N° 20.084 sea más benigna para el afectado, al otorgarle la remisión condicional de la pena.

A nuestro juicio, el Tribunal de Garantía, a través de su fundamentación, ha ilustrado el camino a seguir cada vez que se está frente a la disyuntiva de determinar si una ley promulgada es más favorable para el afectado o no. En otros términos, ha materializado la recomendación que el profesor Cury hace al respecto: "En la práctica esto significa que el tribunal debe hacer dos borradores de sentencia -uno sobre la base de cada ley-, a fin de establecer cuál de ellas conduce a un resultado más favorable para el procesado".[12]

---

9 Considerando décimo de la sentencia.

10 Cabe hacer presente que recientemente el Tribunal Constitucional, Rol N° 530-2006, ha rechazado un recurso de inaplicabilidad, en que se impugnaba la constitucionalidad del art 450 inciso primero, sosteniendo que: C°9: "Que en la especie lo que el legislador decidió, en uso de sus atribuciones, es aumentar la pena del delito de robo con intimidación, aplicándole al participante la pena del delito consumado aún cuando se ha demostrado que sólo llegó a serlo en grado de tentativa";

9°. Que por lo tanto, el legislador actuó dentro del marco de la reserva legal y no se divisa la infracción constitucional que pretende el requirente, lo que no posibilita una acción razonablemente fundada en esta área;"

Pronunciamiento en autos causa RUC N° 0500622689-4.

11 Considerando undécimo de la sentencia.

12 Cury, ob. cit. p. 229.

BREVE COMENTARIO A LAS SENTENCIAS SOBRE ROBO CON INTIMIDACIÓN RUC N° 0600127121-9 Y RUC N° 0500695820

MARÍA CECILIA RAMÍREZ GUZMÁN
Directora (S) Unidad Especializada
en Delitos Sexuales y Violentos
Ministerio Público - Fiscalía Nacional

- **Sentencias:**

Santiago, lunes veinticuatro de julio de dos mil seis.

VISTOS, OÍDOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Individualización del tribunal, de los intervinientes y de la causa. Que con fecha miércoles diecinueve de julio de dos mil seis, ante esta Sala del Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, integrada por el Juez Presidente de Sala doña **GENI MORALES ESPINOZA**, e integrada, además, por los magistrados doña **MARÍA LUISA RIESCO LARRAÍN** y don **MAURICIO RETTIG ESPINOZA**, se llevó a efecto la audiencia del juicio oral RIT N° 38-2006, seguido en contra de los acusados **JUAN JESÚS CHAMORRO TORRES**, Cédula de Identidad nº 16.268.728-K, domiciliado en calle Jacaranda N° 2081 comuna de La Florida, y en contra de **VÍCTOR HUGO PAVEZ MIRANDA**, Cédula de Identidad N° 16.264.725-3, domiciliado en calle Jacaranda 2014 comuna de La Florida.

Fue parte acusadora del presente juicio el Ministerio Público de esta ciudad, representado por la fiscal adjunta de Santiago doña Viviana Vergara Ayala domiciliada en Avenida Pedro Montt número 1606, cuarto piso, Edificio de la Fiscalía Centro Norte, de esta ciudad.

La defensa del acusado **JUAN JESÚS CHAMORRO TORRES**, estuvo a cargo de la Defensora Penal doña Roxanna Castillo Carrasco, domiciliada en Calle Mac Iver 370 piso 10 de esta ciudad.

La defensa del acusado **VÍCTOR HUGO PAVEZ MIRANDA**, estuvo a cargo de los defensores particulares don Cristian Parada Bustamante, con domicilio en Calle Agustinas 1442 torre B oficina número 306, ciudad de Santiago, y don José Moris Fernando, domiciliado en calle Compañía número 1357, piso 8°, ciudad de Santiago.

SEGUNDO: Acusación fiscal. Que el Ministerio Público sostuvo en su acusación que:

El día 20 de Febrero de 2006, alrededor de las 21:40 horas, los acusados **JUAN JESÚS CHAMORRO TORRES** y **VÍCTOR HUGO PAVEZ MIRANDA**, en compañía de un tercer sujeto de identidad desconocida, ingresaron al establecimiento YPF Full, ubicado en calle Monterrey N ° 2987, comuna de Conchalí, y una vez en su interior procedieron a intimidar, a mano armada, a las trabajadoras del local exigiéndoles que le hicieran entrega del dinero recaudado, para luego sustraer de la caja registradora la suma aproximada de $183.950 en dinero efectivo, 27 chocolates de diversas marcas y tamaños, y 20 pares de pilas de diverso tamaño, dándose a la fuga del lugar con las especies sustraídas.

A juicio de la Fiscalía, los hechos descritos son constitutivos del delito de **ROBO CON INTIMIDACIÓN**, en grado consumado, previsto y sancionado en el artículo 436 del Código Penal, en relación con los artículos 432 y 439 del mismo Código.

En concepto de la Fiscalía, a los acusados les ha correspondido, según lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal, la calidad de AUTORES del delito materia de la presente acusación, toda vez que tuvieron participación directa e inmediata en los hechos relatados anteriormente, llevando a cabo todos los elementos que configuran el delito por el cual se les acusa.

A juicio de la Fiscalía, a favor de ambos acusados concurre la circunstancia atenuante de responsabilidad penal del artículo 11 N ° 6 del Código penal, esto es, la irreprochable conducta anterior, y a su vez concurre respecto de ambos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 456 bis N ° 3 del Código Penal, la circunstancia agravante de responsabilidad penal de ser dos o más los malhechores.

En cuanto a la pena requerida y considerando la pena asignada al delito por el que se acusa **JUAN JESÚS CHAMORRO TORRES** Y **VICTOR HUGO PAVEZ MIRANDA** y que concurre respecto de ambos una circunstancia agravante y una circunstancia atenuante de responsabilidad, de conformidad a lo señalado por el artículo 67 inciso final y 68 del Código Penal, el grado de desarrollo del delito y su participación en el mismo, la Fiscalía requiere se imponga a ambos acusados las penas de **CINCO AÑOS Y UN DÍA DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MÍNIMO por el delito de robo con intimidación**, más las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación para profesiones titulares mientras dure la condena, así como también, el comiso de las armas utilizadas en la comisión del delito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 del Código Penal, todo ello con expresa condenación en costas de acuerdo a lo establecido en el artículo 45 del Código Procesal Penal y 24 del Código Penal.

Respecto de las convenciones probatorias, los intervinientes acordaron como convención probatoria la circunstancia de que respecto de ambos imputados le favorece la minorante establecida en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, la irreprochable conducta anterior.

TERCERO: Alegatos de apertura, clausura y replica de la fiscalía. Que, en su alegato de apertura, la fiscalía señaló que las bombas de bencina son blancos atractivos para la comisión de delitos de robo. Refiere que cada uno de los testigos pudo apreciar parte de los hechos y que en este rompecabezas no quedará duda alguna de la ocurrencia del hecho y de la participación de los acusados en el mismo. Las victimas declararán respecto de la intimidación. Se presentaran testigos presénciales respecto de las especies sustraídas. Habrá prueba material constituida por las armas utilizadas por los acusados y los bolsos que los mismos llevaban para trasladar las especies sustraídas.

Sostiene que con la prueba ofrecida se vencerán la presunción de inocencia y la duda razonable.

Que, en su **alegato de clausura** y en la **réplica**, el Ministerio Público sostuvo que con la prueba de cargo presentada en el juicio, la que detalló circunstanciadamente, habrían resultado probados, en su opinión, tanto los hechos materia de la acusación como la participación atribuida al acusado.

Agrega, que acreditó las tres proposiciones fácticas que prometió al inicio de la audiencia, es decir, probó que al local afectado ingresaron tres sujetos, en segundo lugar se acreditó que estas personas intimidaron a las victimas con objetos que simulaban ser armas de fuego y en tercer lugar que estos sujetos se habían apropiado de especies. Sostiene que estas proposiciones fácticas tipifica el delito que nos ocupa.

Argumenta que el delito de robo con intimidación es un delito pluriofensivo.

Respecto de la intimidación, en este caso la amenaza, debe ser seria, es decir, dar cuenta de un mal futuro, en tal sentido refiere que a una persona la apunten con una pistola hace referencia a un mal futuro, esta es, que si la persona no hace lo que el sujeto quiere la pueden matar de un balazo. Señala que además la amenaza debe ser grave y que qué más grave que a la víctima la apunten con un arma. Sostiene que la amenaza debe ser verosímil, es decir que el mal amenazado parezca posible, que sea susceptible de ser cumplido. Debemos ponernos ex ante en la posición de las víctimas. Esto es un asalto. En tal sentido refiere que puesta cualquier persona en la situación de las víctimas ¿podría no pensar que estaba siendo víctima de una amenaza de muerte?. Dice que la jurisprudencia debe ponerse en el lugar de la víctima ex ante, es decir, como si estuviera en el lugar de los hechos, ser intimidado por la armas, ser amenazado si no se entregan las especies. Por ello cree que esos artefactos, en ese momento, en ese día, a esa hora, son ar-

mas de fuego que pueden lesionar y cuando a la victima la apuntan con un arma de fuego y le solicitan dinero eso es un asalto, esto es, un robo con violencia, a diferencia de lo planteado por la defensa, es decir, que aquí hubo un delito de robo por sorpresa, el cual no se divisa por ninguna parte, por cuanto, las especies no las llevaba consigo la víctima. Además en el robo por sorpresa se actúa repentinamente, en forma sorpresiva y lo sorpresivo no quita la intimidación, a ello se refirió la conducta de los acusados y no a causar agolpamiento.

Agrega que el dolo de los sujetos apunta a intimidar y a apropiarse las especies.

En cuanto a la agravante de pluralidad de malhechores la coparticipación disminuyó las posibilidades de defensa de la víctima. En tal sentido, argumenta que la voz malhechor hace referencia a cualquier persona que comete el delito y no a conductas pretéritas lo cual implica necesariamente un derecho penal de autor y no de actos.

En cuanto al momento en que se producen las amenazas, estas se produjeron al ingresar los sujetos, durante la comisión del delito y al retirarse del lugar.

Dice que las victimas son contestes respecto de las especies apropiadas, de las amenazas de que fueron objeto y respecto de la coparticipación de los sujetos.

Dice que es la víctima quien tiene que determinar si el si vio o no intimidada.

Afirma que Víctor Pavéz no sabía si el arma era o no de fogueo.

Dice que respecto de la flagrancia ello fue un tema discutido en garantía y además no tiene ninguna implicancia en este caso.

Cita un fallo de la Corte de Apelaciones en el cual se considera que las amenazas con un arma de fogueo pueden subsumirse en el artículo 439 en la expresión "cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega, lo que en concordancia con el uso de armas de las previstas en 132 resulta apto para generar convicción de la intimidación de la víctima, además el concepto intimidación en el robo debe analizarse desde la perspectiva subjetiva, esto es, desde el efecto que produce en la víctima y como afecta su libertad de actuar siendo suficiente la presencia de medios aptos para producir temor, sin requerirse que sean objetivamente aptos para cumplir su cometido".

CUARTO: Alegatos de apertura, clausura y replica de la defensa de Chamorro Torres. Que, por su parte la defensa, en su alegato de apertura, refirió que en este caso no habo flagrancia, transcurrieron a lo menos quince minutos entre el hecho y la detención. Dice que los acusados no intimidaron. Refiere que el acusado declarará para disipar las dudas respecto del procedimiento y dicha colaboración será sustancial. Agrega, que sin perjuicio de lo señalado, el Ministerio Público deberá demostrar el delito y la participación del acusado que representa.

En su **alegato de clausura** y en la **réplica**, la defensa del acusado Chamorro Torres reiteró las alegaciones a las que se ha hecho referencia, agregando que no hay claridad a qué, cómo y en qué forma se produjo la intimidación por parte de los acusados. Efectivamente, los testigos no señalaron de qué forma cada uno de los acusados se pusieron de acuerdo para cometer el delito, ni cómo actuaron y realizaron la intimidación. Esta información fue aportada por los imputados.

Dice que en este caso no hay flagrancia y por ello es importante la declaración del acusado.

Dice que no hay acuerdo en los testigos respecto de cual fue el tiempo que demoraron los sujetos en cometer el delito, información que es aportada por su representado.

Respecto de la agravante del artículo 456 bis número 3, refiere que el término Malhechor se refiere a la persona que con anterioridad ha cometido crímenes o simples delitos.

No cuestiona el hecho, ni la participación.

Dice que no se puede dejar a la víctima la calificación de un hecho punible.

Aclara que su representado dijo que el Alex le señaló que el arma era de fogueo.

QUINTO: Alegatos de apertura, clausura y replica de la defensa de Pavéz Miranda. Que, por su parte la defensa del acusado Pavés Miranda, en su alegato de apertura, argumentó que estamos en presencia de un delito de robo por sorpresa y no de un delito de robo con intimidación y por lo tanto, solicita la recalificación del delito.

En su **alegato de clausura** y en la **réplica**, la defensa del acusado antes referido reiteró las alegaciones a las que se ha hecho referencia, agregando que no discute los hechos ni la participación de los acusados. Sólo se cuestiona la calificación jurídica.

Dice que las contradicciones de los testigos del Ministerio Público dan fuerza a la versión de los acusados.

Agrega, que el arma a fogueo utilizada por los acusados no es lo mismo que ponerle un cuchillo en la garganta de una persona, por cuanto la primera no es real.

Dice que las víctimas estaban confundidas. Alude a la antijuricidad material como grado de afección al bien jurídico.

En cuanto a la aptitud del medio utilizado para provocar intimidación, se trata de un delito pluriofensivo que tiene penas asignadas superiores en su tramo máximo a las de homicidio simple. En tal sentido, si se estimara que cualquier acto que subjetivamente pudiera provocar intimidación a una víctima es suficiente, pudiéramos pensar también que las amenazas utilizando hechicerías perfectamente calzarían con el tipo penal, del mismo modo, bastaría con que un sujeto feo requiriera las cosas de una persona, la cual asustada por las características físicas del sujeto de viera compelida a entregarlas. En tal sentido, no debe perderse de vista la diferencia entre tentativa real y la irreal que ex ante y ex post es peligrosa y la tentativa que ex ante es peligrosa, o sea que mirada desde el punto de vista del hombre medio, razonable es peligrosa pero ex post no lo es y en tal sentido debe tenerse presente lo dicho por don José Clemente Fabres en la cesión número 63 de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno respecto de las amenazas, en el sentido de que no deben castigarse las amenazas insignificantes que a menudo se hacen sin ánimo de llevarlas a cabo y en este juicio está demostrado que en ningún caso los acusados iban a llevar a cabo las amenazas realizadas, en ningún caso iban a disparar, en ningún caso iban a poner en serio riesgo, que es lo que exige el tipo penal, la vida, la integridad física, de los afectados. Dice que a parte de un susto no ha habido nada más.

En cuanto al hecho de que se realizara una maniobra para generar confusión las víctimas dijeron en todo momento que no podían distinguir si el arma era de fogueo o real, o sea si estaban confundidas.

Dice que no se puede sancionar por un tipo penal en que los bienes jurídicos no han sido vulnerados, es decir, en que no se afecta la antijuricidad material, por que de lo contrario el juez no esta aplicando el derecho y no está haciendo justicia.

Cita un fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel, en el cual se expresa que no dejarle a la víctima la calificación de un hecho punible es bastante discutible.

Respecto de la agravante 456 bis número 3, la víctima alertó a carabineros por la alarma y por ello la intimidación no fue tal.

SEXTO: Faz objetiva del tipo penal y bien jurídico protegido. Que para que se configure la **faz objetiva** del delito de robo con intimidación, previsto en el artículo 436 inciso primero en relación con lo dispuesto en los artículos 432 y 439 del Código Penal, por el cual el Ministerio Público acusó, deben concurrir los siguientes elementos: **a) apropiación de especies muebles ajenas con ánimo de lucro, b) sin la voluntad de su dueño, c) ejecutada con intimidación en las personas, es decir, las amenazas efectuadas para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas o para impedir la resistencia u oposición a que se quiten o cualquier otro acto que pueda forzar a la manifestación o entrega. En tal sentido, debe tenerse presente que la intimidación debe estar puesta al servicio de la apropiación.**

No debe perderse de vista, como criterio interpretativo que se trata de un **delito complejo pluriofensivo**, cuyos **bienes jurídicos protegidos de manera directa** en esta figura penal, son **la propiedad, la integridad física y la libertad de las personas.**

SÉPTIMO: Análisis y valoración de la prueba del Ministerio Público. Que el delito de **robo con intimidación**, por el cual el Ministerio Público acusó, y la participación que en el le ha cabido a los acusados, fueron debidamente acreditados con los dichos del testigo JOSE BUSTOS SANCHEZ, quien refirió que trabaja en una estación de servi-

cio, y que viene a declarar por un delito que se cometió donde el trabaja. Ese día el estaba cargando combustible desde una de las islas del servicentro y vio desde unos veinte a veinticinco metros, que aparecen tres jóvenes los cuales entraron a la tienda en fila india y se dirigieron directamente a la caja, la cajera, Carla, **se asusto y levantó las manos**. Vio que un de los sujetos tenía un **arma de fuego**, él se dirigió donde unos colegas señalándoles que estaban asaltando la tienda y que llamen a Carabineros, al salir de la caseta, los sujetos ya iban cruzando Panamericana.

Dice que era de noche, pero había buena luminosidad.

Dice que ese día habían otros colegas al interior del local y cree que también había público.

Luego Carabineros salió en persecución de los sujetos y sabe que volvieron con dos de los sujetos pero el no los vio.

El vio a carabineros que venía con una **mochila con las cosas que habían robado**.

Entre que ingresaron y salieron las personas del local pasaron solo minutos.

Dice que carabineros actuó rápido.

Creíbles y concordantes con el resto de la prueba resultaron los dichos de este testigo, quien es testigo presencial de cómo los acusados ingresaron junto a un tercero al local en fila india y directamente hacia la cajera del local y luego de realizar la conducta salieron juntos en dirección a Panamericana, lo cual constituye un indicio serio del **acuerdo de voluntades** con el cual cometieron el delito los acusados.

En cuanto a la **intimidación** grafica la intimidación de que fue objeto la cajera llamada Carla quien levantó asustada las manos cuando los sujetos se dirigieron a la caja del local.

En el mismo sentido la víctima del ilícito, doña **CARLA ESTÉFANI MONTECINOS CONTRERAS**, refirió que es cajera del local de una bomba YPF y que viene a declarar porque fue asaltada, explicando que ese día ella estaba "haciendo los cincuenta", es decir, estaba poniendo el dinero en la caja para el turno que viene en la noche. Estaba poniendo veinte mil pesos en billetes de mil, la caja estaba abierta y en esos momentos ingresan dos hombres al sector de la caja en que ella estaba y el otro se colocó al frente de la caja. Los tipos que ingresaron al sector de la caja le dijeron que entregue toda la plata, que no haga ruido ni nada, que no llame a los Carabineros, que abra la caja fuerte y **la insultan**, ella se empezó a correr y apretó la alarma ADT. Luego, los sujetos comenzaron **echar la plata, chocolates y pilas en unos bolsos que los tres andaban trayendo**. Luego **amenazaron a su compañera que estaba un poco más allá, diciéndole que la iban a matar si hablaba y que no llamara a carabineros, uno de ellos los apuraba y antes de salir les dijo ¡pobre que llamen a carabineros por que las vamos a matar!.** Refiere que luego, los sujetos, se van tranquilamente, hacia la Panamericana, cruzan y luego el guardia de Sodimac le dice a un bombero y a Carabineros que los tipos se habían subido a un transansiago, así que los siguieron, los pillaron y recuperaron todas las cosas. Ello da cuenta de la **perfecta división del trabajo** con que actuaron los sujetos en la comisión del delito, es decir, mientras dos de los sujetos se dirigían al sector de la caja, el otro neutralizó a la atendedora que ordenaba las cosas. Además, se da cuenta de la **conexión funcional entre la actividad intimidatoria y la apropiación de especies muebles ajenas**, por cuanto, los acusados insultaron a las víctimas, apuntándolas con un objeto apto para intimidarlas, esto es, para infundir temor, a la vez que solicitaban el dinero el cual sustrajeron junto a otras **especies muebles ajenas**. En tal sentido, cabe precisar que la intimidación se infundió desde un primer momento para evitar que las atendedoras llamaran a carabineros y al emprender la huida con el mismo fin, lo cual se expresa en la frase **¡pobre que llamen a carabineros por que las vamos a matar!**, así las cosas, existió durante toda la comisión del ilícito el constreñimiento de la voluntad de las víctimas en orden a tolerar la apropiación, tanto para facilitar la ejecución del delito, como para favorecer su impunidad.

Luego la testigo añade que los hechos ocurrieron como a fines de febrero de este año, como un cuarto para las diez de la noche, porque era la hora del corte del turno.

Reforzando la idea de la **intimidación** la testigo dijo que la misma fue llevada a cabo con **armas, pistolas, ella vio dos armas, con las cua-**

les la amenazaban como que la iban a matar, de hecho la apuntaron con el arma. Dice que no pensó si el arma era verdadera o de fantasía, creyó que la podían matar.

En consonancia con lo referido por las otras víctimas, la testigo refiere que ese día en el local estaba con Claudia y Pilar, y que ambas se percataron del robo. Añade que **a Claudia también la amenazaron cuando ella se corría hacia la puerta para arrancar y avisar**, lo cual no pudo hacer porque **uno de los tipos le dijo que se quedara ahí o la mataría.**

Reforzando la idea de la apropiación de especies muebles ajenas, la víctima refirió que **los tipos guardaban las cosas en tres bolsos, una mochila, un bolso y un banano** y que cada uno de los sujetos andaba con un bolso, avaluando **el dinero sustraído en la suma aproximada de $200.000.- en monedas y billetes, además de la otras especies sustraídas, consistentes en pilas y chocolates.**

Al exhibírsele el Set fotográfico individualizado en el auto de apertura como "otros medios de prueba", punto número dos, la testigo identificó el lugar en que trabaja, señalando que se trata de la estación de servicio YPF FULL. En la siguiente foto, identifica la entrada del local. En la foto tres, identifica el lugar en que se encontraban los sujetos, donde estaba ella y donde estaba la alarma. En la foto 4 muestra el lugar donde estaba la caja abierta y donde se metieron los sujetos a sacar el dinero. En la foto 5 identifica la caja abierta desde donde le sacaron el dinero. En la foto 7 identifica las pilas. En la Foto 8 identifica el lugar por donde se fueron los sujetos hacia Panamericana. Todo lo relatado a propósito de las fotos coincide con la secuencia señalada por la víctima con anterioridad, lo cual otorga credibilidad a su relato.

En cuanto a los bolsos que llevaban los sujetos dice que uno era café, una mochila azul y el otro era un banano. Al exhibírsele prueba materia signada con el número 4 de la prueba material, la reconoce como los bolsos antes descritos, identificando el bolso café, marca Head en que se metieron el dinero y las pilas. Lo anterior coincide con lo dicho anteriormente respecto de la **apropiación de especies muebles ajenas**, por cuanto fue en estos bolsos en donde los acusados procedieron a guardar las especies sustraídas.

Se le exhibe prueba material signada con los números 2 y 3, reconociéndola como las **pistolas negras** con que la apuntaron. Dichos elementos apreciados por el tribunal a través de la inmediación, dan cuenta de elementos indiscutiblemente aptos para **intimidar** a cualquier persona puesta en la situación de la víctima, por cuanto, tienen toda la apariencia de ser armas verdaderas, aptas para causar la muerte de un ser humano. De esta forma, es indiferente para la configuración del tipo penal el hecho de que las mismas sean o no de fogueo, por cuanto, lo verdaderamente relevante es determinar si se trata o no de un elemento apto para infundir temor a la víctima de que ella, u otra persona presente, será objeto de un daño físico inmediato, al grado tal de compeler su voluntad, en orden a tolerar la apropiación de las especies, que en este caso estaban a su cargo. Así, resulta evidente la **coacción** como afección de la libertad de actuar de que fueron objeto las afectadas y la seriedad, gravedad, verosimilitud e inmediatez que implica las amenazas proferidas por los acusados quienes insultaron a la trabajadoras, apuntaron con armas con real apariencia verdadera al tiempo que sustraían las especies muebles ajenas. Confirma lo dicho, el hecho de que la víctima aclaró que no sabe de armas, con lo cual parece a todas luces absurdo y desproporcionado exigirle que preguntara o se asegurara que las armas con que la apuntaban no eran verdaderas o aptas para causarles la muerte (frase expresa utilizada por los acusados).

En cuanto a la acreditación de la **participación**, la testigo refirió que en la comisaría reconoció a los dos sujetos que carabineros detuvo, quienes estaban solos en el calabozo. Confirmando lo anterior la víctima reconoció a los acusados en la sala de audiencias como los sujetos que la asaltaron.

En cuanto al tema de los tiempos transcurridos, la victima señaló que Carabineros llegó como a los cinco a diez minutos de ocurrido el hecho y luego volvió y le mostraron los bolsos. Agrega que para ella el robo ocurrió en veinte minutos. Desde que carabineros llegó a lugar y luego volvió a la estación pasaron entre cinco a

diez minutos. Añade que cuando volvió carabineros le mostraron los bolsos. Lo anterior no es sino una demostración de que no parece lógico exigirle a personas que han sido apuntadas con armas al parecer de fuego, que sean exactas y cuidadosas a la hora de recordar el tiempo exacto en que ocurrieron los hechos, ya que, ello depende de la subjetividad de cada persona, es decir, lo que para una persona pudo haber ocurrido en un abrir y cerrar los ojos, para otra pudo resultar una eternidad, por hecho, no cabe sino desestimar las objeciones referidas en este sentido.

Confirmando lo anterior, **la testigo CLAUDIA DEL CARMEN CERDA CID**, refirió que trabaja como cajera en el YPF de Conchalí y que declara por un asalto ocurrido el día veinte de febrero de este año, veinte para las diez de la noche. Agregó que estaban preparando el cambio de turno con sus compañeras, ella estaba en la cocina y una de sus compañeras estaba en la caja contando dinero, cuando entraron tres hombres y las asaltaron, quitándoles el dinero, uno de los sujetos se quedó al lado de la caja, otro entró al sector de la misma y el último sacó los chocolates, comenzaron a echar el dinero en un bolso y los chocolates en una mochila. Dice que el otro sujeto tenía un banano. Se confirma la división de funciones en el modo de actuar de los sujetos quienes coordinadamente intimidaron a las víctimas y procedieron a la apropiación de especies muebles ajenas.

Confirmando la **intimidación** de que fue víctima, la testigo señaló que el sujeto que se quedó al lado del baño, apunto a un cliente que venía saliendo y a ella la amenazó diciéndole: "quédate quieta o te cago, te mato, te disparo", luego salieron campantemente como si nada y les dijeron que no hicieran nada o si no "iban a dejar la cagá". Sostuvo que las amenazas fueron realizadas con tres pistolas, ya que, cada uno de los sujetos tenía una en sus manos. Mientras esto sucedía uno de los sujetos robaba los chocolates y el otro robaba la plata. Señala que sintió miedo, terror, no pensó si el arma era verdadera o falsa. Dice que ella se corrió del lado de su compañera. Agrega, que el sujeto que la amenazó tenía la pistola en la mano. Al igual que en el caso de la testigo anterior, resulta evidente el constreñimiento de la voluntad de la víctima para impedir su resistencia a que los sujetos se apropiaran de las especies y a procurar la impunidad del delito, así como el hecho de que las armas utilizadas por los acusados eran aptas para infundir el justo temor de daño físico inmediato de tratar de impedir el asalto. Así las cosas, la apropiación no se produjo ante la fealdad de los acusados o para evitar hechicerías o maleficios, como propone la defensa del acusado **VÍCTOR HUGO PAVEZ MIRANDA**, sino de armas de apariencia claramente verdadera, aptas para infundir temor a cualquiera persona puesta en la situación de las víctimas, máxime si no conocen la diferencia entre una pistola y revolver.

Así, confirma lo anterior, la testigo, al señalar que desde donde ella estaba veía a Carla quien estaba nerviosa y asustada. Hecho que no se opone a la reacción de Carla en orden a presionar la alarma del local, por cuanto, ello obedece a una reacción propia de quien busca protección ante una situación de esta naturaleza.

No cabe duda de la identificación de la testigo de las armas utilizadas, desde que fue capaz de describirlas como un revolver plomo con café y dos pistolas negras, a la vez que las reconoció cuando le fueron exhibidas como prueba material uno dos y tres, señalando que se trataba de las armas que los acusados llevaban consigo, agregando que la apuntaron con una de las armas negras como a una distancia entre la puerta de entrada de la sala de audiencia y el lugar en que declara.

En cuanto a la **apropiación de especies muebles ajenas**, La víctima refirió que los sujetos andaban con un bolso, una mochila y un banano. En el bolso llevaban plata y las pilas, en la mochila llevaban los chocolates y en el banano llevaban plata también. Refiere que había tres bolsos y Carabineros les mostró los bolsos con las especies.

Reforzando la idea anterior, se le exhibió otros medios de prueba consignadas en el número 1, consistente en un set fotográfico, reconociendo en la foto 12 las pilas que ellos trabajan y que fueron sustraídas el día de los hechos. Del mismo modo, reconoció los chocolates que les robaron, en la foto 13 y el dinero sustraído en la foto 14 el cual correspondía a monedas y billetes. Reforzando la idea anterior la testigo refirió que carabineros volvió al servicentro con el dinero,

los chocolates y las pilas sustraídas, agregando que estas especies les fueron de vueltas.

En cuanto al punto de los tiempos, para la testigo el hecho duró cinco a diez minutos.

Respecto de la acreditación de la participación de los acusados, la víctima puntualiza que solo dos sujetos fueron detenidos por carabineros, reconociéndolos en la sala de audiencias, indicando las ropas que visten. Señala que reconoció, además, a los acusados en la comisaría en una sala en la cual estaban solo estos dos sujetos, agregando que le mostraron las tres armas y las reconoció ante carabineros.

Del mismo modo, la **testigo PILAR EVANGELINA SANTIS PINILLA**, refirió que fue citada en este juicio porque este verano, aproximadamente el día 20 de febrero, mientras trabajaba en el YPF full, estuvo presente en un asalto, después del cual renunció por lo peligroso que era. Patente resulta el efecto de la intimidación de que fuera objeto la testigo, al punto de que decidió renunciar a su trabajo.

Explicando lo sucedido, la testigo refirió que cerca de la hora de cierre ella contaba las bebidas, Claudia y Carla estaban haciendo la caja, cuando sintió monedas cayendo, giró y vio a sus compañeras con cara de espanto y al frente de ellas dos personas recogiendo chocolates y otras cosas y en frente de Carla, a un sujeto sacando monedas desde la caja. **Uno de ellos como que apretaba a Claudia y como que la amenazaba y después se enteró que era con una pistola**. De lo anterior resulta evidente la apropiación de especies muebles ajenas, así como la intimidación de que fueron víctimas las atendedoras del local y por último el efecto intimidatorio producido en las víctimas quienes tenían según los dichos de la testigo "cara de espanto".

Continuando con el tema de la **intimidación** la testigo refirió que antes de irse, los sujetos, amenazaron a Carla quien estaba aterrada, refiriéndole "Pobre de ti que llames a los pacos, cabra conchetumadre", agregando que la amenazaron de muerte y que luego los sujetos caminaron hacia Panamericana con los bolsos. Esta última expresión constituye una clara amenaza dirigida a para inhibir cualquier reacción de las víctimas en orden a evitar el delito, favoreciendo con ello, la impunidad del mismo.

En cuanto al subjetivo tema de los tiempos, para esta testigo el asalto habría trascurrido en unos dos minutos y los carabineros habrían vuelto como a la media hora o a la hora, fue rápido.

Coincidentemente el **testigo ELEODORO ALEJANDRO DURÁN VARGAS**, refirió que trabaja en un servicentro YPF como atendedor. Dice que viene a declarar por un asalto ocurrido el día veinte de febrero, cuando él estaba en la isla de al medio y su compañero José bustos se percató de que estaban asaltando la tienda. Él le dijo a José Bustos que contactara a Carabineros, porque Marcos Gálvez tiene el teléfono de plan cuadrante y éste se contactó, mientras él miraba lo que pasaba en la tienda. Vio salir a tres jóvenes desde la misma hacia Panamericana Sur, luego él se subió a una tarima ubicada en la autopista del sol y estuvo mirando entre cinco o diez, de repente se perdieron, no los vio más. Después apareció la patrulla de carabineros con quienes conversó, el cabo le preguntó si había visto por donde iban los sujetos, el respondió que si, y le dijeron que se subiera a la patrulla y siguieron por calle Puerto Montt, hacia la Panamericana, luego le preguntaron a una persona que estaba en un paradero si los había visto, respondió que si y que se habían subido a un transantiago, línea 685. Dice que al llegar a Domingo Santa María había congestión, de pronto miró y vio a los tres sujetos avisándole al cabo Salazar, quien salió en persecución alcanzando a dos, escapándosele el tercero al cabo Gómez.

De lo señalado, fundamental resultó la acción del testigo y el rápido despliegue policial en la captura de los acusados, a quienes vio salir del local el testigo, y a quienes reconoció sin lugar a dudas cuando estos transitaban por la vereda dado el taco que había en el lugar, así la **participación** de los acusados se encuentra plenamente establecida, lo cual se encuentra corroborado en tanto al exhibirse fotografías de los otros medios de prueba signadas con la letra c), número 3, respecto de la foto 9, el testigo refiere que corresponde a la isla de la estación de servicio en la que él estaba y desde donde vio a los asaltantes cuando se iban del local, agregando que la luminosidad desde ahí es buena. En cuanto a la foto diez, el testigo identifica el lugar por donde salie-

ron los sujetos hacia panamericana, dice que ahí es buena la luminosidad, también en la calle porque hay un poste de luz, añadiendo que desde que dejó de ver a los sujetos, hasta que llegó carabineros pasaron entre cinco a diez minutos y entre que se encontró con carabineros y los sujetos fueron detenidos, dice que pasaron como diez minutos. En la foto número 11, reconoce la tarima en que se subió para ver la dirección en que arrancaban los sujetos. Así mismo refirió que cuando vio a los sujetos los reconoció de inmediato, por las vestimentas y los bolsos consistentes en una mochila, un bolso y un banano, señalándole al cabo Salazar: "ahí van los tres".

En cuanto a la **apropiación** de especies muebles ajenas, el testigo refirió que los sujetos llevaban un bolso, una mochila y un banano, en los cuales llevaban las especies, agregando que en el banano había monedas, en otro bolso había chocolates en una parte y en la otra había pilas Duracel.

En cuanto a los **objetos utilizados para intimidar a las víctimas**, el testigo agregó que también había armas pero carabineros le ordenó que no las tocara.

Respecto del **efecto de la intimidación**, el testigo refiere que las atendedoras Claudia y Carla estaban nerviosas, aun en la Comisaría.

Agrega que él también fue a la comisaría pero ahí no le pidieron que reconociera a los sujetos.

Coincidiendo, en lo fundamental, con lo referido con los testigos anteriores el **policía JUAN GÓMEZ MAUREIRA**, señaló que viene a declarar por un procedimiento con dos detenidos por un robo a un servicentro, ocurrido aproximadamente el día 20 de enero de este año, como a las 21:00 horas.

Agrega que él se encontraba efectuando un patrullaje cuando recibieron un llamado al teléfono de cuadrante, refiriendo que el servicentro del YPF Full estaba siendo asaltado. Al llegar al lugar, dice que en la orilla de la carretera se entrevistaron con un bombero del servicentro, quien estaba sobre un bloque de cemento, quien le explicó lo que había pasado, señalando que los sujetos habían cruzado Panamericana en dirección a la comuna de Renca, iban de infantería. Luego le dijeron que se subiera al furgón policial y se dieron la vuelta, le preguntaron a una persona si había visto a tres sujetos jóvenes con bolsos y manifestó que habían tomado un microbús de la locomoción colectiva número 685, en dirección al Sur. Después se trasladaron a Domingo Santa María con Panamericana en donde había congestión vehicular, efectivamente estaba el bus, pero **el bombero identificó a los sujetos caminando por la vereda**, al verlos los sujetos arrancaron pero lograron detener a dos de ellos y el tercero arrancó, **les encontraron las especies que habían robado, dinero y armamento**, luego **reconoce a los acusados en la sala de audiencias como los sujetos a quienes detuvieron**. De lo dicho y sin perjuicio de que la **legalidad de la detención** fue resuelta por el juez de garantía, es posible apreciar una continuidad en los hechos que da cuenta de la flagrancia en que fueron detenidos los acusados, de tal suerte que la alegación de la defensa del acusado **JUAN JESÚS CHAMORRO TORRES** debe rechazarse. Además dicha interviniente no explicó, de que forma la supuesta ilegalidad de la detención, que por lo demás en tribunal no avizora, influyó en la prueba rendida por el Ministerio Público, en términos tales, que este tribunal debiera valorarla negativamente, por ejemplo, por haber sido obtenida con infracción de garantías fundamentales. Además, los dichos del testigo reafirman la acreditación de la **participación** de los acusados, por cuanto, el bombero no dudo en reconocerlos y por ello carabineros actuó, diligente y eficazmente. También nos entrega pruebas de la **apropiación de especies muebles**, el relato del testigo quien refiere que los acusados fueron detenidos con las especies en su poder, de lo cual se desprende además la **consumación** del ilícito, por cuanto, las especies fueron sacadas de la esfera de resguardo de su dueño.

Fortaleciendo la idea de la **apropiación**, el testigo señaló que en el bolso tipo maletín había billetes, monedas y un revolver, en la mochila había barras de chocolate con display de pilas y una pistola color negro y en el banano había solo monedas. Dice que la tercera arma se encontró entre medio del pasto. Así mismo, al exhibírsele otros medios de prueba letra c), número 1, fotografía número 12, reconoció las pilas que se encontraban en la mochila y que eran producto del

ilícito. Respecto de la foto 13 identificó los chocolates que fueron sustraídos desde el servicentro y que estaban en la mochila y en cuanto a la foto 14 refirió que se trata del dinero que estaba en el bolso y que fue robado desde el local. Del mismo modo, al exhibírsele prueba material letra a) número 4, refirió que se trata de los bolsos que llevaban los sujetos el día de los hechos, esto es un bolso color verde agua marca Head, una mochila color azul y un banano marca Niké, el cual estaba botado en el suelo.

En cuanto a los **objetos utilizados por los sujetos para intimidar**, el testigo reconoció la prueba material que se le exhibió, como las armas que incautaron el día de los hechos, consistentes en dos pistolas negras y un revolver. Refuerza lo anterior el hecho de que el bombero les dijo que había tres sujetos asaltando el local del servicentro con armas de fuego.

En cuanto al tema de los tiempos, el testigo señaló que entre que tomaron al bombero y ocurrió la detención, pasaron entre cinco o diez minutos.

Respecto de la detención, el testigo refiere que Salazar sujetó a los dos sujetos que detuvieron.

Respecto de participación, de la apropiación y de los objetos utilizados para intimidar, el testigo añadió que la afectada realizó el reconocimiento de los acusados en la unidad policial, además reconocieron las especies, el dinero y las armas.

Por último, aclaró que él y Salazar tomaron las fotos exhibidas en la audiencia y que los testigos vieron las especies directamente en los bolsos y luego en las fotografías.

Del mismo modo, el carabinero **RODRIGO ALEJANDRO SALAZAR TORRES**, refirió que viene a declarar por un robo con intimidación ocurrido a mediados de febrero, como a las 21:00 o 21:30, en el servicentro YPF, en la comuna de Conchalí. Agrega que se encontraba patrullando cuando recibieron un llamado al plan cuadrante de parte del personal del servicentro YPF quienes manifestaban ser víctimas de un asalto por tres jóvenes a mano armada en la sala de comida rápida de dicho servicentro. Dice que se trasladaron al lugar y se entrevistaron con un bombero del lugar quien refrió que los tres sujetos que habían asaltado el servicentro se habían dado a la fuga del lugar, cruzando la autopista central en dirección a la comuna de Renca. Le pidieron al bombero que los acompañara y se dirigieron hacia el norte por donde se habían ido los sujetos. Después, a un transeúnte le preguntaron si había vistos a unos sujetos con unos bolsos, refiriéndole las vestimentas respondiendo que habían subido a un bus de la locomoción colectiva del plan transantiago, línea 685, en dirección al Sur por la caletera de Panamericana. Continuaron el patrullaje y a la altura de Domingo Santa María había congestión vehicular encontrándose detenido el bus señalado por la persona y antes de proceder a fiscalizar el bus, **el bombero manifestó que unos jóvenes que transitaban por el lugar eran los sujetos que habían asaltado el servicentro**. Se bajaron del carro policial y los fiscalizaron produciéndose un forcejeo con los individuos quienes se resistieron, logrando escapar uno de ellos. **Los redujeron encontrando los bolsos, armamento en el sitio del suceso y otro en uno de los bolsos**. Agrega que a los sujetos los trasladaron a la unidad policial. Lo anterior da cuenta no sólo de la participación de los acusados, sino además de parte de los objetos utilizados para intimidar así como del hallazgo de uno de los bolsos en que los sujetos guardaron las especies sustraídas, todo lo cual es reafirmado cuando a ser consultado aclara que en total encontraron tres armas y tres bolsos.

Luego, confirma la **participación** de los acusados en el ilícito al referir que el bombero reconoció a los sujetos seguro, quienes eran jóvenes y portaban una mochila, otro un bolso tipo maletín y otro un banano. Del mismo modo, confirma lo anterior al referir que la víctima reconoció de manera segura a los acusados como los sujetos que la asaltaron. En el mismo sentido, el testigo refiere que en el servicentro las víctimas no efectuaron el reconocimiento de los acusados porque estaban asustadas, lo cual se realizó en la unidad policial. Las víctimas también reconocieron las especies, los bolsos y las pistolas. Así mismo, el carabinero reconoció a los sujetos que detuvo en la sala de audiencias por sus vestimentas.

Respecto del **efecto intimidatorio**, el carabinero sostiene que en la unidad les tomaron declaración a las víctimas quienes eran mujeres y estaban nerviosas.

Respecto de la **detención**, el carabinero afirma que con su cuerpo redujo a dos de los tres sujetos.

Pese a que la prueba material y los otros medios de prueba ya fueron valorados al analizar la prueba testimonial del Ministerio Público, no está demás señalar que dicha prueba estuvo compuesta por: a) **Prueba Material:** consistente en 1.- Un revólver color metálico a fogueo; 2.- Una pistola a fogueo color negro; 3.- Un pistola a fogueo color negro y 4.- Un bolso color beige, una mochila color azul y un bolso tipo banano.

Por su parte los **otros medios de prueba**, efectivamente incorporados en la audiencia de juicio oral fueron: un Set fotográfico compuesto por 3 fotografías de las especies sustraídas, y 1 fotografía de los bolsos en los cuales fueron encontradas y un Set fotográfico compuesto por 11 fotografías del lugar donde ocurrieron los hechos.

OCTAVO: Declaración de los acusados **JUAN JESÚS CHAMORRO TORRES** y **VÍCTOR HUGO PAVEZ MIRANDA**. Que los acusado habiendo sido informado previamente de sus derechos, renunciando a su derecho a guardar silencio, refiriendo, el primero de los nombrados que el día veinte de febrero **se juntó él con Alex en el Paseo Ahumada y esperaron a que llegara Víctor**. Luego tomaron una micro hacia Panamericana. Después **ingresaron a la bomba YPF con armas de fuego en donde pidieron dinero y sacaron chocolates y pilas**. Después cruzaron Panamericana saltando una reja y tomaron una micro, luego se bajaron como tres postes más allá para hacer trasbordo porque había un taco y ahí los detuvo Carabineros. Agrega, que la idea de ir a Panamericana fue de Alex y dice que **se pusieron de acuerdo antes de que llegara Víctor**. Señala que al llegar Víctor no le informaron que pretendían ir a Panamericana, sólo tomaron la micro. Refiere que cuando entraron al local Víctor no sabía que querían sacar cosas del local, pero entró al lugar con un arma de fuego. Aclara que el arma se la pasó Alex en la micro y **a Víctor se la pasaron cuando se bajaron de la micro y le dijeron que entrarían a la bomba YPF, refiriéndole que el arma para intimidar.**

De lo dicho hasta aquí se desprende no sólo la participación del acusado y el uso del arma para intimidar a las victimas, sino también la apropiación de especies muebles ajenas y el concierto para delinquir.

Agrega el acusado que su arma la andaba trayendo en el cuerpo, por si venían los bomberos pensaba intimidarlos pero en ningún momento disparar.

Añade que cuando entraron al local Víctor y Alex se metieron a la caja y él se dirigió hacia donde había una trabajadora señalándole que siguiera ordenando las cosas y que se quedara tranquila, mientras Alex y Víctor sacaban las monedas con el arma en las manos apuntando a las personas que estaban en el local.

Respecto de la apropiación, el acusado reconoce que las cosas que sacaban las guardaban en los bolsos, ya que cuando ingresaron al local cada uno de ellos tenía un bolso. Dice que el bolso que el portaba era azul celeste, el que portaba Alex era un banano y no recuerda de que color era el bolso que portaba Víctor. Agrega que en el local había tres o cuatro personas y a todas las intimidaron. Indica que adentro del local estuvieron como quince o dieciséis minutos y desde que salieron del local y se produjo la detención transcurrieron diez minutos aproximadamente. Dice que la descripción de Alex la dio con anterioridad al Ministerio Público, agregando que ahora sabe que vive en la Villa O´Higgins.

Dice que con Alex se pusieron de acuerdo por teléfono celular, pero que no sabe el teléfono de Alex de memoria.

Agrega que el dinero sustraído era algo más de cien mil pesos, menos que doscientos mil pesos.

Dice que las armas las entregó Alex y esa oportunidad fue la primera en que las vio.

Dice que el celular se lo requisaron en la Comisaría.

Refiere que en declaraciones anteriores dijo que Alex es alto, flaco, medio moreno, joven.

Refiere que no sabe reconocer si un arma es o no de fogueo.

Reconoce haber sacado chocolates del local.

Indica que siempre iban juntos los tres. Agrega que cuando vio a Carabineros botó la pistola al suelo por que se asustó, pero Carabineros igual la encontró. Asevera que no mostró a Carabineros pistola la pistola que portaba.

Dice que los detuvieron como a dos cuadras del local.

De esta forma, el acusado especifica que actividad realizó cada uno de los sujetos, circunstancia que no se desprende del relató de las víctimas ni de los otros testigos, razón por la cual, la declaración del acusado, debe estimarse como un aporte substancial al esclarecimiento de los hechos, lo cual implica la concurrencia a su respecto de la atenuante signada con el número 9 del artículo 11 del Código Penal.

Por su parte, el acusado **VÍCTOR HUGO PAVEZ MIRANDA** refirió que **Alex lo llamó por celular y se pusieron de acuerdo de juntarse a las 8:30 en el centro en paseo Ahumada con la Alameda**. Luego de reunirse se dirigieron a Panamericana. **Apunta que el Alex le pasó las armas**. Dice que llegaron al servicentro, **él se dirigió a la caja registradora, había dos atendedoras**, a las cuales no quería agredir. Después **llegó un tercer vendedor hombre, a quien intimidó con el arma**. Luego de **sacar el dinero de la caja registradora, se dedicó a sacar las pilas que estaban detrás de la caja**, después salieron del local y luego salieron hacia Panamericana, donde tomaron una micro en dirección hacia la Alameda, de la cual se bajaron por el taco que había, al bajarse venía un radio patrulla y una camioneta de Carabineros, quienes los detuvieron. Dice que el **traía el arma en un bolso porque no tenía intención de usarla, él no opuso resistencia**, Alex atinó a arrancar.

Refiere que **desde que se comunicó con Alex tenía claro que irían a cometer un delito. Agrega que cuando le pasaron el arma, Alex le dijo que intimidara con ella.**

Cuando ingresó al local se dirigió a la caja registradora portando el arma en la mano. Cree que Juan Chamorro tenía el arma en el pantalón, pero no se dio cuenta por que él se fue directamente a la caja sin preocuparse de Juan y de Alex. En la caja había dos vendedoras y un tercer vendedor llegó después.

Él sacó dinero y especies, como 180 mil pesos. Sus acompañantes sacaron chocolates, de lo cual se dieron cuenta cuando iban el la micro ya que ahí revisaron lo que llevaban.

Dice que ingresaron con tres bolsos, él entró con un bolso Head que tiene Carabineros, en el cual venía el dinero y las pilas. El bolso que portaba Juan Chamorro también lo tiene Carabineros, y lo mismo con el bolso que traía Alex.

Dice que sabía que el arma era de fogueo porque así se lo dijo Alex.

Refiere que al ingresar al local apuntó al vendedor desde lejos y le decía que le entregara la plata de la caja.

Reconoce que cuando salieron del local amenazaron a las víctimas para que no llamaran a Carabineros mientras se apartaban del local.

Dice que dentro del local estuvieron como cinco minutos.

Desde que salieron del local hasta que fueron detenidos por Carabineros pasaron como diez minutos. El lugar donde los detuvieron no se ve desde el servicentro y queda como a tres cuadras del mismo. En la micro a la cual se subieron, no avanzaron casi nada porque había un taco, como dos o tres cuadras.

La bomba de bencina la conocía desde antes, ya que por ahí había fabricas. Desde del robo cruzó Quilicura, como yendo hacia el centro.

Dice que Alex le pasó el arma al bajarse de la micro.

Refiere que la micro la tomaron como a las 8:30 para ir a la bomba.

Señala que al vendedor lo apuntó como a un metro. Dice que si le hubiesen puesto resistencia hubiese arrancado, no hubiese sido capaz de disparar.

Agrega que el arma la metió en el bolso cuando salió del local.

Como veinte minutos se demoraron en llegar a la bomba

Al cajero lo intimidó como a un metro, dice que si hubiese habido oposición de las víctimas, no hubiese podido disparar.

Así las cosas, debe tenerse presente que el acusado reconoce el concierto previo para delinquir, además de su participación en los hechos, relatando detalladamente en que consistió su actuar, señalando que sustrajo dinero y pilas y asumiendo el hecho de que intimidó a as víctimas con un arma de fuego. De esta forma, el acusado complementa la prueba del Ministerio Público agregando circunstancias que no se desprende del relató de las víctimas ni de los otros testigos, y que son relevantes a la hora de tener por acreditado el tipo penal, razón por la cual, la declaración del acusado, debe estimarse como un aporte substancial al esclarecimiento de los hechos, lo cual implica la concurrencia a su respecto de la atenuante signada con el número 9 del artículo 11 del Código Penal.

NOVENO: Hechos acreditados. Que, apreciada libremente la prueba según lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, los sentenciadores han llegado a la convicción, tal como se adelantó por el tribunal en el veredicto de fecha veinticuatro de agosto en curso, que es posible dar por acreditado los siguientes hechos:

"El día veinte de febrero de 2006, alrededor de las 21:40 horas, los acusados Juan Jesús Chamorro Torres y Víctor Hugo Pavéz Miranda, en compañía de un tercer sujeto de identidad desconocida, ingresaron al establecimiento YPF FULL, ubicado en calle Monterrey número 2987, comuna de Conchalí y una vez en su interior, apuntaron con armas de fogueo a las trabajadoras del local, exigiéndoles que les hicieran entrega del dinero recaudado, para luego sustraer de la caja registradora la suma aproximada de $180.000, en dinero efectivo, chocolates de diversas marcas y tamaños y pilas de diverso tamaño dándose a la fuga del lugar con las especies sustraídas".

DÉCIMO: Faz subjetiva del tipo penal y configuración del delito. Que a juicio de este tribunal, y como se viene diciendo, los hechos descritos en el considerando anterior, son constitutivos del tipo penal de **robo con intimidación**, previsto en el artículo 436 inciso primero en relación con lo dispuesto en los artículos 432 y 439 del Código Penal, en grado consumado, por cuanto, la conducta de los acusados consistente en ingresar a un local, para proceder a apuntar con armas de fogueo a las trabajadoras, exigiéndoles que les entregaran el dinero recaudado, para luego sustraer de la caja registradora la suma aproximada de $180.000, en dinero efectivo, chocolates de diversas marcas y tamaños y pilas de diverso tamaño dándose a la fuga del lugar con las especies sustraídas, constituyen, claramente una acción, apta para intimidar, es decir, para infundir temor de un daño físico inmediato si no se accede a la apropiación de especies muebles ajenas, lo cual de hecho ocurrió, implicando la conducta del acusado no sólo el **conocimiento** de los elementos de la faz objetiva del tipo penal, sino además, la **voluntad de realización manifiesta** de llevar a cabo dicho comportamiento, concurriendo, de esta forma, **dolo directo**, como elemento de la **faz subjetiva del tipo penal**, conculcándose con ello, los bienes jurídicos protegidos por la norma penal, consistentes en **la propiedad, la integridad física y la libertad de las personas**. En tal sentido debe rechazarse la solicitud de recalificación planteada por la defensa del acusado **VÍCTOR HUGO PAVEZ MIRANDA**, toda vez que los hechos no pueden ser subsumidos en la figura de robo por sorpresa, desde que las especies no eran portadas por las víctimas lo cual es relevante en este tipo penal, desde que el mayor injusto (en relación al hurto) se funda en el hecho de existir una especial esfera de custodia compuesta por la propia persona afectada, y en el hecho de que la víctima se encuentra absolutamente desprevenida, lo cual en este caso no sucede. A mayor abundamiento, la confusión exigida por una de las hipótesis del tipo penal, no se refiere al hecho de creer que el arma es o no verdadera, cuestión que en este caso las víctimas ni siquiera se plantearon dada la verosimilitud del medio empleado, sino que la confusión dice relación con el hecho de crear situaciones de agolpamiento o desorden con el fin de que las víctimas se distraigan, para proceder a sustraer las especies que estas llevan consigo **clandestinamente**. Por último, ni siquiera el profesor Jorge Mera Figueroa piensa que el uso de armas de fogueo constituye un robo por sorpresa, ya que en su concepto, absolutamente minoritario y que por lo demás, no es compartido por estos jueces, pudiera haber un delito de hurto o de hurto con amenazas.

UNDÉCIMO: Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal atingentes al hecho. Que en cuanto a la circunstancia agravantes especial contenida en el artículo 456 bis números 3, esto es "Ser dos o más los malhechores"; el tribunal acogerá esta agravante por entender que su fundamento consiste en que al ser dos o más los participes del delito, disminuyen las posibilidades de defensa de la víctima, siendo irrelevante el hecho de que los acusados tengan o no antecedentes prontuáriales anteriores, circunstancia que por lo demás ni siquiera era conocida por las víctimas (en el mismo sentido Garrido Montt, Derecho Penal Tomo IV, Parte Especial, páginas 263 y 264). En tal sentido, los propios acusados confesaron haber participado en la comisión de este delito, así como el hecho de que las personas adentro del local eran en su mayoría mujeres, las cuales se sintieron absolutamente disminuidas ante la pluralidad de sujetos activos.

DUODÉCIMO: Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que no dicen relación con el hecho punible. Que en la audiencia prevista en el artículo 343 del Código Procesa Penal, la defensa del acusado **JUAN JESUS CHAMORRO TORRES** solicitó se concediera a su representado las atenuantes contenidas en el artículo 11 números 6 y 9 del Código Penal, requiriendo, además, que una vez compensadas racionalmente dichas atenuantes con la agravante del artículo 456 bis número 3, se calificara la circunstancia atenuante subsistente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 bis del Código Penal.

Que respecto de la circunstancia contenida en el artículo 11 N ° 6 del Código Penal, dicha circunstancia se encuentra acreditada con la convención probatoria a la cual arribaron los intervinientes en la audiencia de preparación del juicio oral, en la cual acordaron no discutir durante el juicio oral que respecto de ambos imputados concurre la minorante establecida en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, la irreprochable conducta anterior.

No obstante lo anterior y con la finalidad de que dicha circunstancia pudiera ser calificada, así como para solicitar el cumplimiento de la pena gozando de alguno de los beneficios alternativos a la privación de la libertad, la defensa presentó los siguientes medios de prueba:

Documento escrito del **Informe Social** del acusado **JUAN JESÚS CHAMORRO TORRES**, practicado por el asistente social Carlos Daniel Olivares Pino, quien no compareció a declarar durante la audiencia de juicio oral, refiriendo en sus conclusiones principales que el acusado presenta un adecuado proceso de socialización determinado por el cariño entregado por sus padres y hermanos con quienes mantiene vínculos afectivos, como un arraigo con la comuna en que reside. Mantiene educación incompleta hasta octavo básico por haber sido expulsado del colegio, dedicándose a trabajar habitualmente. Agrega que la familia es su único agente de control social, el cual inhibió conductas antisociales incipientes que presento en la adolescencia en que se asoció a pares negativos y presentando consumo moderado de alcohol. Refiere que las personas que lo conocen lo ven como un joven tranquilo, responsable y trabajador. Dice que el acusado es pilar emocional y económico de su grupo familiar, teniendo arraigo familiar, social y laboral. Dice que tiene por finalidad finalizar sus estudios formales para acceder a mejoras económicas y laborales. Dice que el imputado cuenta con agentes de control social y de apoyo emocional significativo constituido por sus padres, así como habitualidad laboral. Visualiza un proceso de resocialización exitoso. Por ello, recomienda el cumplimiento de la pena en el medio libre.

Dicho informe cuenta con los siguientes anexos: **Dos Certificados de residencia; una boleta y un comprobante de pago de agua; Liquidación de sueldo correspondiente al mes de febrero de 2005 y dos estado de cuenta de capitalización individual y de costos por comisiones, AFP Santa María.**

Llama la atención del tribunal el hecho de que este informe halla sido presentado por escrito a pesar de tratarse de un delito con pena de crimen y de que el acusado tenía un informe presentencial negativo y anotaciones prontuariales pretéritas, no pudiendo apreciar el tribunal por sus sentidos la declaración del perito, más aun cuando el informe es contradictorio con los antecedentes del juicio.

La defensa acompañó además tres contratos de trabajo que acreditan que el acusado inicio relacione laborales los días el día 22 de noviembre de 2004 **(adjuntando Anexo de dicho Contrato de trabajo pactando dos horas extras diarias)**, 8 de marzo de 2005 y 17 de noviembre de 2005, además de los respectivos finiquitos de Contrato de trabajo los cuales acreditan que el acusado terminó las relaciones laborales los días 31 de diciembre de 2004, 10 de marzo de 2005 y 04 de octubre de 2005 respectivamente. Además se incorporaron documentos previcionales consistentes en **Informe de libreta provisional; Certificado de pagos de Cotizaciones Provisionales; Copia de un certificado de afiliación a la AFP Santa Maria; Copia de Certificado de Cotizaciones Provisionales abonadas; Copia de certificado de pago de cotizaciones provisionales; dos copias de costos por comisiones.**

Todos estos documentos dan cuenta de que el acusado ejerce un trabajo remunerado, por periodos más o menos cortos, cambiándose continuamente de trabajo, pudiendo ello obedecer a la naturaleza de trabajo de construcción

Por último, se incorporo un certificado de que el acusado no figura como afiliado del fondo nacional de salud, que la verdad es que no representa ninguna vinculación con los puntos discutidos en esta instancia procesal.

Además, la defensa presentó prueba testimonial consistente en los dichos del testigo **PEDRO ADOLFO CHAMORRO TORRES**, quien refirió que es hermano mayor de Juan Jesús Chamorro Torres y que su hermano dejó los estudios por tener que dedicarse a trabajar.

Dice que como familia estaban bien hasta que ocurrió este hecho, lo cual le sorprende porque su hermano nunca había cometido este tipo de conductas.

Agrega que su hermano trabajaba en la construcción. Dice que el día anterior estuvieron viendo televisión, videos. Refiere que con el dinero que ganaba en su trabajo se compraba ropa y le pasaba dinero a su mamá.

Los dichos del hermano del acusado no son exactos, por cuanto, omite señalar que el acusado dejó de estudiar porque lo expulsaron del colegió y tampoco refiere que esta no es la primera vez que el acusado toma contacto con la judicatura.

Por su parte, la testigo **JUANA ESTER TORRES SAAVEDRA** refirió que es madre del acusado Juan Jesús Chamorro Torres que es el menor, quien le ayudaba en todo. El trabajaba en construcción para ayudar a la familia, lo cual se encuentra acreditado con los documentos que presentó. Dice que estuvo en un grupo de la capilla donde jugaba a la pelota e hizo la primera comunión. Dice que primera vez que a tenido que concurrir a un tribunal por su hijo.

Refiere que si queda en libertad su hijo podría volver a trabajar junto a su padre y podría volver a su casa.

Del mismo nodo la madre del acusado omite señalar que el acusado dejó de estudiar porque lo expulsaron del colegió y tampoco refiere que esta no es la primera vez que el acusado toma contacto con la judicatura.

Que en cuanto a la solicitud de la defensa en orden a calificar la atenuante conforme a lo dispuesto en el artículo 68 bis del Código Penal, debe tenerse presente que se trata de una **facultad del tribunal** que debe fundarse en las particularidades de la situación fáctica sobre la cual se construye o en la calidad de los hechos que constituyen la correspondiente atenuante. De esta forma, para otorgar el carácter de muy calificada a una atenuante debe estar establecida con mayores antecedentes de los que ordinariamente se tienen presentes para configurarla, los cuales por su entidad e importancia lleven al tribunal al convencimiento de atribuir dicha ponderación, (Texto y Comentario del Código Penal Chileno, página 372). Así, en el caso de la atenuante de irreprochable conducta anterior, no debe tratarse únicamente de una persona que no a sido condenada y que tiene buenas costumbres, sino de un individuo que ha prestado grandes y señalados servicios a la comunidad o que ha demostrado un alto grado de virtudes de carácter y moralidad, (Alfredo Etcheberry, Derecho Penal, Tomo II, página 184). Así las cosas, este tribunal rechazará la solicitud de la defensa por entender que en la especie no concurren los requisitos para calificar la conducta del acusado, quien presenta anotaciones prontuariales por infracción al artículo 494

número 19, en relación con lo dispuesto en el artículo 446 del Código Penal, siendo en causa Rol número 585/2004 condenado el día 22 de abril de 2003 al pago de una multa cancelada, además de una condena por infracción al artículo 41 de la ley 19.366, siendo condenado en causa número 1.205/2004 al pago de una multa de media unidad tributaria mensual. En el mismo sentido el informe presentencial del acusado concluye que dados los antecedentes psicológicos del acusado (asociación a pares negativos, problemas de convivencia con vecinos del sector, consumo de droga y alcohol, etc...) su inclusión en la medida de libertad vigilada sería ineficacia que no cuenta con características compatibles, presenta inexistencia de patrones de control internos en los aspectos normativos, sociales y externos, no presenta hábitos laborales estables, tiene tendencia a asociarse con pares negativos, validando el delito como forma de solución de problemas. Su nivel de autocrítica es deficitaria y su reflexión superficial. Tiene escasa permeabilidad ante figuras de autoridad. Todo ello hace prever probabilidades de reincidencia. Que a mayor abundamiento, y aun cuando las anotaciones que registra el acusado no impiden, como se dijo, la concurrencia de la atenuante del artículo 11 número 6, constituye un antecedente que debe ser valorado negativamente a la hora de decidir sobre la posibilidad de calificar la conducta del acusado.

Por todo lo dicho, se rechaza la solicitud de la defensa en orden a calificar la circunstancia atenuante del artículo 11 número 6.

Del mismo modo, y tal y como ya se adelantara a propósito del análisis y valoración de la declaración de los acusados, concurre respecto de los mismos la circunstancia atenuante del artículo **11 N° 9** por cuanto, la declaración del acusado sirvió para esclarecer los hechos en cuanto a cual fue la actividad especifica desplegada por cada uno de los acusados, sin embargo, ello no es suficiente para calificar esta circunstancia conforme a lo dispuesto en el artículo 68 bis, por cuanto, se trata de un delito flagrante en el cual si bien las víctimas no especificaron que hizo cada cual, sus dichos dan cuenta de un delito de robo con intimidación y reconocen a los acusados como coautores del mismo, razón por la cual se rechaza la solicitud de la defensa en orden a calificar esta circunstancia atenuante.

Que respecto del acusado **VÍCTOR HUGO PAVEZ MIRANDA**, en la audiencia prevista en el artículo 343 del Código Procesa Penal, su defensa solicitó se concediera a su representado las atenuantes contenidas en el artículo 11 números 6 y 9 del Código Penal, requiriendo, además, que una vez compensadas racionalmente dichas atenuantes con la agravante del artículo 456 bis número 3, se calificara la circunstancia atenuante subsistente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 bis del Código Penal y además solicita se tenga presente la mayor o menor extensión del mal causado, por cuanto, las especies fueron recuperadas y la integridad física no fue puesta en riesgo.

Que respecto de la circunstancia contenida en el artículo **11 N° 6** del Código Penal, dicha circunstancia se encuentra acreditada con la convención probatoria a la cual arribaron los intervinientes en la audiencia de preparación del juicio oral, en la cual acordaron no discutir durante el juicio oral que respecto de ambos imputados concurre la minorante establecida en el artículo **11 N° 6** del Código Penal, esto es, la irreprochable conducta anterior.

No obstante lo anterior y con la finalidad de que dicha circunstancia pueda ser calificada, así como para solicitar el cumplimiento de la pena gozando de alguno de los beneficios alternativos a la privación de la libertad, la defensa presentó los siguientes medios de prueba:

Prueba pericial conformada por la perito doña **CARMEN CÁNEPA VILLALOBOS**, quien refirió que realizó un informe social respecto del acusado Víctor Pavéz Miranda a quien conoció en la cárcel dice que retrata de una persona joven, que por primera vez comete un delito, vive en una población con contaminación criminógena, asociada a la drogadicción y al alcoholismo, que no es el caso del imputado, por esto cree que se trata de una persona a la cual puede dársele una oportunidad. Dice que el delito lo cometió por inmadurez, por que se deja arrastrar por sus pares. Agrega que se trata de un joven que dejó sus estudios para trabajar y que esta arrepentido, no es agresivo. Agrega que su familia no está asociada a la comisión de delito.

En cuanto a la metodología empleada entrevistó al acusado en la cárcel, además entre-

vistó a la madre, al padre del acusado, a unos familiares del mismo, a su pareja con la cual tiene un bebé.

Concluye refiriendo que el acusado no es un peligro para la sociedad y que se le puede dar una oportunidad.

A juicio del tribunal la perito realizó variados análisis generales sobre las deficiencias del sistema carcelario, que dicen relación más con aspecto político criminales que con la finalidad de la pericia. Además la perito se equivoca cuando afirma que este es el primer encuentro del acusado con el sistema judicial, por cuanto, el acusado registra una anotación anterior por hurto falta. Así las cosas, y teniendo presente que el informa presentencial del acusado es negativo, no son sólidas las razones esgrimidas por la profesional en el sentido de permitir el cumplimiento de la pena en libertad.

La defensa acompañó además dos contratos de trabajo que acreditan que el acusado inicio relaciones laborales los días 03 de mayo de 2005 y 11 de octubre de 2005, además de finiquitos de contrato de trabajo acompañados de las respectivas cartas de despido, los cuales acreditan que el acusado terminó las relaciones laborales los días 30 de abril de 2005, 23 de noviembre de 2005 y carta de despido por conclusión del trabajo dirigida al acusado de parte de Constructora Andreu Tirado LTDA. Además se incorporaron de una liquidación de remuneraciones correspondiente al mes de noviembre de 2005.

Todos estos documentos dan cuenta, al igual que en el caso del acusado anterior, de que el acusado ejerce un trabajo remunerado, por periodos más o menos cortos, cambiándose continuamente de trabajo, pudiendo ello obedecer a la naturaleza de trabajo de construcción

Además acreditó arraigo con un certificado de residencia emanado del Comité de Adelanto del Tercer Sector de la Villa Las Araucarias.

Incorporó también **Certificado de control de embarazo de Dense Sepúlveda Pérez**, quien habría tenido un hijo del acusado razón por la cual habría hecho la presentación de **solicitud ante Gendarmería de Chile**, para concurrir al parto de su hijo, la cual fue rechazada.

Además incorporó un documento con un **listado de firmas**, de supuestas personas que el tribunal no conoce por cuanto no declararon en la audiencia de juicio oral, no sometiéndose, por lo tanto, a ninguna clase de examen y contra examen, ni a las formalidades propias de una declaración judicial razón por la cual el tribunal no le otorgará a estas firmas, ningún valor probatorio.

Además, la defensa presentó prueba testimonial consistente en los dichos del testigo **MARÍA TERESA FERREIRA**, quien refirió que conoce a Víctor Hugo, ya que son amigos desde hace ocho años en la iglesia, dice que es un joven tranquilo y de pocos amigos. Agrega que nunca se había visto en un problema como este. Lo conoce por que se juntaban en casas de amigos y para ir a fiestas.

Llama la atención del tribunal el hecho de que a pesar de que la testigo refiriera una íntima relación con el acusado no supiera que lo habían condenado por hurto falta el año 2003 y que no recordara ni siquiera sus apellidos.

Por su parte, el testigo **MIGUEL HENRIQUE PARRA ASTUARDO** refirió que conoce a Víctor Hugo Pavéz por que trabajaron juntos en la construcción, como tres años como jornal, hace tres o cuatro meses de este año trabajaron juntos, pero cuando las obras se van terminando comienzan despedir a la gente. Dice que la familia de Víctor Hugo es gente tranquila y trabajadores.

La verdad es que este testigo aporta poco y nada. Así, no sabe que lo habían condenado por hurto falta el año 2003 y sólo da cuenta de una relación laboral esporádica.

Que en cuanto a la solicitud de la defensa en orden a calificar la atenuante conforme a lo dispuesto en el artículo 68 bis del Código Penal, debe tenerse presente que se trata de una **facultad del tribunal** que debe fundarse en las particularidades de la situación fáctica sobre la cual se construye o en la calidad de los hechos que constituyen la correspondiente atenuante. De esta forma, para otorgar el carácter de muy calificada a una atenuante debe estar establecida con mayores antecedentes de los que ordinariamente se tienen presentes para configurarla, los cuales por su entidad e importancia lleven al tribunal al convencimiento de atribuir dicha ponderación, (Texto

y Comentario del Código Penal Chileno, página 372). Así, en el caso de la atenuante de irreprochable conducta anterior, no debe tratarse únicamente de una persona que no a sido condenada y que tiene buenas costumbres, sino de un individuo que ha prestado grandes y señalados servicios a la comunidad o que ha demostrado un alto grado de virtudes de carácter y moralidad, (Alfredo Etcheberry, Derecho Penal, Tomo II, página 184). Así las cosas, este tribunal rechazará la solicitud de la defensa por entender que en la especie no concurren los requisitos para calificar la conducta del acusado, quien presenta una anotaciones prontuarial por infracción al artículo 494 número 19, en relación con lo dispuesto en el artículo 446 del Código Penal, siendo en causa Rol número 920/2003 condenado el día 29 de abril de 2003 al pago de una multa. En el mismo sentido el informe presentencial del acusado concluye que dados los antecedentes psicosociales del acusado (fue expulsado del establecimiento por lanzar bomba de acido en el colegio, incipiente consumo de droga y alcohol, asociación a pares con similares prácticas, no presenta, etc...) su inclusión en la medida de libertad vigilada sería ineficacia ya que el acusado no cuenta con soporte familiar necesario para el apoyo conductual, presentando habitualidad delictiva, con tendencia a involucrarse en situaciones de riesgo, con alta contaminación criminógena, escasa capacidad reflexiva de su conducta y otros que se mencionan, no sugieren la medida de libertad vigilada respecto del acusado.

Que a mayor abundamiento, y aun cuando la anotación que registra el acusado no impide, como se dijo, la concurrencia de la atenuante del artículo 11 número 6, constituye un antecedente que debe ser valorado negativamente a la hora de decidir sobre la posibilidad de calificar la conducta del acusado.

Por todo lo dicho, se rechaza la solicitud de la defensa en orden a calificar la circunstancia atenuante del artículo 11 número 6.

Del mismo modo, y tal y como ya se adelantara a propósito del otro acusado y de análisis y valoración de la declaración de los acusados durante el juicio oral, concurre respecto de los mismos la circunstancia atenuante del artículo **11 N° 9** por cuanto, la declaración del acusado sirvió para esclarecer los hechos en cuanto a cual fue la actividad especifica desplegada por cada uno de los acusados, sin embargo, ello no es suficiente para calificar esta circunstancia conforme a lo dispuesto en el artículo 68 bis, por cuanto, se trata de un delito flagrante en el cual si bien las víctimas no especificaron que hizo cada cual, sus dichos dan cuenta de un delito de robo con intimidación y reconocen a los acusados como coautores del mismo, razón por la cual se rechaza la solicitud de la defensa en orden a calificar esta circunstancia atenuante.

DÉCIMO TERCERO: Determinación de la cuantía exacta de la pena. Que correspondiendo la pena asignada al delito a la de presidio mayor en sus grados mínimo a máximo, esto es, una pena equivalente a tres grados divisibles y concurriendo, además respecto de ambos acusados dos atenuantes y una agravante, debe aplicarse después de determinada la pena conforme a las reglas de los artículos 50 a 70, debiendo el tribunal compensar racionalmente las circunstancias, sobreviviendo respecto de cada uno de los acusados, una circunstancia atenuante, debiendo, el tribunal, aplicar la pena en el grado mínimo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 del Código Penal, quedando, en consecuencia, la magnitud de la pena en presidio mayor en su grado mínimo, decidiendo, el tribunal, imponerla en su mínimo en consideración a la menor extensión del mal causado, por cuanto las especies fueron recuperadas.

Por estas consideraciones, y visto además, lo dispuesto en los artículos 1, 3, 11 N° 6, 11 N° 9, 14 N° 1, 15 N° 1, 24, 26, 28, 68, 69, 432, 436 inciso primero 439, 450 y 456 bis N° 3 del Código Penal; 47, 295, 296, 297, 340, 341, 342, y 344 del Código Procesal Penal se declara:

I. Que se condena a **JUAN JESÚS CHAMORRO TORRES** y **VÍCTOR HUGO PAVEZ MIRANDA**, ya individualizados, como coautores del delito de **ROBO CON INTIMIDACIÓN**, descrito y sancionado en el artículo 436 inciso primero en relación con lo dispuesto en el artículo 432 y 439, todos del Código Penal, en grado consumado, cometido en perjuicio de las trabajadoras del establecimiento YPF Full, ubicado en calle Monterrey N ° 2987, comuna de Conchalí, el día 20 de

Febrero de 2006, alrededor de las 21:40 horas, a sufrir la pena corporal de **CINCO AÑOS Y UN DÍA DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MÍNIMO.**

II.- Que se condena a los acusados, además, a las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al comiso de las armas incautadas.

III.- Que en atención a las precarias condiciones sociales en las cuales viven los acusados, las cuales fueron acreditadas en el juicio con los dichos de los testigos, se exime a los acusados de la obligación de pagar las costas de la causa.

IV.- Que en atención a la pena a que fueron condenados los acusados y no reuniéndose los requisitos de la Ley 18.216, sobre beneficios alternativos a la pena privativa de la libertad, no se les concede, ninguno de los beneficios, establecidos en esa ley.

V.- Que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 348 del Código Procesal Penal, se establece que la pena empezará a cumplirse desde el día 20 de febrero de 2006, fecha a partir de la cual, los acusados, han estado ininterrumpidamente privados de su libertad por quedar sometidos a la medida cautelar de prisión preventiva, según se desprende del auto de apertura respectivo.

Devuélvanse a los intervinientes los documentos incorporados al juicio y al Ministerio Público, además, la evidencia material correspondiente.

Ejecutoriado que sea el presente fallo, dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal y, en su oportunidad, remítase copia autorizada al 2° Juzgado de Garantía de Santiago.

Sentencia redactada por el Magistrado don **Mauricio Rettig Espinoza**.

Regístrese y archívese, en su oportunidad.

RUC Nº: 0600127121-9

RIT Nº: 38-2006

SENTENCIA DICTADA POR LA SALA DEL SEGUNDO TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO, PRESIDIDA POR DOÑA GENI MORALES ESPINOZA, E INTEGRADA, ADEMAS, POR LOS MAGISTRADOS DOÑA MARIA LUISA RIESCO LARRAIN Y DON MAURICIO RETTIG ESPINOZA.

Santiago, cinco de julio de dos mil seis.

VISTO, OÍDO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que con fecha treinta de Junio de dos mil seis, ante esta Sala del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, integrada por el Juez Presidente de Sala don Mauricio Olave Astorga, e integrada por los jueces don José Flores Ramírez y don Pedro Suárez Nieto, tuvo lugar la audiencia del juicio oral RIT 32-2006, seguida en contra de los acusados Héctor Mauricio Farías Pavez, C. I. N° 13.476.429-5, nacido el 6 de Diciembre de 1977, 28 años, domiciliado en calle Bucalemu 5604, comuna de Renca, sin profesión u oficio y en contra de Erick Andrés Escalona Garrido, C. I. N° 14.900.678-8, nacido el 28 de Junio de 1978, 28 años, sin oficio, domiciliado en Bucalemu 5604, comuna de Renca, actuando como Fiscales del Ministerio Público don Andrés Montes Cruz y don Ricardo Peña Fighetti y como representantes de la Defensoría Penal Pública, don Marcos Armesto Romero y don Miguel Angel Jiménez.

SEGUNDO: Que el Ministerio Público acusó a los imputados **Hector Mauricio Farías Pavez** y **Erick Andrés Escalona Garrido**, en calidad de autores, conforme al articulo 15 numero 1 del Código Punitivo de tres delitos de robo con intimidación en las personas de acuerdo al articulo 436 inciso primero, en relación al articulo 432 ambos del Código Penal, a quienes se le atribuye la comisión de los siguientes hechos:

HECHO 1: "El día 28 de diciembre de 2005, alrededor de las 15:30 horas, y mientras las víctimas Sebastián Urrejola y Valeria Pérez se encontraban en el sector del Parque Forestal a la altura del museo de Bellas Artes, fueron abordados por los acusados Farias Pavez y Escalona Garrido, quienes los obligaron bajo amenaza e intimidación con armas blancas a entregarles dis-

tintas especies de valor consistentes en la suma de $23.000.-; 01 Discman Marca Samsung con audífonos; 1 pack con 12 CDS de distintos autores; 1 par de chalas azules; una prestobarba y un cepillo dental.

Posteriormente los acusados se dieron a la fuga hacía la ribera del Río Mapocho, siendo indicados por las víctimas a Carabineros que pasaban por el lugar como los autores, siguiendo la policía a los imputados hasta puente Loreto, lográndose la detención de Escalona Garrido, quien portaba al momento de ser detenido distintas especies sustraídas y una corta plumas.

Por su parte, Farias Pavez se lanzó al río siendo arrastrado hasta el puente Patronato, donde fue detenido por grupos especiales de Carabineros quienes además encontraron en el lugar de la detención un cortaplumas.

De la misma forma, y mientras se realizaba el procedimiento de detención, llegaron al lugar otras víctimas quienes dieron cuenta de los siguientes hechos:

HECHO 2: Que siendo pasadas las 15:00 horas del mismo día 28 de diciembre de 2005, y mientas las víctimas Hernán Huerta y Paulina Castillo se encontraban en el Parque Forestal en el sector del Museo de Bellas Artes, los acusados se acercaron a ellos y procedieron a intimidarlos con armas blancas, obligándolos a hacer entrega de sus bolsos y billeteras sustrayéndoles en definitiva un celular marca Samsung; un celular marca Nokia de color Azul y la suma total de $17.000.-

HECHO 3: Que minutos antes de las 15:30 horas del mismo día 28 de diciembre de 2005, y mientras las víctimas Marcos Vargas y Paola Torrejón estaban en el Parque Forestal a la altura del mueso de Bellas Artes, se les acercaron los acusados quienes intimidándolos con dos armas blancas del tipo cortaplumas, les sustrajeron un celular marca Sony Ericcson, un celular marca Sony de color plomo y la suma de $7.000.-, manifestándoles además uno de los acusados que tenía un revolver en la mochila."

Los hechos descritos a juicio del Ministerio Público son constitutivos de **tres delitos de Robo con Intimidación**, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso primero en relación al artículo 432, ambos del Código Penal, todos en grado de consumado.

En cuanto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal el Ministerio Público plantea que a dichos imputados les perjudican las agravantes del articulo 456 bis N° 3 del Código Penal, esto es, ser dos o mas los malhechores, en los ilícitos por los cuales se acusa y así mismo la de reincidencia específica, del artículo 12 N° 16 del Código Penal.

La Fiscalía solicita se les aplique a los imputados Héctor Farías Pavez y Erick Escalona Garrido la pena veinte años de presidio mayor en su grado máximo, en su calidad de autores de delito de Robo con Intimidación en las personas, mas las accesorias legales correspondientes y al pago de las costas de la causa y el comiso de las especies incautadas. Que no se acordaron convenciones probatorias.

TERCERO: Que, en su **alegato de apertura, la Fiscalía** prometió, en síntesis, que en el presente juicio acreditaría, con la prueba ofrecida, los hechos descritos en la acusación y la participación que en los mismos tuvieron los acusados.

Que, en su **alegato de clausura**, el Ministerio Público sostuvo que, con la prueba de cargo presentada en el juicio, la que detalló circunstanciadamente, habrían resultado probados, en su opinión, tanto los hechos materia de la acusación como la participación atribuida a los encartados.

CUARTO: En su **alegato de apertura**, la defensa de los acusados solicitó que respecto al caso concreto se debe aplicar la justicia material, no dando aplicación a la agravante de pluralidad de malhechores, la que se encuentra subsumida en la intimidación y que no se está en presencia de tres delitos sino de un delito continuado, ya que a su respecto se cumplirían los requisitos de este último. Finalmente, señala que la pena a aplicar debe ser proporcional al hecho, y es desproporcionada la pedida por el Ministerio Público, ya que no se afectó ni la vida ni la integridad física de las víctimas, y se recuperaron gran parte de las especies.

En el **alegato de clausura**, la defensa reiteró su petición de no acoger la circunstancia agravante de pluralidad de malhechores por cuanto en la especie se necesitaron dos personas para inti-

midar a las parejas y de sancionar nuevamente a titulo de agravante, con ello se estaría vulnerando el principio non bis in idem, ya que no se puede juzgar más de una vez a una persona por un mismo hecho. Si por el actuar de los acusados se juzga su participación en un delito determinado, ese mismo actuar no puede servir para agravar la responsabilidad de los mismos.

Añade que, con la declaración de los acusados se esclareció el hecho y fue la prueba principal del juicio, en consecuencia procede se le acoja su colaboración sustancial, en los términos del artículo 11 N° 9 del Código Penal.

QUINTO: Que los acusados fueron debida y legalmente informados acerca de los hechos materia de la acusación y decidieron prestar declaración, como medio de defensa.

En primer término prestó declaración **el acusado Héctor Mauricio Farías Pavez**, quien relata que el día de los hechos, en compañía de Erick Escalona Garrido y luego de haber estado por cinco días consumiendo droga y bebiendo alcohol y con ganas de seguir consumiendo, fueron al Centro de Santiago, al sector del Parque Forestal, lugar donde procedieron a cometer los delitos de robo que se le imputan, mediante la intimidación, a fin de que les entregaran sus especies las víctimas, exhibiéndoles a algunos una cortapluma y a otros su torso desnudo con una cicatriz, a fin de que se asustaran, confesando que fueron ellos los que cometieron los delitos.

Examinado por la defensa, señala que respecto a la primera pareja- Marcos Vargas y Pamela Torrejón- ellos se encontraban sentados frente al museo de Bellas Artes, se acercaron con ganas de robarles, pero primero y en forma muy amigable, le pidieron algo de comer, y ella, la mujer, les dijo que no, de mal modo. Luego se sentaron al lado de ella y le pidieron que les entregaran sus pertenencias. A la segunda pareja- Hernán Huerta y Paula Castillo- también la intimidaron con sus armas blancas y obtuvieron la entrega de las especies que portaban; y a la tercera pareja- Urrejola y su acompañante, también le pidieron unas monedas, éstos le entregaron las especies, y al ver un furgón de Carabineros huyeron del lugar, él por el río, siendo detenido después. Finaliza, señalando que a la primera pareja le mostró efectivamente la cicatriz para atemorizarlas y obtener que le entregaren las especies.

Contra examinado por la Fiscalía, señala que llegaron al Parque Forestal con la intención de robar, que ambos usaron una cortapluma, que la suya es de empuñadura blanca. Se solicito autorización para reconocer el arma por el acusado, el cual, efectivamente la **reconoce como aquella que uso en los robos**. Indica que siempre utilizaron la misma forma con las víctimas, esto es, se acercaban primero a ellas, las cuales se encontraban sentadas, ubicándose a su lado, para no despertar sospechas y entonces les solicitaban comida o dinero y ante la negativa, les exhibían las cortaplumas, para romper su resistencia. Respecto a la primera pareja, ellas le entregaron los celulares (él se quedó con ellos) y los puso en su mochila , que es de color azul y negro. Luego **reconoce en el juicio las dos mochilas** que se le exhiben y la **cortaplumas** ya referida , señaladas con las letras a, b y c de la prueba material del auto de apertura; Respecto de la segunda pareja, les robaron celulares y dinero, con la misma forma de actuar; A la tercera pareja, señala que, se encontraban sentados y se acercaron también amigablemente, para luego exhibirles la cuchilla y obtener la entrega, y recuerda que al parecer una de ellos era menor de edad; le sustrajeron plata y celulares, y luego al irse ven a un furgón y al intentar cruzar el río Mapocho son perseguidos, huyendo él, por el río , que lo arrastró como 50 metros y paró en el puente Patronato, donde se subió al puente y escondió la cuchilla dentro de un tubo de dicho puente, siendo detenido a continuación. Indica que, en el Centro de detención preventiva de Santiago le sacaron fotografías y voluntariamente exhibió sus cicatrices, al respecto se le exhiben las tres fotografías enumeradas con las letras c) de otro medios de prueba del auto de apertura, la que reconoce como pertenecientes a las tomadas a su persona, y que dan cuenta de su torso desnudo el cual presenta una cicatriz a nivel de su abdomen, el que exhibido al tribunal en la audiencia. Luego expresa que las víctimas estaban asustadas. Que las mochilas las botó antes de lanzarse al río y el cuchillo lo portaba él.

A continuación, prestó declaración **el acusado Erick Escalona Garrido**, quien relató que el

día de los hechos, se encontraba con su amigo Farías Pavez y habían estado consumiendo drogas por espacio de cinco días seguidos y se dirigieron al Parque Forestal a fin de obtener más dinero y así poder comprar mas droga. Que se acercaban a las víctimas, conversaban con ellas, mostraban la cuchilla y luego la guardaban, una vez que obtenían la entrega de las especies. Que lo que dijo su compañero en el Juicio es cierto y que a veces tomaba la iniciativa él y a veces Farías. Que a la primera pareja- - Marcos Vargas y Pula Torrejón- su compañero les mostró su cicatriz del abdomen. Se deja constancia que por el Tribunal, que el acusado presenta **tres tatuajes, en la espalda, torso y brazo izquierdo, los cuales exhibe al tribunal en la audiencia**. Que huyeron hacia el Mapocho, él con dirección al puente Loreto y llegaron los Carabineros quienes los siguieron, siendo detenido en dicho puente y que las especies las botó al suelo.

Contra examinado por el Ministerio Público, expresa que llegaron en la tarde del 28 de Diciembre al Parque Forestal, venían de Renca, se encontraban volados y salieron a robar con el afán de obtener mas dinero. Respecto a la primera pareja -Marcos Vargas y Paola Torrejón- indica que se acercó primero Farías y el se puso al lado de la mujer. Que utilizó para intimidar en los tres delitos una cortapluma de color negro- aquella que tiene un caimán en la empuñadura, la que una vez **reconocida por el acusado** como propia y usada en los hechos se tiene por incorporada al Juicio y asignada con la letra d) de la prueba material del auto de apertura; señala que a la primera pareja se les robó un celular y el dinero, la que guardaron en una mochila (no recordando en cual de las dos). Añade que no es cierto que le puso la cortapluma en las costillas a una de las víctimas; respecto de la segunda pareja- Hernán Huerta y Paulina Castillo- le robaron los celulares y dinero, que todo fue muy rápido; y respecto de la tercera pareja- Urrejola y Pérez- ella parecía ser menor de edad, y que al obtener las especies divisaron un furgón de Carabineros y se dieron a la fuga. Que lo detuvo el público y la mochila la arrojó al suelo cuando arrancaba, en la que llevaba especies de los tres delitos. Que la cortapluma la sacaba para que las personas se asustaran y entregaran las especies. Finaliza, señalando que estando preso le sacaron fotografías de su cuerpo , desde la cintura hacia arriba, según le dijeron por orden del fiscal, la que se tienen por incorporadas por su reconocimiento y exhibición al acusado; respecto a la N° 1, muestra su torso desnudo con tatuajes en su brazo derecho e izquierdo, pecho y abdomen; la N° 2 tatuaje en su espalda; la N° 3 un acercamiento de tatuaje de una mujer sentada y la N° 4 tatuaje de brazo derecho con la leyenda " maría";, la que se tiene incorporadas con la letra c) de otros medios de prueba del auto de apertura, con la oposición de la defensa quién señaló la ilegalidad de su obtención

Respondiendo a preguntas aclaratorias del tribunal, señala que habían estado consumiendo con su compañero pasta base de cocaína y que las mochilas que portaban la traían de su casa.

SEXTO: Que los hechos que el tribunal dio por acreditados luego de rendidas las pruebas, tal como se señaló en el veredicto respectivo, son los siguientes:

HECHO 1: El día 28 de diciembre de 2005, alrededor de las 15:30 horas, y mientras las víctimas Sebastián Urrejola y Valeria Pérez se encontraban en el sector del Parque Forestal a la altura del museo de Bellas Artes, fueron abordados por los acusados Farias Pavez y Escalona Garrido, quienes los obligaron bajo amenaza e intimidación con armas blancas a entregarles distintas especies de valor consistentes en la suma de $23.000.-; 01 Discman Marca Samsung con audífonos; 1 pack con 12 CDS de distintos autores; 1 par de chalas azules; una prestobarba y un cepillo dental.

Posteriormente los acusados se dieron a la fuga hacía la ribera del Río Mapocho, siendo indicados por las víctimas a Carabineros que pasaban por el lugar como los autores siguiendo la policía a los imputados hasta puente Loreto, lográndose la detención de Escalona Garrido, quien portaba al momento de ser detenido distintas especies sustraídas y una corta plumas.

Por su parte, Farias Pavez se lanzó al río siendo arrastrado hasta el puente Patronato, donde fue detenido por grupos especiales de Carabineros quienes además encontraron en el lugar de la detención una cortaplumas.

De la misma forma, y mientras se realizaba el procedimiento de detención, llegaron al lugar otras víctimas quienes dieron cuenta de los siguientes hechos:

HECHO 2: Que siendo pasadas las 15:00 horas del mismo día 28 de diciembre de 2005, y mientas las víctimas Hernán Huerta y Paulina Castillo se encontraban en el Parque Forestal en el sector del Museo de Bellas Artes, los acusados se acercaron a ellos y procedieron a intimidarlos con armas blancas, obligándolos a hacer entrega de sus bolsos y billeteras sustrayéndoles en definitiva un celular marca Samsung; un celular marca Nokia de color Azul y la suma total de $17.000.-

HECHO 3: Que minutos antes de las 15:30 horas del mismo día 28 de diciembre de 2005, y mientras las víctimas Marcos Vargas y Paola Torrejón estaban en el Parque Forestal a la altura del mueso de Bellas Artes, se les acercaron los acusados quienes intimidándolos con dos armas blancas del tipo cortaplumas, les sustrajeron un celular marca Sony Ericcson, un celular marca Sony de color plomo y la suma de $7.000.-, manifestándoles además uno de los acusados que tenía un revolver en la mochila.

SÉPTIMO: Que tanto el hecho punible como la participación culpable de los acusados **Héctor Farías Pavez** y **Erick Escalona Garrido** - al haber intervenido ellos en forma inmediata y directa en los ilícitos mencionados en el motivo que precede - se encuentran acreditados, más allá de toda duda razonable, con las siguientes probanzas producidas en la audiencia y aportadas por la Fiscalía:

HECHO N° 1:

1. Con la prueba testimonial, consistente en las declaraciones de:

a) Sebastián Matías Urrejola Herrera, 19 años de edad, estudiante, quien señala que el día 28 de Diciembre de 2005, se juntó con su polola en calle Patronato y luego se fueron al Parque Forestal a pasear y se ubicaron cerca del Palacio de Bellas Artes, por el costado que da al río Mapocho. En los instantes que se fumaban un cigarro con su compañera, se acercaron dos tipos, los cuales reconoce en la audiencia, y que corresponden a los acusados Farías Pavez y Escalona Garrido. Uno se coloca al lado él y el otro cerca de su polola, sacando las cortaplumas uno de ellos se la puso en la pierna a él y el otro al costado del cuerpo de ella, diciéndole que no se movieran, procediendo a abrirles sus mochilas para sustraerles un Discman , un adorno, un par de chalas celestes, un porta Cd., una presto barba y un cepillo de dientes, especies todas que **reconoce en la audiencia** a través de la fotografía que se exhibe, y que se tiene por incorporada al juicio con la letra a), foto N° 1, de otros medios de prueba del auto de apertura. Además, refiere que Farías Pavez le pidió su billetera, con 15.000 pesos. Que les hablaron en forma violenta, teniendo los cuchillos a la vista y que tanto él como su polola Valeria estaban muy asustados y que los cuchillos eran, uno de mango blanco con un grabado y el segunda era de color negro. Que recuerda las cuchillas ya que una de ellas se la pusieron a la altura de la rodilla. Luego les dijeron que no se movieran y se fueron a otro lugar del parque, instante en que llegó una patrulla de Carabineros y les dio cuenta de lo sucedido. Señala con un mapa que se le exhibe el lugar exacto donde se encontraban al ser asaltados. Que finalmente, a uno de los sujetos lo atrapan cerca del puente Patronato, ya que se tiró al río y que él personalmente nunca perdió de vista a los hechores. Que de la mochila que tiraron los sujetos, recuperaron y les entregaron sus especies, salvo el dinero que no se recuperó- que se lo llevó Farías-; y que su Jockey, que se lo arrebató uno de los acusados, lo tiraron al huir del lugar al ser perseguido por carabineros. Añade que los demás afectados reconocieron también sus especies, las que se las entregaron en la comisaría, previo reconocimiento de ellas. Finalmente, que su polola Valeria, no quiso venir al juicio por miedo. Precisando la actuación que tuvieron los acusados indica que, se sentó a su lado Escalona Garrido y que Farías Pavez le sustrajo $ 15.000 a su polola y $ 8.000.- a él, y que todo duró cerca de dos minutos.

b)Juan Aguirre Bermúdez, funcionario de carabineros, quién relata que el día 28 de diciembre de 2005, se encontraba de turno por el sector del centro de Santiago, encontrándose como conductor de un móvil de Carabineros con otro colega, y cuando se encontraban transitando por el calle Miraflores y al llegar a Cardenal Caro viraron hacia el oriente, a una velocidad de 20 Kiló-

metros por hora, cuando se le acercaron dos jóvenes al vehículo policial, señalándoles que les habían robado, en esos momentos advierten los imputados tal situación y huyen del lugar, bajándose su compañero y siguiendo a uno de ellos, quién se lanza al río Mapocho; él sigue al otro y lo logra detener en el puente Loreto. Reconoce a ambos acusados en el juicio como aquellos que fueron detenidos el día de los hechos a raíz de la denuncia de unos jóvenes que señalaron que les habían robado, y encontrándoseles especies en su poder, las que mantenían en una de las dos mochilas que portaban, una de color negro y ora de color gris, y que reconoce en la audiencia como aquellas que incautaron con la detención. Luego de detener a uno de ellos, señala, que viró el vehículo y se paró pasado el puente Patronato y desde allí podía visualizar al otro hechor, el que trataba de ocultar algo en el río. En el puente se encontró una cortapluma de color blanco. Entre las especies, había una cortapluma de color negro- con figura de caimán- de Escalona, en el interior de la mochila de color negro, y la otra cortapluma la encontró el Gope, en el puente del río, entregándoseles ambas a ellos por cadena de custodia. Que, luego de la detención llegaron dos parejas de jóvenes afectados, quienes reconocieron especies de la mochila de Escalona. Luego se les tomó declaración a los jóvenes, los cuales les señalaron que se encontraban en actitud pasiva y se les acercaron dos sujetos quienes los asaltaron.

Contra examinado por la defensa señaló que nunca perdió de vista a la persona que persiguió y que ésta, antes arrojó la mochila y que no lo vio deshacerse de ninguna especie. A las especies se las fotografiaron en la unidad. Su compañero tampoco perdió de vista al otro sujeto, el que se arrojó al río y a aquel sujeto- Farías - no se le encontró nada, sólo la cortapluma. Tampoco les encontraron dinero.

c) Claudio Enrique Cartes Lillo, funcionario de Carabineros, quien expresa que el día de los hechos, se encontraba patrullando ,de turno por el calle Miraflores y viraron con su colega Aguirre Bermúdez hacia el oriente por calle Cardenal Caro y antes de llegar a José Miguel de la Barra, instantes en los cuales se les acercaron dos jóvenes, (un hombre y una mujer) quienes les señalaron que los habían asaltado dos sujetos, señalando que eran los que iban cruzando la pista de Cardenal Caro, y que huían, uno hacia el puente Patronato y el otro hacia el puente Loreto. Refiere que se bajó del móvil a fin de perseguir al que se dirigía al puente Patronato, sujeto que se lanzó a la ribera del Mapocho, siendo arrastrado por la aguas luego, y detenido por personal del Gope que llegó al lugar. Entretanto, el cabo Aguirre siguió al otro individuo en el vehículo policial en dirección al oriente, logrando su detención en el puente Loreto. **Reconoce en la audiencia** al sujeto que fue detenido en el puente Patronato como Farías Pavez. Luego, continua su relato, señala que regresó su compañero con el otro imputado y que llegaron seis personas afectadas, quienes fueron trasladadas a la unidad, las que reconocieron íntegramente las especies. **Reconoce luego la cortapluma** que se le exhibe, la que es de empuñadura color blanco marca Stainless, signada con la letra c) de la prueba material ofrecida por la Fiscalía en el auto de apertura, como aquella que se incautó a los acusados en la detención. Finalmente, expresa que las víctimas reconocieron a los detenidos como los autores de los robos y las especies recuperadas como suyas y que los imputados no prestaron declaración en la comisaría.

2. Con otros medios de prueba consistente en:

Una fotografía correspondiente a la N° 1 de la letra a) que señala las especies, tales como un par de chalas celestes, un Discman color blanco con verde, un porta CD, una presto barba y un cepillo de dientes.

HECHO N° 2:

1. Con la prueba testimonial, consistente en las declaraciones de:

a) Paulina Alejandra Castillo Varas, 19 años, estudiante, quien señala que en la madruga del día 28 de diciembre de 2006, se juntó con su amigo Hernán Huerta a la salida de la Universidad de Santiago y tomaron un micro y se dirigieron al Parque Forestal, y mientras estaban comiendo unos sándwiches, se apareció un joven a pedirles plata, a quienes le dijeron que no tenían, a raíz de lo anterior se acercó otro quién se puso

al lado de Hernán, y allí les dijeron que querían dinero, sacando un arma. Que reconoce a ambos acusados en el juicio, como aquellos que los intimidaron con armas blancas y les robaron. Que vio primero a Farías Pavez y luego a Escalona Garrido. Que les entregó el dinero y el celular que llevaba; uno de ellos se levantó la camisa y le mostró una cicatriz, diciéndoles que si no querían tener una así, mejor que entregaran sus cosas, teniendo ambos un cuchillo en sus manos y a una distancia de entre 30 a 40 centímetros de ellos. El teléfono celular marca Samsung era de su compañero Hernán y fue recuperado, mas no el suyo, que era un Nokia de color azul. Tampoco recuperó su dinero. Al término los amenazaron que nos lo siguieran, ya que andaban otras personas con ellos. Su compañero Hernán fue a buscar ayuda y ella quedó sola un tiempo, hasta que llegaron Carabineros, quienes les mostraron las especies recuperadas, habiendo otra pareja también quienes también reconocieron sus especies. Que a los sujetos los vio otra vez en la entrada a la comisaría (no los vio en el puente). En la comisaría conversaron con las demás víctimas y a todos se les tomó declaración. Señala que nadie recuperó el dinero. Finalmente, que las armas con las que se les intimidó eran cortaplumas, no recordando exactamente su color y que la billetera se la quitó Farías.

Respondiendo a una pregunta aclaratoria del tribunal, indica que se encontraban al momento del asalto, sentados en el pasto en el lado norte del Museo de Bellas Artes y estaban consumiendo jugo y pan.

b) Hernán Huerta Castro, 19 años, estudiante universitario, quien manifiesta que el día 28 de Diciembre de 2005, fue a la Universidad de Santiago y luego se juntó con Paulina Castillo y se fueron al Parque Forestal , se sentaron en el pasto en un lugar cercano al Museo de Bellas Artes; conversaron durante 20 a 30 minutos, y entonces se les acercó un tipo a pedirles plata y comida, luego se acercó otro y se sentaron al lado de ellos, llegando primero - Farías - , uno de ellos sacó una cuchilla y se levantó su polera y mostró una cicatriz, diciendo que si no le entregaban sus cosas, les podía pasar algo malo. El tenía un celular y su bolso, y al no querer entregarles nada, lo amenazó uno de ellos y le colocó la cuchilla cerca de sus costillas y para sacarle el celular le pusieron la cortapluma en la cara. A su compañera Paulina le sacaron su celular y la suma de $ 7.000. Luego de la detención de los sujetos, le devolvieron su celular, el que tenía el dibujo de un Panda, y que reconoce en la fotografía que se le exhibe como de su pertenencia. Le quitaron además, un anillo de plata que no se recuperó. Finalmente, indica que, al irse los sujetos, los amenazaron, mencionándoles que no los siguieran ya que había otras personas vigilándolos. Entonces, fue a buscar ayuda, caminando hasta calle Miraflores, e interceptó a Paz Ciudadana. Al volver al lugar, estaban los carabineros al costado del puente Loreto, luego llegó el Gope, quién sacaba unas cosas del puente. Reconoció sus especies en el lugar y en la comisaría, conjuntamente con otras dos parejas mas, con quienes conversó y concluyeron que todos los asaltos habían sido similares. Que el cuchillo con que lo intimidaron era una cortapluma con la empuñadura negra, y que la otra era de color blanco. Se tiene, finalmente, por incorporada mediante **su reconocimiento en fotografía, el celular** que consta en la fotografía de la letra a) N° 4 de otros medios de prueba del auto de apertura.

2. Con otros medios de prueba consistente en:

Una fotografía del celular marca Samsung de propiedad de Hernán Huerta Castro.

HECHO N° 3:

1.- Prueba testimonial.- consistente en la declaración de:

a) Paola Andrea Torrejón Arce, educadora de párvulos, quién expresa que venía de su trabajo e iba a juntarse con su amigo Marcos Vargas, en el Museo de Arte Contemporáneo. Que no habían almorzado y se sentaron en el pasto a comer algo y luego de un rato se acercaron dos personas, uno de ellos les pidió pan, expresándoles ella que no tenían para darle, entonces llegó otro y les dijo que los iban a asaltar y que no querían comida y les pidieron sus celulares, luego le pidieron su billetera y le sacaron la suma de $ 7.000. Previamente, uno de los sujetos les dijo que le caían bien, y que iba a dejar la cuchilla en el pasto, pero que, andaba con una pistola además. Reconoce como el sujeto que les pidió pan al acusa-

do Escalona. Le sustrajeron un celular marca Eriksson que se recuperó por Carabineros, y dinero que no se recuperó. Se le **exhibe** en la audiencia una fotografía de su celular, y que corresponde a la N° 2 de la letra a) de otros medios de prueba, la cual **reconoce** como su celular sustraído el día de los hechos. Indica que le dijeron "que era muy chorita" y allí le mostraron las cortaplumas y le dijo el acusado Farías "si quería tener un tajo como el de él". Luego se fue al Museo a dar cuenta de lo sucedido a un guardia de allí y se puso a llorar ya que estaba muy nerviosa, estuvo un rato allí, y luego vio a carabineros en las afueras, quienes los llevaron con su compañero, a la comisaría donde declaró, reconoció sus especies y se le entregó el celular. Finaliza señalando que antes iba mas seguido al museo, que la última vez que acudió fue hace dos semanas.

b) Marco Antonio Vargas Garrido, quien relata que el día de los hechos se encontraba con Paula Torrejón , con quien había quedado de juntarse para ir al Museo de Arte Contemporáneo, y mientras se servían algo para comer, en el pasto aledaño al lugar , de repente se acercaron dos tipos, quienes les pidieron comida, y ante la negativa de ellos de darle lo que estaban consumiendo , uno de ellos les dijo:" no estoy ni ahí, para comer, concha de tu madre" " así que soy chora" , insultaban a Paula. Luego le pusieron la cuchilla en forma intimidante, al lado suyo, y le robaron los celulares y dinero. **Reconoce a ambos acusados** presentes en la audiencia como aquellos que los asaltaron el día 28 de diciembre de 2005. Precisando los hechos, señala que se burlaban de él, y a Paula le mostraron una cicatriz que Farías tenía en su abdomen. Luego les dijeron que tenían una pistola. **Reconoce** fotográficamente su **celular marca Eriksson**, signado con la foto N° 3 de la letra a) de otros medios de prueba, el que es de color plateado y que fue recuperado por carabineros. Que pidieron ayuda a guardias del Museo y que fueron cerca de diez minutos el tiempo transcurrido en el asalto. Que ya no concurre tan frecuentemente a dicho Museo por temor.

2.- Otros medios de prueba.-

Reconocimiento de fotografías N° 2 y 3 de celulares de la letra a) de otros medios de prueba.

OCTAVO: Que la defensa no rindió prueba en el juicio, si no tan sólo declaración judicial de los acusados ya descrita en el motivo quinto de este fallo:

NOVENO: Que para que se configure el **tipo penal objetivo** del delito de robo con violencia o intimidación, deben concurrir los siguientes elementos: a) apropiación de especies muebles ajenas con ánimo de lucro, b) sin la voluntad de su dueño, c) ejecutada con violencia o intimidación en las personas, entendiendo por violencia o intimidación en las personas los malos tratamientos de obra, las amenazas ya sea 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 forzar a la manifestación o entrega.

No debe perderse de vista, como criterio interpretativo que se trata de un delito complejo pluriofensivo, cuyos bienes jurídicos protegidos de manera directa en esta figura penal, son la seguridad e integridad de las personas y la propiedad.

DÉCIMO: Que la unión lógica y sistemática de todos los hechos consignados en el fundamento séptimo, así como del análisis libre de toda la prueba de cargo reseñada, de conformidad con lo estatuido por el artículo 297 del Código Procesal Penal, sin contradecir en ello los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, en opinión del Tribunal, configuran los delitos de **robo con intimidación**, descritos y sancionados en el artículo 436 inciso 1º del Código Penal en grado de **consumado**, en los cuales ha cabido a los acusados participación en calidad de **coautores**, de conformidad a lo establecido en el artículo 15 N° 1 del mismo cuerpo legal, toda vez que los agentes amedrentaron a sus víctimas, sustrayéndoles especies muebles ajenas, con evidente ánimo de lucro, y contra su voluntad.

El Ministerio Público logró acreditar, con los dichos de las víctimas y los demás medios de prueba, la intimidación puesta al servicio de la apropiación, como elemento del tipo penal objetivo.

UNDÉCIMO: Que a juicio de este tribunal los hechos descritos en el considerando sexto, pueden ser subsumidos en la figura del delito de

Robo con Intimidación contenida en el artículo 436 inciso primero del Código Penal, en grado de consumado, por cuanto, la conducta de los imputados en todos los delitos, al utilizar cortaplumas, intimidando con ellas a sus víctimas, e irrumpiendo en el sitio del suceso, como ocurre en los hechos acercándose a ellas, solicitándoles primero dinero o comida, para luego una vez lograda la aproximación corporal proceder a derechamente intimidar con las referidas armas, así como la exhibición ya sea de cicatrices - en el caso de Farías Pavez- o bien de tatuajes- en el caso de Escalona Garrido- destinados a aumentar el temor en los afectados y así lograr la entrega de las respectivas especies; conducta de los acusados, que además de ser apta para coaccionar la voluntad de sus víctimas, fue llevada a cabo para forzar la entrega de las especies que pudieran portar los sujetos pasivos del delito.

Por otro lado, la conducta de los acusados implica no sólo el conocimiento en la esfera del lego de los elementos objetivos de dicho tipo penal, sino además la voluntad o querer manifiesto de llevar a cabo dichas conductas, concurriendo, de esta forma, el **dolo directo**, como elemento del **tipo subjetivo** de esta figura penal, afectándose de esta forma los bienes jurídicamente protegidos.

DUODÉCIMO: Que este Tribunal ha adquirido la convicción sobre la ocurrencia de los hechos punibles, y la participación que los acusados tuvieron en los mismos, con la prueba de cargo rendida en el curso del juicio, y la **propia confesión realizada por los imputados** respecto de todos los ilícitos.

Que respecto del hecho N° 1 el ofendido por el delito, Sebastián Matías Urrejola Herrera, es claro y verosímil en su relato. Reconoce a ambos acusados como los autores del ilícito, dando detalles pormenorizado del actuar de ellos, y de la forma como se produjo la intimidación con arma blanca y la consecuente entrega de las especies que portaba con su compañera en ese momento. Luego dicho relato, guarda relación con lo declarado por los Carabineros Juan Aguirre Bermúdez y Claudio Cartes Lillo, quienes llevaron a cabo la detención de los acusados. Que parte de las especies recuperadas le pertenecen a él como a su compañera Valentina.

Los acusados, a su vez, al declarar en la audiencia, fueron contestes cuando relataron los hechos que derivaron en el robo asignado como hecho N° 1 de la acusación, y guarda armonía con lo narrado por la victima Urrejola Herrera acerca de lo sucedido. También tiene mérito probatorio suficiente el reconocimiento fotográfico en audiencia por parte de esta víctima respecto de las especies sustraídas y que dan cuenta una de las fotografías allegadas al proceso y signadas con el N° 1 de la letra a) de otros medios de prueba.

Por último, y en relación a la víctima de este delito, es importante manifestar que ésta impresionó al Tribunal como persona veraz en sus dichos.

En el hecho N° 2 , también los ofendidos por ese delito Hernán Huerta Castro y Paulina Castillo Varas están contestes en que fueron dos los hechores que lo cometieron, número que coincide con las referidas por las víctimas del hecho N° 1, así como las características físicas de los acusados. También relatan de forma detallada la forma como se produjo el asalto, acercándose previamente los autores, pidiéndoles ya sea comida o dinero, para luego proceder derechamente a intimidarlos con las armas blancas que portaban, amenazas verbales y exhibición de cicatrices y tatuajes destinadas a producir temor en ellas; modus operandi común efectuado por los acusados en cada uno de los delitos que se han tenido por acreditados en el juicio. Reconocen, ambos, a los acusados como aquellos que les robaron aquel día de los hechos, y Huerta Castro reconoce además vía fotográfica su celular recuperado con la detención, y que se corresponde con la fotografía N° 4 de la letra a) de otros medios de prueba, presentado por la Fiscalía.

En el hecho N° 3, también las víctimas Marcos Vargas Garrido y Paola Torrejón Arce, son contestes en declarar el modo como fueron asaltados por los acusados, la forma en que se produjo la intimidación a través de las respectivas cortaplumas que ellos portaban y la sustracción de sus especies. Lo anterior también guarda relación con lo declarado por los encausados al momento de prestar declaración en el juicio, con diferencias sólo de matices, que no desvirtúan los hechos en cuanto a estimarlos constitutivos

de robo con intimidación, lográndose acreditar plenamente la actividad intimidante efectuada por loa agentes, en sus víctimas. Además, las especies sustraídas y recuperadas fueron objeto de reconocimiento fotográfico en la audiencia, así como las personas de los acusados, como aquellos que efectivamente, el día de los hechos cometieron este ilícito.

En síntesis, con las declaraciones de los testigos de cargo de todos los delitos, quienes de manera indubitada reconocen la participación de los acusados en los ilícitos investigados, conjuntamente con la prueba material incorporada en la audiencia, mas declaración de los funcionarios aprehensores en cuanto a reconocer a lo acusados y sus armas blancas que portaban, es posible concatenar la forma como pudieron ocurrir los mismos, y relacionar las circunstancias de tiempo y lugar.

Finalmente, la propiedad de las especies sustraídas fue acreditada con la propia declaración de las víctimas, quienes refirieron al tribunal su posesión sobre las respectivas especies, al momento del robo. El ánimo de lucro se desprende de la propia naturaleza de las especies sustraídas y además por la propia declaración de ambos acusados en cuanto declararon en el Juicio que fueron al Parque Forestal a sustraer especies para así poder comprar mas droga y seguir consumiendo dichas sustancias.

DÉCIMO TERCERO: Que en lo relativo a la primera alegación de la defensa en orden a tener los hechos cometidos por los acusados y materia de la acusación como constitutivos de un solo delito continuado de robo con intimidación, para resolver tal pretensión hay que analizar los requisitos que exige este instituto de creación doctrinaria y jurisprudencial, ya que no tiene un tratamiento legislativo expreso, y que son tres, a saber: a) unidad de sujeto activo, que de acuerdo a los razonamientos vertidos en los motivos precedentes de este fallo, se encontraría satisfecho; b) unidad de propósito y de derecho violado, cuestión que también se vería satisfecho a la luz de lo concluido en los considerando respectivos, toda vez que los acusados manifestaron en cada uno de los ilícitos cometidos la intención absoluta de hacerse de bienes ajenos y con ellos comprar mas droga , efectuando siempre una conducta similar en la comisión de lo ilícitos realizados y con el mismo dolo directo de robar, y c) unidad de víctima o de sujeto pasivo, elemento que indudablemente falta en la especie, toda vez, que de acuerdo a las victimas que prestaron declaración en juicio, ellas se corresponde con personas distintas y sin ningún vínculo aparente en los distintos delitos. Que la figura del delito continuado, tuvo un origen jurisprudencial para resolver aquellas situaciones caracterizadas por la imposibilidad de distinguir las diversas etapas de la realización del hecho total; pero que sin embargo, tan pronto como fuera posible precisar las distintas oportunidades parciales de verificación del hecho, nos encontraríamos ante una reiteración, como es el caso sub-lite. Que a mayor abundamiento y respecto a esta última consideración, del merito del proceso, quedó suficientemente acreditado las distintas oportunidades en que se configuró cada uno de los ilícitos cometidos y al menos en los dos primeros el grado de ejecución del delito consumado, por cuanto los agentes pudieron disponer a su arbitrio de las especies que fueron obteniendo de sus víctimas, y tan es así, que lo que dice relación con el dinero sustraído a las víctimas, éste no pudo ser recuperado. Por tales consideraciones, en consecuencia, se desestimará lo solicitado por la defensa y se tendrán los ilícitos cometidos constitutivos de robos con intimidación en las personas reiterados.

DÉCIMO CUARTO: Que la defensa de los acusados ha solicitado no se aplique a sus representados, la agravante de responsabilidad criminal del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, fundado para ello, en que de la naturaleza del hecho cometido, esto es, un robo con intimidación, ejecutado por dos personas y destinada la acción de cada uno de ellos a intimidar, cada vez a dos víctimas respectivamente, dicha acción ejecutada por los hechores, subsumen cualquier calificación adicional del injusto, en el delito mismo, y no entenderlo así vulneraría el principio non bis in idem. Añade que, si por el actuar de los acusados se juzga su participación en un delito determinado, ese mismo actuar no puede servir para agravar la responsabilidad de los mismos. Que ante esta postura estos juzgadores, la rechazarán tal como se adelantó ya en el veredicto res-

pectivo, habida cuenta que del análisis de este tipo penal, la intimidación pude efectuarse de variadas formas y circunstancias siempre que todas o cada una de ellas tengan como propósito o finalidad en el agente el producir temor o indefensión en la víctima, pudiendo en consecuencia, efectuarse la intimidación a través de una sola persona o mas, con o sin armas, o bien tan solo con insultos o amenazas de algún relieve. En consecuencia y teniendo presente, los hechos fácticos de los ilícitos cometidos, se desprende que la acción de ambos autores, intimidando en forma paralela a sus víctimas, e inutilizándolas en su reacción , cada uno a la vez, produjo indudablemente un debilitamiento de la esfera privada de protección, mas allá de lo requerido por el delito mismo, y tuvo la capacidad, por el número de agresores del bien jurídico, de producir un mayor temor en los ofendidos , violentando su seguridad personal , todo lo cual, además, facilitó la entrega de sus pertenencias. Por lo anterior, se rechazará entonces la alegación de la defensa respecto de dicha agravante.

Que en cuanto a la circunstancia agravante de reincidencia específica del artículo 12 N° 16 del Código Penal, invocada por el Ministerio Público respecto a ambos acusados, se allegó al juicio para tales efectos los siguientes documentos: a) extracto de filiación y antecedentes de Héctor Farías Pavez, que da cuenta de una condena anterior en causa rol N° 165.225-2000, del 1° Juzgado del Crimen de Santiago, por el delito de Robo con Intimidación , a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, b) copias autorizadas de la sentencia de primera instancia de esa misma causa y de la sentencia de segunda instancia que confirma la misma, c) y Oficio Ord. N° 327-2006 de Gendarmería de Chile, que indica que Hector Farías Pavez egresó del Centro de Cumplimiento Penitenciario con la pena cumplida con fecha 15 de Diciembre de 2004; d) Extracto de filiación y antecedentes de Erick Andrés Escalona Garrido, que da cuenta, entre otras, de una condena en causa rol N° 164.804-2000 del Primer Juzgado del crimen de Santiago, como autor del delito de Robo con Intimidación y condenado a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, e) se acompaña además copia autorizada de sentencia definitiva de primera instancia y confirmatoria de segunda, respecto de la misma causa, f) Oficio Ord. N° 327-2006, de Gendarmería de Chile , que indica que Erick Escalona Garrido, egresó con fecha 15 de Octubre de 2004, con la pena cumplida en dicha causa. Que de estos antecedentes, a juicio del tribunal se concluye que concurren respecto de ambos acusados la agravante de reincidencia específica, toda vez que ambos presentan una condena anterior por el mismo delito por el cual se les ha acusado en este juicio, la que se encuentra cumplida y no se haya prescrita en cuanto agravante. En consecuencia, se dará lugar a lo solicitado por la Fiscalía, y se estimará concurrente en la especie.

Finalmente, la defensa invocó la atenuante de responsabilidad penal, prevista en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, esto es, la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos por parte de ambos acusados, teniendo como fundamento para ello, la declaración de ambos acusados en el juicio, renunciando a su derecho a guardar silencio y a no auto incriminarse, todo lo que constituye a su juicio colaboración. Sin embargo, el tribunal no acogerá la minorante invocada, ya que, con los elementos probatorios allegados al Juicio es dable considerar que tanto el hecho punible como la participación se encontraban suficientemente justificado con la prueba de cargo rendida por el Ministerio Público, consistente básicamente en la declaración de los testigos-víctimas de los hechos y la prueba material acompañada, siendo en consecuencia el testimonio de ambos acusados un complemento de la misma, lo que produjo la convicción en el Tribunal que existían por parte del ente persecutor elementos probatorios suficientes para acreditar los elementos del tipo penal y la participación culpable, sin necesidad de los testimonios de los acusados. Que si bien el Tribunal, valora la declaración de los acusados, sus dichos no tienen la entidad suficiente para encuadrarla dentro del mandato legal que exige que dicha colaboración sea sustancial para ser acogida.

DÉCIMO QUINTO: Que el representante de la Defensa, en su alegato de clausura aludió a la ilegalidad de las fotografías tomadas a los acusados cuando se encontraban sometidos a prisión preventiva en el Centro de Detención preventiva Santiago Sur, por no haber una autorización clara

al respecto. El Tribunal prescindirá de valorar dicho medio de prueba en la parte en que dicha fotografías reflejan la cicatriz de Farías Pavez en su torso y los tatuajes de Escalona Garrido, sin perjuicio de haberse acreditado tales hechos con la propia declaración de los acusados y su exhibición. Que respecto de lo mismo, y de acuerdo a la las máximas de experiencia, el tribunal entenderá que dichas circunstancias fueron advertidas por las víctimas al momento de cometerse los ilícitos y produjeron algún tipo de impresión en ellas, de carácter mas o menos intimidatorio, dependiendo de la personalidad de cada cual de las víctimas.

DÉCIMO SEXTO: Que para determinar la sanción que corresponde imponer a los acusados **Héctor Farías Pavez** y **Erick Escalona Garrido**, por los tres delitos que se les acusa, se tendrá presente que en todos ellos, a los dos acusados les perjudican dos circunstancias agravantes y no les favorecen circunstancias atenuantes; y que la pena asignada al delito por el cual se le condena, de acuerdo a lo que dispone el artículo 436 inciso 1° del Código Penal, va de presidio mayor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado máximo, cualquiera sea el valor de las especies substraídas.

Que, a su vez, por encontrarnos ante tres delitos de robo con intimidación reiterados deberá darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 351 inciso primero del Código procesal penal, por ser mas beneficioso para los acusados y estimarlos como un solo delito, y se aumentará por unanimidad, en un grado respecto, del mínimo establecido por la ley, esto es, desde presidio mayor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado medio.

Luego, el artículo 68 inciso cuarto del Código Penal prevé que cuando la pena señalada por la ley consta de dos o más grados, y existiendo dos o más agravantes, y no concurren atenuantes, el tribunal podrá imponer la pena inmediatamente superior en grado al máximo de los designados por la ley. El Tribunal en este punto, estimando de tal entidad las agravantes que concurren procederá a imponer la inmediatamente superior en grado a la señalada en el párrafo anterior de este considerando, quedando en consecuencia en presidio mayor en su grado máximo. A su vez, y dentro de dicho grado el tribunal por mayoría de sus integrantes, y teniendo presente lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal, por la menor extensión del mal producido con el delito, en el sentido de no haberse provocado una efectiva afectación de la integridad física de las víctimas y haberse recuperado parte de las especies sustraídas, y a fin de no sancionar nuevamente la conducta agravándola aún mas de lo ya establecido la fijarán en la parte inferior de dicho grado, tal como se dirá en la parte resolutiva de este fallo.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, a lo dispuesto en los artículos 1°, 11 N° 9, 12 N° 16, 15, 18, 28, 50, 68, 69, 432, 436 inciso 1°, y 456 bis N° 3 del Código Penal y artículos 1°, 2º, 45, 46, 47, 295, 296, 297, 323, 325 a 338, 340, 341, 342, 344 y 351 del Código Procesal Penal, **SE DECLARA:**

I.- Que se condena a **Héctor Mauricio Farías Pavez** y a **Erick Andrés Escalona Garrido**, ya individualizados, como coautores de tres delitos reiterados de robo con intimidación, en las personas de Sebastián Urrejola Herrera, Hernán Huerta Castro, Paulina Castillo Varas, Marco Vargas Garrido y Paola Torrejón Arce, en grado de consumados, previstos y sancionados en el artículo 436 inciso 1° Código Penal, cometidos en la comuna de Santiago, el día 28 de Diciembre de 2005, **a la pena única de QUINCE AÑOS Y UN DÍA de presidio mayor en su grado máximo, a cada uno**, mas las accesorias 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.

II.- Que no reuniendo los sentenciados los requisitos de la Ley Nº 18.216, y atendida además, la extensión de las penas corporales impuestas, no se concede a los mismos, ninguno de los beneficios en ella contemplados.

III.- Que las penas corporales que por esta sentencia se imponen a los sentenciados Héctor Farías Pavez y Erick Escalona Garrido, se les contarán desde el día 28 de Diciembre de 2005, fecha desde la cual han permanecido ininterrumpidamente privados de su libertad en la presente

causa, como consta del auto de apertura correspondiente.

IV.- Que se exime del pago de las costas de la causa a los sentenciados atendida la facultad que el inciso final del artículo 47 del Código Procesal Penal confiere al Tribunal del Juicio Oral en lo Penal y teniendo en consideración el hecho de haber sido defendidos por Defensor Penal Público, presumiéndoseles pobres, de conformidad al artículo 600 del Código Orgánico de Tribunales.

V.- Que se dispone el **comiso** de las mochilas y cortaplumas usadas por los acusados con ocasión de la comisión de estos delitos, el cual ha sido incorporado al juicio como evidencia material.

VI.- Devuélvanse los documentos acompañados por los intervinientes e incorporados al juicio.

Ejecutoriado que sea el presente fallo, dese cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal y, en su oportunidad, remítase copia autorizada al Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago.

Regístrese y archívese, en su oportunidad.

Se previene que el magistrado señor Flores, fue del parecer de aplicar a cada uno de los acusados, la pena de veinte años de presidio mayor en su grado máximo, teniendo para ello presente que dentro de las reglas fundamentales para la regulación de la pena se tiene que estar a aquella que dice relación con el mal causado por el delito, siendo este valorado por el tribunal, quien deberá apreciar el peligro corrido por el bien jurídico protegido por el ilícito penal y las circunstancias en que este se desarrolló. En este caso se trata de tres delitos de robo con intimidación cometidos por los acusados, siendo un atentado pluriofensivo, en donde lo esencial es la protección brindada a la seguridad e integridad de las personas, además de constituir un atentado contra la propiedad. Que tal atentado a la seguridad e integridad de las víctimas quedó claramente demostrado en el juicio, toda vez que ambos sentenciados portaban armas blancas que les fueron exhibidas a los ofendidos usando expresiones amenazantes para su integridad física, lo que hacía posible que estas se concretaran en caso de que las víctimas no accedieran a entregarles especies de su propiedad, actuando en consecuencia los acusados Farías y Escalona, con absoluto desprecio hacia sus personas, al aprovecharse de la circunstancia que ellas se encontraban desprotegidas en un lugar conocidamente de esparcimiento y a pleno día, donde hasta el ciudadano más cuidadoso no prevee que pudiera ser objeto de un delito de esta naturaleza.

Sentencia redactada por el magistrado don Pedro Suárez Nieto y la prevención por su autor.

RUC N°:0500695820-8

RIT N°: 32-2006

SENTENCIA DICTADA POR LA SALA DEL CUARTO TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO, PRESIDIDA POR DON MAURICIO OLAVE ASTORGA, E INTEGRADA, ADEMÁS, POR LOS MAGISTRADOS DON JOSE FLORES RAMIREZ Y DON PEDRO SUAREZ NIETO, TODOS TITULARES DEL TRIBUNAL.

• **Comentario:**

En el presente comentario nos referiremos a dos sentencias dictadas por Tribunales Orales en lo Penal de Santiago, en materia de robo con intimidación. En la primera de ellas, nos centraremos en el análisis de los requisitos típicos del delito, específicamente la intimidación, cuestión que se relaciona directamente con uno de los aspectos controvertidos en la segunda, a propósito de la valoración del medio a través del cual, según la defensa, se habría canalizado la acción intimidatoria. Por otra parte, se hace necesario examinar la vigencia del principio non bis in idem, en el supuesto de la aplicación del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, aspecto debatido por el abogado defensor en el último caso.

a) Individualización de las sentencias y los hechos constitutivos de delito.

1. PRIMERA SENTENCIA

Con fecha 24 de julio del año en curso, la sala del Segundo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, en causa RUC N° 0600127121-9, condenó a los acusados Chamorro Torres, Juan Jesús y Pavez Miranda, Víctor Hugo como coautores del delito de robo con intimidación, a cumplir la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, y a las penas accesorias correspondientes, precisamente la pena solicitada por el Ministerio Público en su acusación.

Los acusados ingresaron en un establecimiento comercial YPF FULL, en compañía de un tercero no individualizado. En su interior, procedieron a apuntar con armas de fogueo a los trabajadores del local, exigiéndoles la entrega del dinero de las ventas. Sustrajeron lo $180.000 de la caja, chocolates, pilas, dándose posteriormente a la fuga.

2. SEGUNDA SENTENCIA

Con fecha 5 de julio de 2006, la sala del cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, en causa RUC N° 0500695820, condenó a los acusados Farías Pavez, Héctor Mauricio y Escalona Garrido, Erick Andrés a la pena única de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo y las accesorias legales como autores de tres delitos de robo con intimidación.

Los acusados perpetraron estos tres delitos en el sector del Parque Forestal a la altura del museo de Bellas Artes, lugar en que abordaron dentro de un lapso aproximado de 30 minutos a tres parejas distintas con intervalos de minutos entre los diferentes ataques. Obligaron a sus víctimas mediante amenaza e intimidación con arma blanca, a hacer entrega de sus pertenencias, entre los que destacan teléfonos celulares, dinero, bolsos y billeteras.

Los hechores se dieron a la fuga hacia la ribera del río Mapocho, siendo sindicados como los autores del ataque por las víctimas a carabineros. Al momento de la detención uno de los sujetos portaba las especies sustraídas y un cortapluma, en tanto que el otro, este último elemento.

b) *Análisis*

De los hechos relatados en la primera sentencia, se aprecia con meridiana claridad que el problema debatido en la audiencia dice relación con la idoneidad del medio empleado para intimidar.[13] En efecto, la defensa impugnó que el arma de fogueo pudiese generar, en el sujeto pasivo, una intimidación compatible con la requerida por el tipo penal de robo:

[13] El de la idoneidad de esta clase de armas ha sido debatido ampliamente tanto por la doctrina nacional como por la jurisprudencia, encontrándose en esta última fallos divididos. Aquellas sentencias que se inclina por excluir las amenazas con pistolas de fogueo como constitutivas del delito de robo con intimidación, lo hacen afirmando la necesidad de que exista un elemento objetivo, que permita establecer que efectivamente el bien jurídico integridad corporal se vio puesto en peligro. Ejemplo de esta tendencia C. de Ap. de San Miguel de 30 de mayo de 2000, en R. D. J., t. XCVII, 2000, N° 2 (mayo-agosto), sección 4; C. de Ap. de Stgo., 24 de octubre de 1988 en R.D.J., t. LXXXV, 1988, N°3 (Septbre-Dicbre) sección 4.

"el arma a fogueo utilizada por los acusados no es lo mismo que ponerle un cuchillo en la garganta de una persona, por cuanto la primera no es real".[14]

Evidentemente no es lo mismo y nos parece que ello está fuera de discusión. No es ese el punto a analizar, sino que el determinar si ese objeto -arma de fogueo- y la reacción que genera en el sujeto pasivo, pude subsumirse en la intimidación típica de los artículos 436 y 439 del Código Penal.

Para dar respuesta a esta interrogante es necesario determinar el concepto de intimidación empleado por el Código Penal y sus requisitos de configuración, cuestión que encuentra como punto de partida la definición que el propio código da al respecto. Es así como el artículo 439 del texto normativo señala que es intimidación "las amenazas para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, ya para impedir la resistencia u oposición a que se quiten, *o cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar la manifestación o entrega*" (la cursiva es nuestra).

Sin pretender hacer un análisis exhaustivo, el texto punitivo emplea un concepto bastante amplio de intimidación, que, además de las amenazas, comprende cualquier otro acto que pueda intimidar, vale decir, cualquier otro acto que pueda infundir miedo. De ahí que sea tan importante precisar los requisitos de ésta.

Hay que tener presente, en todo caso, que no es necesario que la persona que padece la intimidación la sufra al punto que no pueda reaccionar y, en este sentido, la existencia de intimidación es compatible con las eventuales respuestas defensivas de la víctima. Estas reacciones podrían tener efecto en la fase de ejecución del delito, incidiendo en la tentativa, frustración o consumación. Los ofendidos por el delito, en el caso de marras, no se defendieron, por lo que no fue un tópico puesto en discusión.

Pues bien, el miedo que le acomete al ofendido se relaciona con la posibilidad de padecer un riesgo o daño serio, de ser víctima de un mal contra la vida, salud o integridad corporal. El hecho de apuntar con un arma a una persona, exigiendo la entrega o manifestación de dinero, es una conducta que representa desde la perspectiva ex-ante una puesta en peligro seria en contra de tales bienes jurídicos. Seriedad que es confirmada desde la perspectiva ex-post, puesto que, ciertamente, no se trataba de una broma de los hechores o de una puesta en escena. Pretendían efectivamente cometer el delito.

Por otra parte, la gravedad de esa amenaza, por los bienes jurídicos que compromete, es a toda luz evidente. Se podría discutir, en el caso, la idoneidad para lesionar efectivamente la vida o integridad personal de la víctima y eso es lo que, en efecto, hace la defensa. Sin embargo, no hay que olvidar, sin perjuicio de lo que más adelante diremos sobre la realidad del mal, que el arma, aún cuando a fogueo, sigue siendo un elemento con el que se puede, por ejemplo, golpear.

Nos hacemos partícipes en este punto, de las observaciones efectuadas por el Tribunal Supremo español, que ha estimado que las pistolas a fogueo, incluso estando inoperantes, por el hecho de estar constituidas por materiales sólidos pueden ser empleadas como instrumento contundente, lo que la convierte en elemento peligroso.[15] Asimismo, considera suficientemente intimidatorio el empleo de pistolas falsas, pero que no lo parecen, o un objeto oculto en el bolsillo que se presenta por el hechor como una pistola que lleva consigo.[16]

---

[14] Considerando Quinto. Sentencia RUC N° 0600127121-9

[15] STS español de: 20 de septiembre de 1999, 25 de junio de 1985 y 2 de julio de 1986. Sentencias citadas por Vicente Rosario Martínez "El delito de robo con violencia e intimidación en las personas. Interpretación y aplicación Jurisprudencial". Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos; ediciones Universidad de Castilla La Mancha Cuenca. 2001. v. II, p. 768.

[16] STS 29 de junio de 1991, RJ 1991, 5044.

El criterio introducido por el máximo tribunal español es de sumo interés, pues descarta la existencia a priori de elementos inadecuados para determinar la presencia de amenaza suficiente o descartarla. Nos parece que no se puede sostener un parámetro abstracto y, por lo tanto, será necesario analizar las condiciones y circunstancias concretas que rodean los hechos (analizar caso a caso).

Además, a propósito de la apariencia verdadera de una pistola falsa, el tribunal hispano pone de manifiesto la relevancia que tiene la verosimilitud del mal con que se amenaza al sujeto pasivo, aunque no sea verdadero (pistola con apariencia de verdadera).[17] Debe tratarse de un mal creíble a los ojos de un tercero, puesto en la misma situación y con los conocimientos del afectado.[18]

Los hechos de la sentencia en comento, sí revestían una apariencia de realidad y así lo reconoce la sentencia del TOP, cuando, a propósito de la solicitud de la defensa de uno de los imputados para recalificar el delito a robo por sorpresa, declara:

"la confusión exigida por una de las hipótesis del tipo legal -aludiendo al robo por sorpresa- no se refiere al hecho de creer que el arma es o no verdadera, cuestión que en este caso las víctimas ni siquiera se plantearon *dada la verosimilitud del medio empleado*" (la cursiva es nuestra).[19]

En este sentido, consideramos que la calificación jurídica mantenida por el TOP ha sido acertada, puesto que los hechos corresponden a la de delito de robo con intimidación.

En la segunda sentencia, la defensa señala que por razones de justicia material, no sería posible apreciar la agravante del artículo 453 bis N° 3, pluralidad de malhechores, puesto que se encontraría subsumida en la intimidación. En efecto, a juicio de este interviniente, para intimidar a las víctimas, se necesitaron dos personas, por lo que de aplicarse la agravante se estaría vulnerando el principio non bis in ídem.

En realidad, la argumentación de la defensa incurre en un error al considerar que la intimidación es ejercida, en el caso solo por la presencia de los hechores, puesto que de acuerdo al relato sobre la comisión del delito, éstos además habrían empleado armas cortopunzantes en los atentados. Por lo tanto, no se estaría valorando dos veces el mismo hecho, ya que de acuerdo al acontecer podemos distinguir claramente supuestos fácticos distintos para fundamentar la intimidación, empleo de cortapluma, por un lado, y la configuración de la agravante, pluralidad de sujetos, por otro.

El TOP en esta sentencia, no se basó en esta diferenciación para rechazar el planteamiento del abogado defensor, sino que recurrió al fundamento material de la agravante y la mayor afectación al bien jurídico que implica. Así señala que:

"la intimidación puede efectuarse de variadas formas y circunstancias siempre que todas o cada una de ellas tengan como propósito o finalidad en el agente el producir temor o indefensión en la víctima, pudiendo en consecuencia, efectuarse la intimidación a través de una sola persona o más, con o sin armas, o bien tan solo con insultos o amenazas de algún relieve. En consecuencia, teniendo presente, los hechos fácticos de los ilícitos cometidos, se desprende que la acción de ambos autores, intimidando en forma paralela a sus víctimas, e inutilizándolas en su reacción, cada uno a la vez, produjo indudablemente un debilitamiento de la esfera privada de protección, más allá de lo requerido por el delito mismo, y tuvo la capacidad, por el número de agresores del bien jurídico, de producir un mayor temor en los ofendidos, violentando su seguridad personal, todo lo cual, además, facilitó la entrega de sus pertenencias".[20]

---

17 En este sentido Etcheberry, Alfredo. Derecho Penal. Parte especial. Reimpresión de la 4° edición. Editorial Jurídica de Chile, Stgo., 2004, p. 336. Politoff/Matus /Ramírez. Lecciones de derecho Penal Chileno. Parte especial. 2° edición. Editorial jurídica de Chile, Stgo., 2005, p. 364. Bajo Fernández, Miguel. Manual de derecho Penal. Parte Especial. 2° edición, 1993, p. 107.

18 Entre los autores nacionales, Jorge Mera sostiene que el mal debe existir verdaderamente no siendo suficiente con que solo sea verosímil. Mera, Jorge. Hurto y Robo. Estudio Dogmático Político Criminal. Cuadernos de Análisis Jurídico N° 3. Universidad Diego Portales, p. 134.

19 Considerando décimo. Sentencia RUC N° 0600127121-9.

20 Considerando decimocuarto. Sentencia RUC N° 0500695820.

Reconoce el tribunal el mayor peligro que entraña para la seguridad personal la actuación de más de un sujeto y por esa vía descarta la vulneración al principio non bis in idem. No sería necesario para configurar la intimidación, ese plus adicional que, en cambio, sí serviría para fundamentar la agravante.

Se hace presente que ambas sentencias coinciden en el concepto de intimidación empleado y expresamente la segunda, se hace cargo de las varias formas que ésta puede presentar.

COMENTARIO A LA SENTENCIA EN CAUSA RUC Nº 0500046423-8 POR DELITOS REITERADOS DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS DEL ARTÍCULO 233 N° 2 Y 3 DEL CÓDIGO PENAL

ROBERTO MORALES PEÑA
Abogado Asesor
Unidad Especializada Delitos Funcionarios
y Probidad Pública
Ministerio Público

- **Sentencia:**

Punta Arenas, tres de julio de dos mil seis.

VISTO, OÍDO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que con fecha veintisiete y veintiocho de julio de dos mil seis, ante la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, de esta ciudad, constituida por los Jueces Señores, José Octavio Flores Vásquez, quien la preside, Jovita Soto Maldonado y Fabio Gonzalo Jordán Díaz, se llevó a efecto la audiencia de juicio oral relativa a la causa RUC Nº 0500046423-8, Rol Interno del Tribunal Nº 32-2006, seguida en contra de RICARDO GIOVANNI MORA JARAMILLO, cédula de identidad 12.711.008-5, 31 años, sin oficio, domiciliado en calle Capitán Guillermos N° 01522, Punta Arenas.

Fue parte acusadora el Ministerio Público, representado por el Fiscal don Felipe Aguirre Pallavicine, domiciliado en calle José Menéndez Nº 900, de Punta Arenas.

Intervino como parte querellante, acusador particular y demandante civil el Fisco de Chile en representación del Servicio Agrícola y ganadero XII Región, a través del abogado señor Juan Rodríguez Muñoz.

La defensa del acusado estuvo a cargo, del defensor penal público don Juan Carlos Rebolledo Pereira, domiciliado en Avda. Colón N° 1106, Punta Arenas.

SEGUNDO: Los hechos materia de la acusación, son los siguientes:

Durante el período comprendido entre el 16 de diciembre del año 2002 y el mes de enero del año 2005, ambos inclusive, el imputado Ricardo Giovanni Mora Jaramillo, quien detentaba la calidad de empleado público, como funcionario a contrata del Servicio Agrícola y Ganadero XII Región y en razón de sus funciones, tenía a su cargo determinados efectos públicos, con la finalidad de realizar periódicamente las conciliaciones bancarias, y la facultad de disponer de los mismos, por tener autorizada su firma como girador, en el Banco del Estado, hoy BancoEstado, en su calidad de encargado o jefe subrogante de Finanzas, procedió a sustraer sistemáticamente, desde los talonarios de cheques del citado organismo público, correspondientes a la denominada cuenta única fiscal "operaciones" N° 91909070517, diversos cheques, los que posteriormente procedió a suscribir, fingiendo la rúbrica del girador autorizado, Jaime Briones Becerra, Jefe subrogante del servicio, y estampando la propia, como jefe subrogante de finanzas, para luego, llenarlos en sus demás menciones y colocarle el timbre del servicio y proceder acto seguido, a utilizarlos, cobrándolos por caja, personalmente, o a través de Ema Álvarez Herrera, su cónyuge, y Juan Sepúlveda Avendaño, en las sucursales del Banco del Estado de Chile en la ciudad de Punta Arenas, 18 de Septiembre y Plaza Muñoz Gamero y, además, en Oficina del Banco del Estado de Chile en la ciudad de Temuco, apropiándose de los fondos, resultando un perjuicio económico para el Servicio Agrícola y Ganadero ascendente a la suma total de treinta y tres millones ochocientos veinticuatro mil ciento siete ($33.824.107).

Los hechos antes descritos ocurrieron en las siguientes fechas y lugares y corresponden a los documentos girados por las cantidades que a continuación se indican:

1. Cheque N0 Serie 1740184, cobrado el 24 de diciembre del año 2002, por la suma de $ 973.305, en la sucursal Banco del Estado, Plaza Muñoz Gamero N0 799, de esta ciudad por Ema Álvarez Herrera.

2. Cheque N0 Serie 1480357, cobrado el 30 de diciembre del año 2002, por la suma de $436.325, en la sucursal Banco del Estado, 18 de septiembre, Martínez de Aldunate 1406 de esta ciudad, por Ema Álvarez Herrera.

3. Cheque N0 Serie 1870010, cobrado el 29 de enero del año 2003, por la suma de $466.273, en la sucursal Banco del Estado, Plaza Muñoz Gamero N0 799, de esta ciudad por Ema Álvarez Herrera.

4. Cheque N0 Serie 1870011, cobrado el 06 de febrero del año 2003, por la suma de $783.576, en la sucursal Banco del Estado, de la ciudad de Temuco, por Ema Álvarez Herrera.

5. Cheque N0 Serie 0671 127, cobrado el 08 de abril del año 2003, por la suma de $683.554, , en la sucursal Banco del Estado, 18 de septiembre, Martínez de Aldunate 1406 de esta ciudad, por Ema Álvarez Herrera.

6. Cheque N0 Serie 0775035, cobrado el 05 de mayo del año 2003, por la suma de $683.716, en la sucursal Banco del Estado, 18 de septiembre, Martínez de Aldunate 1406 de esta ciudad, por Ema Álvarez Herrera.

7. Cheque N0 Serie 0775062, cobrado el 20 de mayo del año 2003, por la suma de $783.546 , en la sucursal Banco del Estado, 18 de septiembre, Martínez de Aldunate 1406 de esta ciudad, por Ema Álvarez Herrera.

8. Cheque N0 Serie 0974393, cobrado el día 28 de mayo de 2003, por la suma de $486.573, en la sucursal Banco del Estado, Plaza Muñoz Gamero N0 799, de esta ciudad por Juan Luis Sepúlveda Avendaño.

9. Cheque N0 Serie 1409728, cobrado el día 12 de junio de 2003, por la suma de $592.830, en la sucursal Banco del Estado, Plaza Muñoz Gamero Nl 799 de esta ciudad, por Juan Luis Sepúlveda Avendaño.

10. Cheque N0 Serie 1592813, cobrado el día 30 de junio de 2003, por la suma de $783.575, en la sucursal Banco del Estado, 18 de Septiembre, Martínez de Aldunate 1406 de esta ciudad, por Ema Álvarez Herrera.

11. Cheque Serie N0 1592891, cobrado el día 14 de julio de 2003, por la suma de $586.352, en la sucursal Banco del Estado, 18 de Septiembre, Martínez de Aldunate 1406 de esta ciudad, por Ema Álvarez Herrera.

12. Cheque Serie N0 0097841, cobrado el día 04 de agosto de 2003, por la suma de $596.433, en la sucursal Banco del Estado, Plaza Muñoz Gamero N° 799 de esta ciudad, por Ema Álvarez Herrera.

13. Cheque Serie N0 0229961, cobrado el día 28 de agosto de 2003, por la suma de $783.236, en la sucursal Banco del Estado, Plaza Muñoz Gamero N° 799 de esta ciudad, por Ema Álvarez Herrera

14. Cheque Serie N0 0230126, cobrado el día 11 de septiembre de 2003, por la suma de $1.022.849, en la sucursal Banco del Estado, Plaza Muñoz Gamero N° 799 de esta ciudad, por Ema Álvarez Herrera.

15. Cheque Serie N0 0230275, cobrado el día 09 de octubre de 2003, por la suma de $584.962, en la sucursal Banco del Estado, 18 de Septiembre, Martínez de Aldunate 1406 de esta ciudad, por Ema Álvarez Herrera.

16. Cheque Serie N0 0230288. cobrado el día 28 de octubre de 2003, por la suma de $1.436.854, en la sucursal Banco del Estado, 18 de Septiembre, Martínez de Aldunate 1406 de esta ciudad, por Ema Álvarez Herrera.

17. Cheque Serie 0373085, cobrado el día 28 de octubre de 2003, por la suma de $1.763.146, en la sucursal Banco del Estado, Plaza Muñoz Gamero N0 799 de esta ciudad, por Ema Álvarez Herrera.

18. Cheque Serie N0 0373152, cobrado el día 11 de noviembre de 2003, por la suma de $784.592, en la sucursal Banco del Estado, 18 de Septiembre, Martínez de Aldunate 1406 de esta ciudad, por Ema Álvarez Herrera.

19. Cheque Serie N0 0373161, cobrado el día 14 de noviembre de 2003, por la suma de $ 1.364.370, en la sucursal Banco del Estado Plaza

Muñoz Gamero N0 799 de esta ciudad, por Ema Álvarez Herrera.

20. Cheque Serie N0 0373162, cobrado el día 14 de noviembre de 2003, por la suma de $785.630, en la sucursal Banco del Estado, 18 de Septiembre, Martínez de Aldunate 1406 de esta ciudad, por Ema Álvarez Herrera.

21. Cheque Serie N0 1117601, cobrado el día 25 de noviembre de 2003, por la suma de $668.130 , en la sucursal Banco del Estado, 18 de Septiembre, Martínez de Aldunate 1406 de esta ciudad, por Ema Álvarez Herrera.

22. Cheque Serie N0 1490519, cobrado el día 08 de enero de 2004, por la suma de $683.560, en la sucursal Banco del Estado, 18 de Septiembre, Martínez de Aldunate 1406 de esta ciudad, por Ema Álvarez Herrera.

23. Cheque Serie N0 1490534, cobrado el día 15 de enero de 2004, por al suma de $876.365, en la sucursal Banco del Estado, Plaza Muñoz Gamero N0 799 de esta ciudad, por Ema Álvarez Herrera.

24. Cheque Serie N0 1490536, cobrado el día 05 de febrero de 2004, por la suma de $785.630, en la sucursal Banco del Estado, Plaza Muñoz Gamero N0 799 de esta ciudad, por Ema Álvarez Herrera.

25. Cheque Serie N0 1828597, cobrado el día 04 de marzo de 2004, por la suma de $843.695, en la sucursal de Banco del Estado, 18 de Septiembre, Martínez de Aldunate 1406 de esta ciudad, por Ema Álvarez Herrera.

26. Cheque Serie N00287698, cobrado el día 02 de abril de 2004, por la suma de $ 783.915, en al sucursal Banco del Estado, 18 de Septiembre, Martínez de Aldunate 1406 de esta ciudad, por Ricardo Mora Jaramillo.

27. Cheque Serie N0 0670302, cobrado el día 29 de abril de 2004, por la suma de $675.907, en la sucursal Banco del Estado, 18 de Septiembre, Martínez de Aldunate 1406 de esta ciudad, por Ricardo Mora Jaramillo.

28. Cheque Serie N0 1195417, cobrado el día 02 de junio de 2004, por la suma de $768.355 , en la sucursal de Banco del Estado, 18 de Septiembre, Martínez de Aldunate 1406 de esta ciudad, por Ricardo Mora Jaramillo.

29. Cheque Serie N0 1195463, cobrado el día 14 de junio de 2004, por la suma de $668.355, en la sucursal Banco del Estado, 18 de Septiembre, Martínez de Aldunate 1406 de esta ciudad, por Ricardo Mora Jaramillo.

30. Cheque Serie N01 195549, cobrado el día 25 de junio de 2004, por la suma de $455.196, en la sucursal de Banco del Estado, 18 de Septiembre, Martínez de Aldunate 1406 de esta ciudad, por Ricardo Mora Jaramillo.

31. Cheque Serie N0 1369705, cobrado el día 02 de julio de 2004, por la suma de $786.603, en la sucursal Banco del Estado, Plaza Muñoz Gamero N° 799 de esta ciudad, por Ricardo Mora Jaramillo.

32. Cheque Serie N0 1369889, cobrado el día 08 de agosto de 2004, por la suma de $786.603, en al sucursal de Banco del Estado, 18 de Septiembre, Martínez de Aldunate 1406 de esta ciudad, por Ricardo Mora Jaramillo.

33. Cheque Serie N0 1792141, cobrado el día 18 de agosto de 2004, por la suma de $786.603, en la sucursal de Banco del Estado, 18 de Septiembre, Martínez de Aldunate 1406 de esta ciudad, por Ricardo Mora Jaramillo.

34. Cheque Serie N0 1792223, cobrado el día 30 de agosto de 2004, por la suma de $586.603, en la sucursal Banco del Estado, Plaza Muñoz Gamero NI 799 de esta ciudad, por Ricardo Mora Jaramillo.

35. Cheque Serie N0 1792285, cobrado el día 14 de septiembre de 2004, por la suma de $786.603, en la sucursal de Banco del Estado, 18 de Septiembre, Martínez de Aldunate 1406 de esta ciudad, por Ricardo Mora Jaramillo.

36. Cheque Serie N0 0249857, cobrado el día 28 de septiembre de 2004, por la suma de $786.603, en la sucursal Banco del Estado, Plaza Muñoz Gamero N0 799 de esta ciudad, por Ricardo Mora Jaramillo.

37. Cheque Serie N0 0249731, cobrado el día 11 de noviembre de 2004, por la suma de $788.645, en la sucursal de Banco del Estado, 18 de Septiembre, Martínez de Aldunate 1406 de esta ciudad, por Ricardo Mora Jaramillo.

38. Cheque Serie N0 0922256, cobrado el día 03 de diciembre de 2004, por la suma de

$791.654, en la sucursal de Banco del Estado, 18 de Septiembre, Martínez de Aldunate 1406 de esta ciudad, por Ricardo Mora Jaramillo.

39. Cheque Serie N0 0922286, cobrado el día 16 de diciembre de 2004, por la suma de $586.655, en la sucursal de Banco del Estado, 18 de Septiembre, Martínez de Aldunate 1406 de esta ciudad, por Ricardo Mora Jaramillo.

40. Cheque Serie N0 1772423, cobrado el día 30 de diciembre de 2004, por la suma de $760.090, en la sucursal de Banco del Estado, 18 de Septiembre, Martínez de Aldunate 1406 de esta ciudad, por Ricardo Mora Jaramillo

41. Cheque Serie N0 1772463, cobrado el día 14 de enero de 2005, por la suma de $586.640, en la sucursal de Banco del Estado, Plaza Muñoz Gamero NI 799 de esta ciudad, por Ricardo Mora Jaramillo.

42. Cheque Serie N0 1982211, cobrado el día 27 de enero de 2005, por la suma de $677.760, en la sucursal de Banco del Estado, 18 de Septiembre, Martínez de Aldunate 1406 de esta ciudad, por Ricardo Mora Jaramillo.

43. Cheque Serie N0 1982210, cobrado el día 28 de enero de 2005, por la suma de $786.610, en la sucursal de Banco del Estado, Plaza Muñoz Gamero N0 799 de esta ciudad, por Ricardo Mora Jaramillo.

44. Cheque Serie N0 1982209, cobrado el día 31 de enero de 2005, por la suma de $735.630, en la sucursal de Banco del Estado, 18 de Septiembre, Martínez de Aldunate 1406 de esta ciudad, por Ricardo Mora Jaramillo.

Se indica por el Ministerio Público, que tales hechos son constitutivos de los delitos reiterados de malversación de caudales públicos, previstos y sancionados en el artículos 233 N° 2 y N° 3 del Código Penal, correspondiendo a 41 delitos sancionados conforme al N° 2 el artículo 233 y a 3 delitos sancionados conforme a lo prevenido en el N° 3 del artículo ya citado.

Asimismo, estos hechos constituyen 44 delitos de uso malicioso de instrumento privado mercantil falso, previsto y sancionado en los artículos 197 y 198 del Código Penal, en relación al artículo 193 N° 1 del mismo cuerpo legal. Agrega el órgano persecutor que en tales hechos le corresponde al imputado, responsabilidad a título de autor, encontrándose los ilícitos además, en grado de desarrollo de consumados, y que a su respecto concurrirían las circunstancias agravantes de los números 7 y 8 del artículo 12 del Código Penal, esto es, cometer el delito con abuso de confianza y prevalerse del carácter público que tenga el culpable. En mérito de lo anterior, las disposiciones legales que indica se solicita que en definitiva se imponga al acusado Ricardo Giovanni Mora Jaramillo, la pena de doce años, ciento ochenta y tres días de presidio mayor en su grado medio, multa de 15 unidades tributarias mensuales, las accesorias legales y las costas de la causa.

TERCERO: Que el Fisco de Chile, en representación del SAG XII Región, presentó querella en contra del imputado Ricardo Giovanni Mora Jaramillo, y posteriormente además formuló acusación particular, por los mismos hechos consignados en la acusación del Ministerio Público, indicando que a su respecto le correspondería participación a título de autor, en los delitos reiterados de malversación de caudales públicos del artículo 233 N° 2 y N° 3 del Código Penal, correspondiendo a 41 delitos sancionados conforme al N° 2 del artículo 233 y a 3 ilícitos del N° 3 del mismo precepto legal ya citado. Se reitera además, que los ilícitos se encuentran en grado de desarrollo de consumado y refiere que como circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, concurriría en la especie, la del número 7° del artículo 12 del Código Penal, y solicita que en virtud de ello se imponga una pena de veinte años y un día de presidio perpetuo, más multa de quince unidades tributarias mensuales, más las accesorias legales y las costas de la causa. Además formula demanda civil en contra del imputado a fin de que sea condenado a pagar la suma de $33.824.107, toda vez que en la especie, se ha causado en el patrimonio de su representado un detrimento de ese monto, habida cuenta de configurarse en la especie, además de un ilícito penal; conforme al artículo 2314 y siguientes, también un delito civil, donde se ha inferido un daño patrimonial ilegítimo al Servicio Agrícola y Ganadero de la XII región de Magallanes, por el que se debe responder, procediendo en consecuencia, el pago a dicho servicio de la suma sustraída. Se solicita

que dicha suma sea reajustada, conforme a la variación que experimente el índice de precios al consumidor, desde el día 16 de diciembre de 2002, hasta el mes que preceda al pago integro de tales dineros o en subsidio al reajuste por los periodos que el tribunal de Juicio Oral en lo Penal determine. Asimismo se solicita que se condena al imputado al pago de los intereses de dichas sumas de dinero, a partir de que la sentencia quede ejecutoriada y hasta el día en que se obtenga el pago integro de dicha suma de dinero o en subsidio el interés por los periodos que el Tribunal se sirva en definitiva determinar.

CUARTO: En su alegato de apertura el Ministerio Público reitera su acusación y pena solicitada. Señala que debe analizarse este caso a la luz de los principios que informan este procedimiento y a la luz de la gran importancia que se le ha dado a este ilícito. Ello por el valor que se le da a la probidad administrativa. combatir un flagelo de la sociedad actual, cada vez mas frecuente. Debe además tenerse en cuenta que nuestra legislación ha ido evolucionando y cuando sanciona estos hechos lo hace con penas de la mayor gravedad. Porqué? Se quiere erradicar toda forma de corrupción. Por otra parte también debe tenerse presente que nuestra legislación también definió lo que es la probidad de un funcionario público, es una conducta intachable y pone énfasis en el interés público sobre el particular. Dice que estos delitos ocasionaron un gran perjuicio ya que los fondos se ocupaban en personas que requieren ayuda, como el pago de bonificaciones, esto implicó una merma de estos recursos.

QUINTO: El Fisco de Chile en representación del Servicio Agrícola y Ganadero señala que la víctima no está presente y ello porque somos todos los chilenos. Debe hacerse presente que estos 15 millones de habitantes depositaron en el acusado la confianza para que administrara fondos. El imputado en su calidad de empelado público a contrata del SAG entre el mes de diciembre de 2002 y enero de 2005 en forma reiterada procedió a sustraer mediante maquinaciones dolosas a sustraer de fondos de la cuenta de operaciones del SAG, para ello utilizaba el mecanismo ya indicado por el Ministerio Público. Los fondos sustraídos no fueron restituidos al SAG. Solicita que el acusado Mora Jaramillo sea condenado en calidad de autor de malversación de caudales públicos en carácter de reiterado. En cuanto a la demanda civil de que da cuenta el auto de apertura la reitera por los mismos fundamentos y monto señalado.

SEXTO: Por su parte la defensa manifestó que la tipicidad de esta figura requiere elementos generales del tipo que en este caso sería de defraudación que podría dar lugar a estafa, apropiación indebida, malversación, uso indebido de documentos, falsificaciones. Pero además se requiere elementos normativos o especiales del tipo que permite considerar el concurso aparente de leyes penales. Este se produce cuando una situación de hecho puede ser encuadrada, subsumida, aplicada a dos o mas delitos, para distinguir cual es la figura aplicable, la ley nos entrega dos principios: non bis in idem y los principios de especialidad, subsidiaridad y alternatividad. Los elementos especiales del tipo malversación son dos: 1) que la persona que comete el delito sea un funcionario público; y 2) que los recursos malversados hayan estado a su cargo en virtud de su actividad pública. Dice que su defendido no tenía a su cargo fondos fiscales. No se cumple con este elemento del tipo. El SAG en Punta Arenas se organiza sobre la base de un Director Regional, a quien le entrega el manejo de los recursos. Después del señor director regional viene la encargada de administración y finanzas que era la señora Patricia Flores. Además de eso en la misma organización está Jaime Briones primer subrogante del Director, después Hernán Aguilar que es el Tesorero, que es el encargado de confeccionar los cheques, de su custodia girar y anular cheque, jorge Gallardo que es el tesorero Subrogante y además hay un segundo director Subrogante que es el señor Aguilar. Después a un segundo jefe subrogante. Hasta aquí no aparece el señor Mora Jaramillo como el encargado de administrar los recursos del SAG. Señala que su defendido es un funcionario a contrata grado 20. Hay un ardid o engaño pero no una malversación. Dice que su representado cometió una estafa, un uso malicioso pero no malversó caudales públicos. Se pregunta el abogado defensor donde está la plata? en el bolsillo de su ex mujer y de un abogado de la plaza que tramitó la causa de tuición de los hijos del acusado. Por último se señala que de ser con-

denado lo sea por el delito de estafa o uso malicioso, se le reconozca las atenuantes de irreprochable conducta anterior, colaboración sustancial, y reparación celosa del mal causado. En la clausura reitera que sea condenado por el delito continuado de uso malicioso de instrumento privado mercantil falso.

I. EN CUANTO A LA ACCIÓN PENAL.

SÉPTIMO: Que el Ministerio Público rindió prueba, la que se analiza a continuación y se valora con entera libertad conforme lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal:

Declaración del Director Regional del SAG Carlos Ernesto Rowland Ovando. Se refiere a la organización del servicio. En cuanto a la unidad de finanzas, dice que le corresponder llevar las cuentas de la institución, contabilidad de los bienes y servicios, pago de facturas, cuentas institucionales. De esta unidad la encargada regional es Patricia Flores, cuenta la unidad con dos contadores generales entre los cuales estaba el señor Mora Jaramillo y un tesorero. La funciones de la jefa es supervisar el buen desempeño de la unidad en la Región. El jefe de la unidad tiene funcionarios de apoyo y delega funciones y es en virtud de esta delegación que asume Mora Jaramillo. Indica que hay un elemento de confianza y asumen que cuenta con la calidad moral para tales funciones. Se le asignó a Mora la conciliación bancaria. El acusado tenía además la calidad de subrogante, era la segunda firma autorizada a contar del año 2002, eso se formalizó ante el Banco del Estado y también ante la Contraloría. Tenía por tanto la facultad para girar desde el 1 de octubre de 2002. Se enteró de lo ocurrido el día 2 de febrero, Patricia Flores le da cuenta de cinco cheques anulados por Mora, situación que califica de irregular. A requerimiento suyo se efectuaron las consultas al Banco el que informó que tres cheques habían sido cobrados por Mora, otros se le había falsificado la firma a su subrogante señor Briones. Después se constató que sobre 40 cheques estaban en esta situación, desde octubre de 2002, por una suma total de sobre 39 millones de pesos, dinero no ha sido recuperado. Se inició un sumario administrativo el 4 de febrero, luego fue tomado por la Contraloría. Se dispuso la destitución de Mora. La calidad en el servicio era administrativo a contrata, o sea su contrato se renueva anualmente. Reconoce al acusado. Aclara que señor Mora no debió haber firmado cheque. Quien debía girar y anular cheque era el Tesorero. El señor Mora tenía fianza de fidelidad funcionaria.

Dichos de la encargada de administración, finanzas y de recursos humanos del SAG en la región Patricia Soledad Flores Marín. Señala que dentro de cada sección hay delegación de funciones. Que desde el año 2002 Ricardo Mora Jaramillo era el contador encargado de la contabilidad además subrogante de ella, tenía a su cargo el balance y estados financieros, análisis de cuenta y conciliaciones bancarias. Aparte de estas funciones era analista de viáticos y el encargado de contabilizar los ingresos propios que recaudaba el servicio. Para esta última función aparte de los libros contable y en caso de incongruencia se puede requerir la chequera. Podía requerir en cualquier momento la chequera ya que estaba entre las funciones que le había delegado. La custodia de la chequera cuando no la tenía Mora le correspondía al Tesorero señor Aguilar. Las firmas titulares autorizadas para girar cheques son las del director el señor Rowland, y la de ella, como primera y segunda firma. Después vienen los suplentes son los subrogantes de la dirección regional el señor Briones Becerra y Cesar Dalmazo; y los suplentes el encargado de administración y finazas, que en ese momento era Ricardo Mora Jaramillo. Se enteró que algo irregular porque fue informada que en la chequera se había anulado cinco cheques y no estaban en la caja. Jorge Gallardo le dijo que días previos le había pasado la chequera a Mora para efectuar la conciliación bancaria, Gallardo no podía negárselo, porque para realizar la conciliación tenía que verificar si coincidía los montos con los que aparecían en la cartola bancaria. Después se la devolvió y cuando quiso hacer la rendición de caja para entregársela al titular se percató que habían cinco cheques nulos, con la letra de Ricardo, presumió que lo había sacado para efectuar la conciliación bancaria. Jorge trató de ubicar a Ricardo, éste le dijo que los cheques estaban en el libro de la conciliación bancaria, pero no aparecieron. El Banco informó que tres de los cinco cheques estaban cobrados por Ricardo Mora Jaramillo. En el banco constató que los cheques tenían dos firmas una de Ricardo Mora y la otra similar a la de Brio-

nes. A los dos cheques restantes le dieron orden de no pago, luego hicieron la denuncia correspondiente. Mora era funcionario a contrata Grado 20 de la planta técnica. Agrega que revisaron para atrás hasta el 2002 en total giró 44 cheques el señor Mora, aproximadamente dos o tres cheques, por cada mes, cada año fueron 19. La operatoria era anular los cheques. En la mayoría de los casos lo cobró Mora, otros por su señora y otros por una persona que no recuerda su nombre. No se restituyó ese dinero, eso le consta porque se efectuaron auditoria. Todos los cheques se sacaron de la cuenta de operaciones, que es la que tienen un mayor movimiento. La conciliación se hacía una vez al mes. El señor Mora tenía firma autorizada para las cuatro cuentas corrientes. Si no hubiera estado autorizada no se le paga estos cheques. Reconoce al acusado.

Testimonio del Jefe del laboratorio y subrogante del Director Regional del SAG Jaime Briones Becerra. Indica que el SAG tiene cuatro cuentas corrientes Contra esas cuentas normalmente firma los cheques el director y jefe de finanzas. El subrogante también está autorizado para firmar cheques. El señor Ricardo Mora era subrogante de la encargada de Finanzas señora Patricia Flores. El talonario de cheques lo maneja el tesorero, pero para hacer las conciliaciones el contador también los pedía. Entiende que lo sucedido se descubrió por unos cheques anulados. Patricia Flores le mostró copias de los cheques. Todos los cheques eran de 24 de enero, cuando el no estaba de subrogante. Se le exhibe el cheque 211 de 24 de enero de 2005 por $677.760, la firma del costado derecho es similar a la suya, la otra firma cree que es de Mora Jaramillo, ese mes nunca estuvo de subrogante. Se le exhibe el cheque 210, no reconoce como suya la firma que aparece estampada. Tuvo conocimiento de unos cuarenta cheques con problemas, supo que el monto aproximado de los cheques era de 30 millones de pesos.

Aseveraciones de Jorge Gallardo Oyarzún. Administrativo del SAG, adscrito a la unidad de finanzas. cuya jefa es Patricia Flores y subrogante era Ricardo Mora, que era el encargado contable. En la época en que se descubrieron los hechos en enero de 2005 él custodiaba los cheques ya que estaba subrogando al tesorero titular Hernán Aguilar, ello fue por el lapso comprendido entre 17 al 28 de enero de 2005. Respecto de los talonarios lo solicitaba la jefatura titular o subrogante, a ellos le correspondía custodiarlo cuando lo tenían en su poder. El señor Mora le solicitó el talonario, no se lo podía negar. Cuando le devolvió la chequera comenzó a poner al día el libro, observó que se habían anulados cheques pero físicamente estos cheques no estaban. Esto le llamó la atención, se comunicó de inmediato con la señora Patricia Flores, trataron de contactarse con él. En la noche lo llamó Mora y le dijo que los cheques estaban en el archivo de conciliaciones, pero al revisar al día siguiente no los encontró. Ese día tampoco llegó el señor Mora a trabajar. Así que la sra. Flores llamó al banco, informándosele que tres cheques que aparecían nulos habían sido cobrados indicándole las fechas de su cobro. Se dio orden de no pago de los otros dos cheques. Vio en el banco las fotocopias de los cheques, aparecía la firma del acusado. La otra firma era imitación de la del señor Briones. Después le correspondió recabar antecedentes de años anteriores, comenzando a aparecer otros cheques cobrados por Mora. Habían cheques uno por mes, otras dos o tres veces por mes, el monto de aquellos eran por $600.000 o $700.000, algunos a nombre además de su señora y de otra persona. Entiende que Mora no ha restituido el dinero. El tesorero regional manejaba el archivador de cheques nulos. El total aproximado de lo sustraído es de 38 o 39 millones, y corresponden a 43 cheques.

Afirmaciones de Hernán Alberto Aguilar Uribe. Tesorero y recaudador de ingresos propios del SAG. Indica que Mora es del área técnica. Está autorizado para girar cheques fiscales. señala que a él como Tesorero le correspondía confeccionar los cheques. La custodia de los talonarios le correspondía a él y en su ausencia a su subrogante. Cuando Mora lo solicitaba para las conciliaciones, a él le correspondía su resguardo, lo solicitaba Mora por lo menos una vez al mes. Los cheques eran firmados por la titular señora Patricia Flores y en su ausencia por el subrogante señor Mora. Cuando Mora pedía los cheques lo tenía en su poder medio día o un día, el necesario para efectuar las conciliaciones. Nadie mas que estas dos personas tenía las faculta-

des para firmar, aparte obviamente del Director. El señor Mora tenía poder para firmar cheque desde el momento que lo nombraron subrogante de la jefa de unidad de administración y finanzas, ello fue en octubre o noviembre de 2002. Señala que cuando se reintegró a sus funciones el señor Gallardo le hizo entrega de las recaudaciones y pagos que efectuó durante su ausencia y supo del problema de los cheques materia de este juicio. Los cheques que él anulaba los guardaba. Los que anulaba Mora no sabía que pasaba porque él era su superior. No puede negarse a entregar talonarios a un superior.

OCTAVO: Los dichos de los cinco testigos cuyos asertos han sido extractados en el considerando anterior, provienen de personas vinculadas al Servicio Agrícola y Ganadero y por lo tanto relatan cono pleno conocimiento acerca de la organización del Servicio, de sus distintas unidades, personal adscrito a cada una de ellas y funciones que le correspondió desempeñar a Mora Jaramillo. Todos ellos coinciden en forma clara, precisa y detallada que el acusado era empleado a contrata del SAG, por lo tanto un funcionario público. Que él era el contador general del servicio, subrogante de la Jefa de Unidad de Finanzas, facultado para girar cheque, tenía por tanto registrada su firma en el BancoEstado. Era además el encargado de efectuar las conciliaciones bancarias, y para el cumplimiento de esta función solicitaba los talonarios de cheques, el que no podía negárselo. El testigo Gallardo fue quien advirtió cuando Mora Jaramillo le hizo entrega de la chequera, que se habían anulados cinco cheques, pero que físicamente no estaban en el talonario respectivo. Situación de la que dio cuenta a la jefa de la Unidad de Fianzas, procediendo luego a efectuar las consultas al Banco, descubriéndose el cobro de tres cheques anulados. Situación de la que se enteró el testigo señor Rowland y que además tomaron conocimiento los otros declarante.

NOVENO: Que la calidad de funcionario público atribuida al acusado Ricardo Mora Jaramillo por los testigos referidos en el considerando anterior se acredita además con los siguientes documentos: 1) copia de la resolución Nº 33 de 10 de marzo de 2000 por medio de la cual se nombra a Ricardo Mora Jaramillo como técnico grado 20 a contrata en el Servicio Agrícola y Ganadero. 2) Copia de las resoluciones de prorroga de contrato de Mora Jaramillo: Nºs 3.083 de 30 de Noviembre de 2000, que aún cuando en el auto de apertura se señala que corresponde al año 2002, quedó en evidencia al incorporarse el documento respectivo que se trata de un error de copia; 2.980 de 30 de noviembre de 2001; 3.700 de 28 de noviembre de 2002; 3493 de 27 de noviembre de 2003; 4.730 de 29 de noviembre de 2004 3) Copia de las liquidaciones de sueldo por el periodo comprendido entre enero de 2002 a Febrero de 2005. 4) Oficio 00759, de fecha 12 de abril de 2005, de la Contraloría Regional, que informa que Mora Jaramillo tiene la calidad de funcionario a contrata, asimilado al grado 20 de la planta técnica del Servicio Agrícola y Ganadero, cargo que desempeña desde el año 2000, designación que fue prorrogada año a año hasta el 2004.

Que por otra parte la facultad que tenía Mora Jaramillo de girar cheque en calidad de subrogante de la Jefa de Unidad de Finanzas del SAG a que se han referido los testigos cuyas aseveraciones aparecen transcrita en el motivo séptimo, aparece corroborada con los siguientes documentos: a) Oficio 1.715 de fecha 12 de septiembre de 2002 de la Contraloría Regional de Magallanes y Antártica Chilena, que autoriza firmas para cuentas corrientes operaciones, remuneraciones, ingresos propios y bienestar, señalándose entre las firmas suplentes la de Ricardo Mora Jaramillo. b) fotocopia del registro de firmas autorizadas en el BancoEstado para girar cheque contra las cuentas del SAG, de fechas 8 de octubre de 2002, en ellas figura la del acusado. c) Informe de cuenta corriente subsidiaria del BancoEstado, se autorizó para seguir administrando las cuentas fiscales a los titulares y suplentes que indica, entre estos últimos figura Mora Jaramillo.

Los dichos de los testigos ya referidos en cuanto a que el acusado habría cobrado tres cheques anulados por él, se corrobora con el informe del BancoEstado de fecha 11 de febrero de 2005, en el se señala que los cheques Nºs 1982211, 1982210,1982209, fueron cobrados por Ricardo Mora Jaramillo en Punta arenas con fechas 27, 28 y 31 de enero de 2005, respectivamente.

DÉCIMO: El Ministerio Público además rindió prueba pericial consistente en:

Declaración del perito documental de la policía de Investigaciones de Chile Antonio Blaskovic Gaete. Le correspondió elaborar dos informes periciales. El primero es el 011, debía establecer si las firmas giradoras puestas en tres cheques dubitados eran autenticas o no y si la firma de cancelación estampada en dos de estos tres cheques y dígitos del reverso fueron trazados por Ricardo Mora Jaramillo y si el timbraje estampados en dichos documentos eran o no auténticos del SAG. Los cheques dubitados eran tres del BancoEstado cuenta única fiscal 91909070517 del Servicio Agrícola y Ganadero de Magallanes, correspondientes a las series 1982 Nºs 209,210 y 211 de enero de 2005, cuyos montos están consignados en el informe, y que están sobre seiscientos o setecientos mil pesos. Tomó pruebas caligráficas a seis personas del SAG, de igual forma el SAG le proporcionó muestras de timbrajes y ocho documentos donde están las firmas, grafías y números de Mora Jaramillo. Como se trata de cheques fiscales constan de dos firmas giradoras, para lo cual se abocó a establecer la autenticidad o falsedad de las firmas de giro del lado derecho de los tres cheques dubitados, cotejándolas con las firmas propias de Jaime Briones Becerra que en su calidad de sub director del SAG era el autorizado para firmar en esta cuenta, observando parecido de orden general, pero constató discrepancias en la cualidad del trazado, matices de presión, velocidad de factura, puntos precisos de inicio y término de los signos y construcción de sus elementos componentes. Como primera conclusión pudo establecer que la firma de giro de los cheques indicados, del lado derecho son firmas falsas producto de una imitación de las firmas propias de Jaime Briones Becerra. Luego comparó la firma de giro del lado izquierdo de los tres cheques dubitados y firma de cancelación puestas en dos de los tres cheques que corresponden a las serie 1982 209 y 211 estas firmas las comparó con las propias de Mora Jaramillo, encontró interesantes analogías caligráficas. Como conclusión estableció que las firmas de giro de dichos cheques tanto del lado izquierdo como de cancelación de dos de los tres cheques que corresponden a las series 1982 Nºs 209 y 211 corresponden a firmas genuinas de Ricardo Mora Jaramillo. Luego como dos de los tres cheques tenían al reverso dígitos de una cédula de identidad que corresponde a la cédula 12.711.008-5 al compararlo con los dígitos propios de Mora Jaramillo advirtió semejanzas. Como tercera conclusión pudo establecer que los dígitos del reverso de dos de los cheques que corresponden a la cédula de identidad de Mora Jaramillo fueron confeccionadas por esta persona. Como se estableció que las firmas de giro del lado derecho eran falsas pericialmente hay que buscar a su autor, en consecuencias esas firmas del lado derecho procedió a compararlas con las firmas trazadas por Mora Jaramillo, advirtió semejanzas de orden general y particular, Mora Jaramillo las traza libre y espontáneamente. Pudo establecer que las firmas falsas de giro que están en el lado derecho fueron confeccionada por Mora Jaramillo. Finalmente los sellos y timbrajes los comparó con las muestras proporcionadas por el SAG, pudo establecer similitud en su formato, diámetro, leyendas interiores y advirtió peculiaridades identificatorias que son el diseño de ciertas letras, el grosor de los perfiles y descarga de tinta, esto le permitió establecer que los sellos o timbrajes estampados en los tres cheques son timbrajes genuinos del SAG. Posteriormente elaboró un segundo informe el 018, debía establecer la autenticidad o falsedad de las firmas giradoras puestas en 15 cheques de la cuenta única fiscal del SAG. Y si la firma de cancelación puestas en los cheques y dígitos del reverso que aluden a la cédula de identidad de Mora Jaramillo fueron o no confeccionadas por esta persona. En el primer punto se abocó a establecer si las firmas de giro del lado derecho eran auténticas, las comparó con la de la persona autorizada para firmar en el SAG que es el señor Briones Becerra Sub director del Servicio, encontró semejanzas pero en el detalle advirtió discrepancias, cualidad del trazado, matices de presión, velocidad de factura, nexos y construcción particular de sus elementos componentes pudiendo concluir que las firmas de giro de los 15 cheques del lado derecho son falsas producto de una imitación de la firma propia de Jaime Briones Becerra. En cuanto a las firmas del lado izquierdo y de cancelación puestas en los 15 cheques, con excepción de los cheques de

la serie 536 y 597 que están a nombre de otra persona Ema Álvarez Herrera. Dichas firmas las comparó con las propias de Mora Jaramillo encontrando afinidades caligráficas tanto de orden general como particular. Por lo que concluye que la totalidad de las firmas del lado izquierdo y las de cancelación de 13 cheques son firmas genuinas de Mora Jaramillo. En cuanto a las firmas de cancelación de los dos cheques que excepcionó, y como no tuvo en ese momento firmas genuinas de esa persona procedió a compararlas con las propias de Mora Jaramillo, advirtió afinidades caligráficas en aspectos morfológicos, naturaleza de la línea, presión escriturarias. Pudo establecer que la firma de cancelación proceden de la mano de Mora Jaramillo. En el reverso de los cheques se encuentra una cédula de identidad, 12.711.008-5 la comparó con las grafías de Mora, en dichas comparaciones observó analogías, pudo establecer que los dígitos del reverso con excepción de los cheques de las series 536 y 539 que tenían otro número de cédula fueron confeccionado por Mora Jaramillo. Luego se abocó a establecer autoría, para lo cual procedió a comparar dichas firmas con las trazadas por Mora Jaramillo, observando concordancias, destacando ciertos nexos que son particulares de las firmas que hace Mora Jaramillo, pudiendo concluir que las firmas que traza en su prueba caligráfica son semejantes a la firma de giro de los cheques dubitados del lado derecho, mas que las firmas propias del titular de Briones Becerra. Estas firmas que resultaron ser falsas por imitación que se encuentran en el lado derecho de los 15 cheques fueron confeccionadas por Mora Jaramillo. Se descarta a Mora Jaramillo en las anotaciones del reverso de dos cheques 536 y 539 que aluden a una cédula de identidad, que corresponden a la cónyuge del acusado y un número de teléfono. Se le exhiben los cheques periciados y señala el perito que son aquellos a que se ha referido.

Dichos de la perito documental de la Policía de Investigaciones Gianina Galindo Díaz. Se refiere al Informe 047, relativo a 22 cheques de una cuenta única fiscal del SAG 91909070157 del BancoEstado. Siete de estos cheques están manuscritos, el resto sus llenos son realizados en sistema computacional. Tuvo a la vista pruebas caligráficas, realizó comparaciones con las firma de giro, de cancelación, dígito al reverso, llenos de los documentos, con las escrituras genuinas de las personas cuyas muestras se obtuvieron. Las conclusiones son las siguientes: En cuanto a las firmas de giro de los 22 cheques estampadas en el costado derecho comparadas con las firmas genuinas de Briones Becerra, en un principio se apreciaron parecidos morfológicos, luego se encontraron diferencias en cuanto al recorrido de la línea, inicio y término de los trazos, altura media proporcional de las gramas, por lo que concluye que las firmas son falsas. Las firmas del costado izquierdo donde firma Mora Jaramillo, mas dos firmas de cancelación se aprecian parecidos, todo esto lleva al resultado que dichas firmas son genuinas de Mora Jaramillo. Con respecto a las firmas falsas del costado derecho al compararlas con las que realizó el imputado en su prueba caligráfica se apreciaron parecidos, todos los trazos fueron realizados en forma espontáneas proceden de la mano de Mora Jaramillo. En cuanto al lleno de los siete cheques que fueron realizados en forma manuscrita, hay parecidos, todas proceden de la mano de Mora Jaramillo. En cuanto a los dígitos del reverso de los cheques correspondiente al RUT de Ema Álvarez al compararlos con los dígitos que realiza en su prueba caligráfica corresponde también de la mano de Mora Jaramillo. En cuanto a los cheques que están a nombre de Juan Sepúlveda Avendaño esto no se ha podido realizar porque no se han obtenido pruebas caligráficas. La firmas de cancelación también se requiere prueba de Ema Álvarez. El otro peritaje que es el 067 de 27 de septiembre, se incorporan otros cuatro cheques se pide establecer la participación caligráfica de Ema Álvarez. De estos cuatro cheques, uno corresponde al año 2005, otro al año 2003 y dos son del año 2002, dos de estos cheques tienen lleno manuscritos y dos están impresos en computador. Al realizar las comparaciones de las firmas de giro del lado derecho con las firmas del señor Briones Becerra se encuentran parecidos, luego se encuentran diferencias, concluyendo que son falsas. Las firmas del costado izquierdo comparadas con las firmas genuinas de Mora Jaramillo son genuinas de él también. La firmas falsas detectadas a nombre del señor Becerra proceden de la mano de Mora Jaramillo. En cuanto a las firmas de cancelación de

estos cheques, teniendo en consideración las pruebas caligráficas de Ema Álvarez, se analizaron todos los cheques concluyendo que estas firmas de cancelación corresponden a ella. Las firmas del reverso son realizadas por Mora Jaramillo dos al rut de ella, y otros cheques que los dígitos si corresponden a los que realiza Ema Álvarez. Todos los cheques que están firmados por Ema Álvarez, la firma fue hecha por ella.

Aseveraciones del perito contable de la Policía de Investigaciones Jorge Calisto Menor. Realizó cuatro informes, el 19, 23, 28 y 34, en ellos describió los documentos recibidos: libro banco, cartola bancaria, listado de cheques, libro mayor, póliza de fianza, talonarios de cheques usados, leyes de presupuesto de distintos años. Realizó análisis de comparación con los egresos emitidos, análisis de chequera electrónica, libreta de ahorros del imputado. Del análisis realizado determinó que habían cheques girados pero no estaban en la contabilidad, es decir, no estaban respaldado por ningún documento y al revisar el sistema estos cheques no entregaban información porque estaban nulos, pero en la cartola figuraban cobrados. En esta situación estaban 44 cheques por la suma de $ 33.824.107, abarcaban el periodo diciembre 2002 a enero de 2005. Señala que la cartola bancaria, la cotejó con el libro banco, cuenta operaciones del SAG. De las cartola al cotejarla con el libro banco y al revisar los fines de mes el certificado con la conciliación habían cheques cobrados que no estaban consignados en el libro ni el sistema había un descuadre que no debía darse. Por un lado en el libro banco estaban nulo pero figuraba cobrados en la cartola. Se estableció que tenían acceso a los talonarios el tesorero el cajero y la persona que hacía la conciliación que era Mora. Hay cheques que no se cobran en el mes y pasan para el mes siguiente como girado y no cobrados, al revisar cheques que fueron girados en un mes determinado estaban registrados con un valor menor en la conciliación, lo cual no es posible por el hecho de que un cheque que se gira debe ir por un valor total y no en forma parcial aun cuando no haya sido cobrado. En el Libro Banco se observó depósitos y giros aumentado en forma ficticia, ello se hacía para cuadrar el libro. Se le exhibe un listado de cheques el que explica: se trata de cheques cobrados por cajas y que no están en la contabilidad del servicio. 19 cobrado por doña Ema, 2 por otra persona y 13 por Mora Jaramillo. Señala que para efectuar las conciliaciones es necesario contar con los talonarios para dilucidar cual es el cheque que comenzó el mes y con cual terminó. Si se hace con el puro libro de banco es difícil constatar si existe alguna irregularidad. De acuerdo a la información estaban cuadrados. Pero al comparar con el certificado y la conciliación salta la diferencia. En cuanto al último informe estableció tres puntos importantes: tuvo acceso a las cuentas de ahorro, giro diferido y chequera electrónica, esta última comienza a girar en Septiembre del 2004, por lo que en los meses anteriores no había mayor movimiento, pero si en la chequera electrónica hay cheques por sumas muy similares especialmente los tres últimos cobrado en enero coinciden la fecha del cheque y el monto, aparece cobrado por caja y a su vez depositado en su chequera electrónica, por un monto aproximado a $4.600.000. Habían gastos en el comercio local. Los fondos del SAG provienen de una ley de presupuesto anual a través del Ministerio de Agricultura. Son fondos públicos. Estableció que había una póliza de fidelidad que es para personas que tienen a su cargo fondos fiscales, cuando se tiene autorización para firmar, se asegura a través del ISE. El perjuicio para el SAG es por el monto de $33.324.000. Explica que la fianza de fidelidad funcionaria existe de julio de 2004, autorizada por Contraloría en septiembre de 2002. la póliza estás fechada desde el 1 julio de 2004. Fue tramitada por Contraloría el 12 de noviembre de 2004, de acuerdo a la constancia que se deja en el informe. La póliza es un acto administrativo, pero puede firmar desde que está autorizado para ello.

DÉCIMO PRIMERO: Los testimonios referidos en el considerando anterior provienen de personas expertas en su ciencia y arte, cuya experticia no fue cuestionada por la defensa, por lo que se le asigna pleno valor probatorio.

Los peritos documentales hacen un relato detallado de las técnicas utilizadas y de las comparaciones caligráficas de las muestras recibidas, lo que le permitió arribar a la conclusión que las firmas de todos los cheques, y que aparecen estampadas en el lado derecho son falsas por

imitación de la firma de Jaime Briones Becerra, Sub director del SAG y que dicha firma proviene de la mano del acusado Mora Jaramillo. Por otra parte los peritos lograron establecer que la firma del lado derecho es la genuina de Mora Jaramillo. También lograron establecer que el lleno de aquellos cheques que aparecen manuscritos provienen de la mano de Mora Jaramillo. Al igual que las firmas de cancelación. Por últimos aquellos cheques a nombre de Ema Álvarez la firma de cancelación corresponde a ella.

Esta prueba está en estrecha relación con la documental incorporada por el Ministerio Público consistente en 44 cheques del Banco Estado de la cuenta única fiscal Nº 91909070517 del Servicio Agrícola y Ganadero, cuyo detalle se efectúa en la acusación. Precisamente en estos documentos recayó la pericia caligráfica efectuada por los peritos señores Blaskovic y Galindo.

Por su parte el perito contable describe las maniobras de que se valía Mora Jaramillo para alterar la contabilidad. En el análisis que efectúa advierte que existen cheques que aparecen nulos en el talonario respectivo pero que en la cartola bancaria se registran cobrados, determinando que cuarenta y cuatro cheques están en esta situación. También detecta cheques que fueron girados en un mes determinado pero estaban registrados con un valor menor en la conciliación. Pudo advertir en el Libro Banco depósitos y giros aumentado en forma ficticia, ello se hacía para cuadrar el libro. Se refiere al monto total de los cheques que se encontraban en esta situación irregular, ascendente a $33.824107.

Los dichos del perito Calisto Menor es posible conectarlos con la documental incorporada por el Ministerio Público, referida a: 1) copia de fianza de fidelidad funcionaria valores fiscales emanada del ISE Chile, Seguros generales, rendida el 1 de julio de 2004 y aceptada por la Contraloría Regional el 12 de noviembre de del mismo año. 2) copia del movimiento de las cuentas del acusado en su chequera electrónica, cuenta de ahorro y cuenta a la vista. 3) Oficio N° 0229 de la Contraloría Regional de fecha 31 de enero de 2006, mediante el cual se informa sobre la vigencia de la póliza de fidelidad funcionaria y sobre autorización de firmas de Mora Jaramillo.

DÉCIMO SEGUNDO: Que para corroborar el cobro del cheques nulos girados a nombre de Ema Álvarez Herrera además de la documental incorporada por el Ministerio Publico consistente en 22 cheques, los que fueron periciados caligráficamente por la perito Gianina Galindo Díaz, el Ministerio Público rindió prueba consistente en los dichos de Claudio Leiro Marambio y Marcelo Millacoy Henríquez, funcionarios de la Policía de Investigaciones. A ellos les correspondió entrevistar a Ema Álvarez, la que les manifestó que dichos documentos habían sido entregados por su cónyuge Mora Jaramillo, quien era contador del SAG y que correspondían al pago de sus remuneraciones o bonos por asignaciones de zona, desconociendo cuando ganaba un funcionario del SAG. y que luego ella entregaba ese dinero a Mora de quien se encontraba separada. Dijo que algunos de estos documentos su lleno era manuscrito y otros en forma computacional. Indicó que la firma para cobrarlo la hacía ella, ella anotaba su cédula de identidad. Se le tomó muestras caligráficas en Temuco. Se enteró que esta situación era ilícita en la entrevista que se le efectuó. Se sorprendió al enterrarse de la situación. En marzo de este año efectuó un cobro en Temuco y la totalidad se lo entregó a su marido, no pudo precisar el monto exacto. El testigo Millacoy agrega que la señora Ema manifestó además que desde que se separó de Mora no cobró mas cheques y que la explicación que le daba por los cheques era que había pasado a la planta y por eso había aumentado su remuneración y zona.

Se valora los dichos de los funcionarios policiales por cuanto estos en cumplimiento de una orden y teniendo en su poder un fax con los documentos en referencia entrevistaron a la cónyuge de Mora Jaramillo, obteniendo importante antecedentes en cuanto a la persona de quien recibe los cheques y forma en que llegan a su poder y la explicación que daba el acusado en cuanto a su procedencia.

El vínculo matrimonial de Ema Álvarez Herrera y Ricardo Mora Jaramillo se acredita con el certificado de matrimonio incorporado por la Fiscalía.

DÉCIMO TERCERO: También resulta útil la prueba del Ministerio público consistente en

los dichos del funcionario de la Policía de Investigaciones Jorge Von Gierke Barassi. Refiere los términos de la denuncia efectuada por Patricia Flores, la entrevista realizada a Jorge Gallardo, al Director Regional del SAG Carlos Rowland y al suplente Jaime Briones. De dichas declaraciones concluye que la principal función de Mora Jaramillo era efectuar la conciliación bancaria, pago a proveedores, y para revisar las conciliaciones solicitaba del tesorero los talonarios de cheques. El testigo además Tomó declaración a Ricardo Mora Jaramillo, éste manifestó que era el encargado de contabilidad en el SAG, sus principales funciones eran: pago a proveedores, llevar libro banco, efectuar conciliaciones, era supervisado por su jefa directa Patricia Flores. Solicitaba al tesorero los talonarios para efectuar los cotejos. Dijo que tenía poder para firmar los cheques, asumía como subrogante en ausencia de Patricia Flores. En cuanto a los cinco últimos cheques dijo que efectivamente había solicitado los talonarios para efectuar la conciliación, extrajo cinco cheque señalando en el talonario que estaban mulos, procedió a llenarlo utilizando un mecanismo computacional, colocó su firma en el costado del jefe de finanzas e imitó la firma del señor Briones porque era mas fácil de imitar y posteriormente cobró por ventanilla. Respecto de los otros cheques efectuó la misma operación en cuanto al llenado y firma y que los dos restantes no lo cobró porque se equivocó en la fecha. Dijo que tenía problemas económicos y problemas de tuición de los hijos con su pareja. Se le consultó respecto de situaciones anteriores a los cinco cheques, dijo que hacía un año estaba realizando la misma operación que parte de ese dinero iba a su cónyuge. Accedió a las pruebas caligráficas. Continua señalando el testigo que habían documentos a nombre de otra persona, (Sepúlveda) que cobró dos cheques. Se trasladó a Temuco para saber si ésta persona tenía una vinculación con Mora o con Ema Álvarez, pudo determinar que era un amigo de infancia de Mora, no fue posible ubicarlo, figuraba con orden de detención por robo del juzgado de Loncoche. En esta parte de la declaración se tiene en consideración el extracto de filiación y antecedentes de Juan Sepúlveda Avendaño incorporado por la Fiscalía, en el que se registra anotaciones prontuariales.

El funcionario policial aporta antecedentes que concuerda con la restante prueba rendida por el órgano persecutor en lo referente a las funciones que cumplía Mora Jaramillo en el SAG, a la forma de operar del acusado para apropiarse de fondos fiscales.

DÉCIMO CUARTO: Que la defensa rindió prueba, tendiente a desacreditar la rendida por el Ministerio Público la que igualmente se analiza y valora con entera libertad conforme lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal:

Testimonio del contador público funcionario de la Contraloría Mateo Geldun Urbina. Se constituyó en el SAG revisó la cuenta operaciones de octubre 2002 a enero 2006, hizo la reconciliación. Había un faltante de dinero en la cuenta operación, no estaba respaldado por documentos. Esos documentos los solicitó y resultó que los había cobrado Mora y su cónyuge. Hizo sumario administrativo y formuló cargos, determinó responsabilidad de Mora, por lo ya dicho. Mora Jaramillo sacaba un cheque del talonario que solicitaba procedía a confeccionar el cheque y lo cobraba, arreglaba la conciliación bancaria ajustando ciertas partidas. Mora procedía de la siguiente forma: en la nómina de cheques girados y no cobrados procedía a modificar un monto y a cuadrar las sumas. Pedía los talonarios para efectuar la conciliación. El imputado intervino solo en estas operaciones, el modus operandi fue siempre el mismo, fueron 28 meses en que actuó esta persona de la misma forma, el perjudicado fue solo uno el SAG. continuamente se utilizaba el mismo procedimiento. No recibió colaboración de Mora. Vio las fotocopias de los cheques anulados.

Que los dichos del testigo de la defensa lejos de desacreditar la prueba rendida por el Ministerio Público viene en reafirmarla. En lo sustancial corrobora los dichos del perito contable Calisto Menor en cuanto al procedimiento utilizado por el acusado Mora Jaramillo para sustraer fondos fiscales. Se refiere al mismo mecanismo ya explicado por ese perito.

DECIMOQUINTO: Que este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, con la prueba relacionada y valorada en los considerandos respectivos, tiene por acreditado mas allá de toda duda razo-

nable que en esta ciudad en fechas precisas y determinadas del período comprendido entre el 16 de diciembre del año 2002 y el mes de enero del año 2005, Ricardo Giovanni Mora Jaramillo, quien detentaba la calidad de empleado público, como funcionario a contrata del Servicio Agrícola y Ganadero XII Región y en razón de sus funciones, tenía a su cargo determinados efectos públicos, con la finalidad de realizar periódicamente las conciliaciones bancarias, y la facultad de disponer de los mismos, por tener autorizada su firma como girador, en el Banco Estado, en su calidad de encargado o jefe subrogante de Finanzas, procedió a sustraer, desde los talonarios de cheques del citado organismo público, correspondientes a la denominada cuenta única fiscal "operaciones" N° 91909070517, diversos cheques, los que posteriormente procedió a suscribir, fingiendo la rúbrica del girador autorizado, Jaime Briones Becerra, Jefe subrogante del servicio, y estampando la propia, como jefe subrogante de finanzas, para luego, llenarlos en sus demás menciones y colocarle el timbre del servicio, cobrándolos en algunas ocasiones personalmente por caja, y en otras oportunidades a través de su cónyuge Ema Álvarez Herrera, o por medio de Juan Sepúlveda Avendaño, en las sucursales del Banco referido en Punta Arenas y Temuco, apropiándose de la suma total de treinta y tres millones ochocientos veinticuatro mil ciento siete ($33.824.107), suma en la que resultó perjudicado el Servicio Agrícola y Ganadero.

Los documentos referidos corresponden a los que se individualizan a continuación: 1.- Nº 170184, por $973.305 cobrado en Punta Arenas el 24 de diciembre de 2002, por Ema Àlvarez Herrera; 2.- N0 1480357, por $436.325 cobrado en esta ciudad el 30 de diciembre de 2002, por Ema Álvarez Herrera. 3.- N0 1870010, por $466.273, cobrado en Punta Arenas el 29 de enero del año 2003 por Ema Álvarez Herrera. 4.- N0 1870011, por $783.576 cobrado en Temuco el el 6 de febrero de 2003 , por Ema Álvarez Herrera. 5.- N0 0671 127, por $683.554, cobrado en Punta Arenas el 08 de abril del año 2003 por Ema Álvarez Herrera. 6.- N0 0775035, por $683.716, cobrado en Punta Arenas el 05 de $783.546 mayo del año 2003 por Ema Álvarez Herrera. 7.- N0 0775062, por $783.546 cobrado en Punta Arenas el 20 de mayo del año 2003 por Ema Álvarez Herrera. 8.- N0 0974393, por $486.573 cobrado en esta ciudad el 28 de mayo de 2003, por Juan Luis Sepúlveda Avendaño. 9.- N0 1409728, por $592.830 cobrado en Punta Arenas el 12 de junio de 2003, por Juan Luis Sepúlveda Avendaño. 10.- N0 1592813 por $783.575, cobrado en esta ciudad el 30 de junio de 2003, por Ema Álvarez Herrera. 11.- N0 1592891 por $586.352, cobrado en Punta Arenas el 14 de julio de 2003, por Ema Álvarez Herrera. 12.- N0 0097841, por $596.433 cobrado en esta ciudad el 04 de agosto de 2003, por Ema Álvarez Herrera. 13.- N0 0229961 por $783.236, cobrado en Punta Arenas el 28 de agosto de 2003, por Ema Álvarez Herrera. 14.- N0 0230126 por $1.022.849, cobrado en Punta Arenas el día 11 de septiembre de 2003, por Ema Álvarez Herrera. 15.- N0 0230275 por $584.962, cobrado en Punta Arenas el día 09 de octubre de 2003, por Ema Álvarez Herrera. 16.- N0 0230288 por $1.436.854. cobrado en Punta Arenas el 28 de octubre de 2003, por Ema Álvarez Herrera. 17.- Nº 0373085, por $1.763.146, cobrado en esta ciudad el 28 de octubre de 2003, por Ema Álvarez Herrera. 18.- N0 0373152 por $784.592, cobrado en esta ciudad el 11 de noviembre de 2003, por Ema Álvarez Herrera. 19.- N0 0373161 por $ 1.364.370, cobrado en Punta Arenas el 14 de noviembre de 2003, por Ema Álvarez Herrera. 20.- N0 0373162 por $785.630, cobrado en Punta Arenas el 14 de noviembre de 2003, por Ema Álvarez Herrera. 21.- N0 1117601 por $668.130, cobrado en esta ciudad el 25 de noviembre de 2003, por Ema Álvarez Herrera. 22.- N0 1490519 por $683.560, cobrado en Punta Arenas el 08 de enero de 2004, por Ema Álvarez Herrera. 23.- N0 1490534 por $876.365, cobrado en esta ciudad el día 15 de enero de 2004, por Ema Álvarez Herrera. 24.- N0 1490536 por $785.630, cobrado en Punta arenas el 05 de febrero de 2004, por Ema Álvarez Herrera. 25.- N0 1828597 por $843.695, cobrado Punta Arenas el 04 de marzo de 2004, por Ema Álvarez Herrera. 26.- N00287698 por $783.915, cobrado en Punta Arenas el 02 de abril de 2004, por Ricardo Mora Jaramillo. 27.- N0 0670302 por $675.907, cobrado en Punta Arenas el 29 de abril de 2004, por Ricardo Mora Jaramillo. 28.- N0 1195417 por $768.355, cobrado en Punta Arenas el 02 de junio de 2004, por Ricardo Mora Jaramillo. 29.- N0 1195463 por $668.355,

cobrado en Punta Arenas el 14 de junio de 2004, por Ricardo Mora Jaramillo. 30.- N0 195549 por $455.196, cobrado en esta ciudad el 25 de junio de 2004, por Ricardo Mora Jaramillo. 31.- N0 1369705 por $786.603, cobrado en Punta Arenas el 02 de julio de 2004, por Ricardo Mora Jaramillo. 32.- N0 1369889 por $786.603, cobrado en Punta Arenas el día 08 de agosto de 2004, por Ricardo Mora Jaramillo. 33.- N0 1792141 por $786.603, cobrado en Punta Arenas el 18 de agosto de 2004, por Ricardo Mora Jaramillo. 34.- N0 1792223 por $586.603, cobrado en Punta Arenas el 30 de agosto de 2004, por Ricardo Mora Jaramillo. 35.- N0 1792285 por $786.603, cobrado en esta ciudad el 14 de septiembre de 2004, por Ricardo Mora Jaramillo. 36.- N0 0249857 por $786.603, cobrado en Punta Arenas el 28 de septiembre de 2004, por Ricardo Mora Jaramillo. 37.- N0 0249731 por $788.645, cobrado en esta ciudad el 11 de noviembre de 2004, por Ricardo Mora Jaramillo. 38.- N0 0922256 por $791.654, cobrado en Punta Arenas el 03 de diciembre de 2004, por Ricardo Mora Jaramillo. 39.- N0 0922286 por $586.655, cobrado en Punta Arenas el 16 de diciembre de 2004, por Ricardo Mora Jaramillo. 40.- N0 1772423 por $760.090, cobrado en esta ciudad el 30 de diciembre de 2004, por Ricardo Mora Jaramillo. 41.- N0 1772463 por $586.640, cobrado en Punta Arenas el 14 de enero de 2005, por Ricardo Mora Jaramillo. 42.- N01982211 por $677.760, cobrado el en esta ciudad el 27 de enero de 2005, por Ricardo Mora Jaramillo. 43.-N0 1982210 por $786.610, cobrado en esta ciudad el 28 de enero de 2005, por Ricardo Mora Jaramillo. 44.-N0 1982209 por $735.630, cobrado en Punta Arenas el 31 de enero de 2005, por Ricardo Mora Jaramillo.

DÉCIMO SEXTO: Los hechos establecidos en el considerando precedente configuran los delitos de malversación de caudales públicos descritos y sancionados en el artículo 233 Nº2 y 3 del Código Penal, por cuanto Ricardo Giovanni Mora Jaramillo, quien tenia la calidad de funcionario público, con poder para firmar cheques fiscales y con facultad de subrogar a la Jefa de la Unidad de Finanzas del Servicio Agrícola y Ganadero, procedió a substraer caudales o efectos públicos que tenía a su cargo. Para ello solicitaba al tiempo que debía hacer la conciliación bancaria los talonarios de cheques, quedando en su poder bajo su resguardo y custodia. Luego en los distintos periodos en que efectuaba la conciliación, desprendía hojas del talonario, fingía o imitaba la firma del jefe Subrogante del Director Regional del SAG y procedía a estampar su propia firma en dichos documentos, en total 44 cheques, los que giraba algunos a su nombre, otros a nombre de su cónyuge Ema Álvarez Herrera y dos de estos cheques a nombre de Juan Luis Sepúlveda Avendaño, siendo posteriormente cobrados por estas personas en la ciudad de Punta Arenas y Temuco. Los documentos referidos eran girados y cobrados en fechas precisas y determinadas durante el periodo comprendido entre el 16 de Diciembre de 2002 y Enero de 2005, configurándose por tanto delitos reiterados de malversación de caudales públicos, por cuanto se trató de repetición de actos separados en el tiempo, pudiendo precisarse el número de tales actos y sus fechas exactas de comisión.

DÉCIMO SÉPTIMO: Como lo sostiene José Luis Guzmán Dálbora en su obra Estudios y Defensas Penales malversación proviene del latín male versari: invertir mal. Denota siempre la inversión ilícita, esto es, el empleo indebido a través de actos de apropiación o alteración de bienes públicos o equiparados a ellos, por parte de quien los tiene a su cargo en virtud de una específica función también pública. El fundamento de la malversación descansa en el exigencia de establecer mediante la pena, una garantía redoblada a que la gestión e inversión de los recursos económicos con que cuenta el aparto público en su conjunto para satisfacer las funciones de interés colectivo que le comete el ordenamiento, discurra por los cauces que este predetermina y no sufra ataques desde el interior de la administración, o sea, por quienes precisamente son los llamados a invertirlos o lo tienen a su cargo. El Estado que no tiene ojos ni manos, actúa a través de sus órganos, que son también sus instrumentos, o lo que es igual, sus funcionarios, y en la gestión de sus medios económicos ha de depositar obligadamente confianza en las personas que designa para tal propósito, confianza de la que abusa el malversador, que tuerce la voluntad estatal y supedita el manejo de dichos bienes a propósitos ajenos a los que quiere el derecho.

Asimismo sostiene el autor antes referido que no cualquier servidor público entra en el tipo del injusto, sino que aquel que según los casos, tiene a su cargo, administre, custodie o sea tenedor de los bienes que malversa, pues solo entonces son lesionados los especiales deberes del oficio. Y es precisamente lo que ocurrió en el caso que motiva este fallo, pues Mora Jaramillo incurrió en la conducta descrita precisamente cuando tenía a su cargo la custodia de los talonarios de cheque correspondiente a la cuenta única fiscal denominada "operaciones" del Servicio Agrícola y Ganadero y respecto de la cual tenía poder para firmar los documentos respectivo en su calidad de subrogante de la Jefa de Finanzas. Era precisamente en virtud de esta función y de la labor que desempeñaba en el servicio, cual es contador general encargado de la contabilidad del SAG con poder de firma que surgía la facultad de tenencia y custodía de caudales públicos. No interesa que en ese momento por encontrarse los titulares en ejercicio no haya podido firmar cheques, porque justamente en virtud del cargo que ostentaba pudo obtener los talonarios de cheques, falsificar una de las firma autorizadas y estampar su propia firma en ellos y posteriormente cobrarlos personalmente o a través de su cónyuge y de otro sujeto.

Según el mismo autor ya citado la doctrina chilena concuerda en que el sujeto debe tener las cosas "precisamente en razón de sus funciones". La tenencia debe ser lícita, su base podrá ser la ley, el reglamento, la resolución e incluso la costumbre administrativos.

DÉCIMO OCTAVO: Que como quedó establecido los hechos descritos en el considerando décimo quinto configuran el delito de malversación de caudales públicos, siendo la falsificación y el uso de instrumento privado mercantil falso el medio para cometer el ilícito referido. De este modo se produce la unificación jurídica, esto es, la absorción en la figura de la malversación de caudales públicos del artículo 233 del Código Penal, aplicándose el artículo 75 inciso primero en su parte final del mismo cuerpo legal.

DÉCIMO NOVENO: Que la participación del acusado en los hechos establecidos en motivo décimo quinto se encuentra plenamente acreditada con las siguientes probanzas: a) dichos de los funcionarios del SAG Carlos Rowland Ovando, Patricia Flores Marín, Jorge Gallardo Oyarzún, Jaime Briones Becerra, Hernán Aguilar Uribe, todos ellos concuerdan en que Ricardo Mora Jaramillo era el encargado de la contabilidad general, le correspondía subrogar a la Jefa de Unidad de Finanzas, tenía autorizada su firma en el Banco-Estado para girar cheque, solicitaba los talonarios de cheque para efectuar la conciliación, cuando ello ocurría era el encargado de su custodia. La declaración del testigo Gallardo quien reconoce haberle entregado a Mora Jaramillo el talonario de cheque para la conciliación y que cuando se lo devolvió advirtió que habían cinco cheques nulos y que no se encontraban físicamente. b) Declaración de los funcionarios de Investigaciones Claudio Leiro Marambio, Marcelo Millacoy Henríquez y Jorge Von Gierke Barassi; los dos primeros refieren que la cónyuge del acusado Ema Álvarez Herrera les manifestó que los cheques girados a nombre de ella, fueron entregados por Mora Jaramillo; y el último funcionario en cuanto refiere que el acusado Mora Jaramillo le señaló que cuando hacía la conciliación solicitaba los talonarios de cheques y procedía a girar imitando la firma del señor Briones Becerra y estampando su propia firma. c) Testimonio de los peritos documentales de la Policía de Investigaciones quienes establecieron que las firmas falsas que resultaron imitación de la de Briones Becerra provenían de la mano de Mora Jaramillo y que éste estampaba su propia firma en el lado izquierdo del documento, además se estableció que el lleno de algunos de los documentos que aparecen manuscritos también provienen de la mano del acusado.

VIGÉSIMO: Que por todo lo razonado se rechaza la petición de la defensa en el sentido que se recalifique por el delito continuado de uso malicioso de instrumento privado mercantil falso, porque como ya se manifestó en el considerando décimo octavo el uso malicioso de instrumento privado mercantil falso fue el medio para cometer el ilícito de malversación de caudales público. Produciéndose de este modo la unificación jurídica, esto es, la absorción en la figura de la malversación del artículo 233 del Código Penal.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que se rechaza la agravante invocada tanto por el Ministerio Públi-

co como por el acusador particular Fisco de Chile en representación del SAG, consistente cometer el delito con abuso de confianza; y la agravante invocada por el Ministerio público consistente en prevalecerse del carácter público que tenga el culpable, ambas contenidas en los Nºs 7 y 8 del Código Penal, por tratarse de circunstancias de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse, ello de acuerdo al artículo 63 del Código antes referido.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que se acoge la atenuante invocada por la defensa de irreprochable conducta anterior, la que resultó acreditada con la copia del extracto de filiación y antecedentes incorporado por la defensa, documento que no registra antecedentes prontuariales.

VIGÉSIMO TERCERO: Que la defensa alegó además a favor del acusado las siguientes atenuantes:

1) la colaboración substancial del acusado. Esta circunstancia exige que los antecedentes entregados por el acusado sean vital para el esclarecimiento de los hechos, lo que no ocurre en la especie, puesto que con los antecedentes reunidos al momento de la denuncia bastaban para atribuirle responsabilidad, a saber: cartola bancaria, talonarios de cheques, libro de banco, información bancaria. A lo que debe agregarse lo manifestado por el testigo Von Gierke en cuanto refiere que lo dicho por Mora Jaramillo solo corroboraban los antecedentes reunidos en su contra, y es por ello también que no obstaculizó la prueba caligráfica a que fue sometido. Por lo señalado se rechaza dicha atenuante.

2) La reparación celosa del mal causado. A fin de acreditar esta atenuante la defensa incorporó 14 depósitos de dinero en la cuenta corriente del Juzgado de Garantía, por la suma total de $938.950, efectuados desde enero a septiembre de 2005. Además rindió prueba consistente en los dichos de la perito asistente social Jessica Roca Barrales, dicha profesional entrevistó a la hermana del acusado, a la actual pareja de éste Patricia Soto y al imputado. Señala que proviene de un grupo integrado por ocho personas. Es casado, separado de hecho, tiene una nueva relación con la que pretendía formalizar a futuro. Cuando vivía con su cónyuge era el jefe de hogar, después era el que pagaba la pensión alimenticia. Su pareja también trabajaba en el SAG. con sus ingresos financiaban sus gastos. Económicamente la pareja recibía ayuda de la familia de ella una vez que se le priva de libertad al acusado. Mora no posee ningún bien. La vivienda era de propiedad de su pareja, vivienda pequeña, obtenida con subsidio. La suma de $1.000.000 es una suma importante en atención a su situación económica. Los depósitos son de junio, no lo hizo anteriormente, ya que la hermana trató de obtenerlos antes por la venta de un vehículo, pero no lo logró.

Se acoge esta atenuante, teniendo en consideración que la reparación se demuestra no solo en la cuantía de las consignaciones, ya que no se exige una reparación completa, sino que el propósito de alcanzarla. Con la prueba rendida se acreditó que el acusado en forma inequívoca intentó reparar el mal causado con su actuar.

VIGÉSIMO CUARTO: Que la defensa incorporó en la oportunidad señalada en el inciso final del artículo 343 del Código Procesal Penal informe presentencial emanado del Centro de Reinserción social, en el que se concluye que el acusado es permeable a la intervención de un delegado de libertad vigilada y por tanto recomendable para cumplir su periodo de observación bajo la medida señalada. Que además la defensa presentó a declarar a la perito asistente social Erika Soto Passek, la profesional señala que el Consejo técnico resolvió de esta forma debido a que Mora Jaramillo cuenta con calificación y habitualidad laboral, no presenta antecedentes criminógenos anteriores ni adicciones y existe una red familiar y de terceros dispuestos a apoyarlo en un eventual tratamiento, además en el área psicológica posee manejo y control de impulsos.

Que en atención a la extensión de la pena que se aplicará en la parte resolutiva se desestiman los antecedentes incorporados por la defensa.

VIGÉSIMO QUINTO: Al momento de determinar la sanción aplicable y la forma de cumplimiento de la sanción, se tendrán presente los siguientes aspectos:

1.- Que por tratarse de reiteración de delitos de una misma especie y resultando más favorable al sentenciado, se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, esti-

madas como un solo delito, aumentada en un grado, tal como lo dispone el artículo 351 del Código Procesal Penal. De esta forma tenemos que el monto de lo malversado asciende a treinta y tres millones ochocientos veinticuatro mil ciento siete pesos ($33.824.107), equivalentes a 1.150.9 unidades tributarias mensuales, esto es, excede de cuarenta unidades tributarias mensuales La pena a aplicar es presidio mayor en sus grados mínimo a medio y por concurrir dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante, se procederá a imponer la pena inferior en un grado del mínimo señalado por la ley, quedando por tanto la pena en presidio menor en su grado máximo.

2.- Fijada la pena en el grado señalado precedentemente y como se dijo se procederá a aumentar la pena establecida en un grado, quedando en definitiva en presidio mayor en su grado mínimo.

4) Que se aplicará además la pena de multa y se regulará en el mínimo fijado por la ley.

5) Que atendida la extensión de la pena no se otorgará al sentenciado ninguno de los beneficios establecidos en la Ley N° 18.216.

II. EN CUANTO A LA DEMANDA CIVIL.

VIGÉSIMO SEXTO: El Fisco de Chile en representación del Servicio Agrícola y Ganadero XII, presentó demanda civil, fundada en los mismos hechos consignados en la acusación del Ministerio Público en contra de RICARDO GIOVANNI JARAMILLO MORA, a fin de que sea condenado a pagar la suma de $33.824.107, toda vez que en la especie se ha causado en el patrimonio de su representado un detrimento de ese monto, habida cuenta de configurarse además un ilícito penal, conforme al artículo 2314 y siguientes, también un delito civil, donde se ha inferido un daño patrimonial ilegítimo al SAG de la XII Región, por el que debe responder, procediendo en consecuencia el pago a dicho Servicio de la suma sustraída, mas reajustes conforme a la variación del índice de precios al consumidor, desde el día 16 de diciembre de 2002 hasta el mes que preceda al pago íntegro de tales dineros o en subsidio al reajuste por los periodos que el Tribunal determine. Asimismo solicita el pago de intereses de la suma referida a partir de la ejecutoriedad de la sentencia y hasta el día que se obtenga el pago íntegro, o en subsidio el interés por los periodos que el Tribunal fije.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que el demandado civil nada dijo en relación a la demanda interpuesta en su contra.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que habiendo quedado establecida la existencia del delito reiterado de malversación de caudales públicos y la responsabilidad que en el hecho punible correspondió a Ricardo Giovanni Mora Jaramillo corresponde hacer efectiva la responsabilidad civil del demandado, de conformidad a lo prescrito en el artículo 2314 del Código Civil, procediendo a indemnizar los perjuicios provocados al actor.

VIGÉSIMO NOVENO: Que en convicción de este Tribunal, no cabe duda que la sustracción por parte del demandado, de fondos públicos desde la cuenta única fiscal denominada "operaciones" Nº 91909070517 que el Servicio Agrícola y Ganadero mantenía en el BancoEstado, mediante el giro contra dicha cuenta corriente provocó un perjuicio equivalente al total de los 44 cheques, los que en total ascienden a treinta y tres millones ochocientos veinticuatro mil ciento siete pesos. ($33.824.107).

TRIGÉSIMO: Que en atención a lo razonado precedentemente se fijará prudencialmente a título de indemnización del perjuicio material causado al SAG en la suma de $33.824.107 (treinta y tres millones ochocientos veinticuatro mil ciento siete pesos). Suma que deberá cancelar el demandado Ricardo Giovanni Mora Jaramillo, reajustada conforme a la variación que experimente el I.P.C, desde que esta sentencia quede ejecutoriada y hasta el pago efectivo de la suma indicada, más los intereses corrientes por el mismo lapso.

Por estas consideraciones y lo dispuesto además en los artículos 1, 14 Nº 1, 15 Nº 1, 18, 21, 24, 25, 28, 49, 50, 63, 68, 75, 233 Nºs 2 y 3, del Código Penal; 2314 del Código Civil y artículos 1, 45, 46, 47, 295, 296, 297, 309, 325 y siguientes 339 al 346, 347, 348, 349, 351 y 468 del Código Procesal Penal, **SE DECLARA:**

EN CUANTO A LA ACCION PENAL

I.- QUE **SE CONDENA** a **RICARDO GIOVANNI MORA JARAMILLO**, a la pena de **SIETE AÑOS de presidio mayor en su grado mínimo** y a

una MULTA de once unidades tributarias mensuales, más pena accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, en calidad de autor de los delitos reiterados de malversación de caudales públicos, previstos y sancionados en el artículo 233 N°s 2 y 3 del Código Penal, en perjuicio del Servicio Agrícola y Ganadero XII Región, ilícitos cometidos en el periodo comprendido entre el 16 de diciembre de 2002 y enero de 2005.

II.- Si el sentenciado no tuviere bienes para satisfacer la multa impuesta, sufrirá por vía de sustitución y apremio la pena de reclusión, regulándose un día por cada un quinto de unidad tributaria mensual, esto es, 55 días.

III.- QUE SE ABSUELVE a Ricardo Giovanni Mora Jaramillo de la acusación del Ministerio Público en cuanto lo sindicaba además como autor de los delitos de falsificación y uso malicioso de instrumento mercantil falso.

IV.- Que no se concede al sentenciado ninguno de los beneficios de la Ley 18.216, por no reunirse los requisitos para ello, debiendo cumplir efectivamente la sanción impuesta, abonándosele los días que ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad, desde el 14 de junio de 2005.

V.- Que se le condena al pago de las costas.

EN CUANTO A LA ACCIÓN CIVIL

Que se acoge, la demanda civil entablada por el Fisco de Chile en representación del Servicio Agrícola y Ganadero de la XII Región en contra de Ricardo Giovanni Mora Jaramillo, debiendo éste último cancelar al SAG a título de indemnización de perjuicios la suma de $33.824.107. (treinta y tres millones ochocientos veinticuatro mil ciento siete de pesos), más los reajustes e intereses calculados de la forma expresada en el considerando trigésimo, con costas de la causa.

Devuélvase a la Fiscalía y Defensoría los documentos incorporados.

En su oportunidad, gírese cheque a nombre del SAG XII Región por la suma de $938.950.

Se previene que el magistrado don Fabio Gonzalo Jordán Díaz fue del parecer de no acoger la atenuante del N° 7 del artículo 11 del Código Penal, de haber reparado con celo el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias, toda vez que ésta debe evitar que el daño causado por el delito se expanda o a repararlo si ello ya no es posible, cuestión que en la especie no ocurrió, en circunstancias que bastaba con que en el proceso apareciere de forma inequívoca que el acusado ha procurado reparar o impedir las consecuencias de su actuar, sin que sea determinante el logro de ese propósito. Debió manifestarse de un modo cierto, efectivo, inmediato y oportuno en la ejecución de actos concretos tendientes a eliminar o atenuar los resultados del delito. La reparación debe ser celosa, en un sentido objetivo, atendiendo al concreto mal causado, las facultades del autor del delito y su situación procesal (Corte Apelaciones de Santiago, sentencia de 03 de abril de 1996, GJ 190, página 110), de acuerdo a la apreciación que de ella haga el Tribunal de la instancia. No se exige que la reparación sea completa, sino el intento objetivo de alcanzarla, o dicho en otras palabras, basta con que en el proceso aparezca en forma inequívoca que el acusado ha procurado reparar o impedir las consecuencias de su actuar, sin que sea determinante el logro de ese propósito. En este entendido, las exiguas sumas depositadas por el acusado Mora Jaramillo, en relación con las sumas malversadas y el mal causado con ello o que hubiere tratado de impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias, en modo alguno satisfacen el propósito que tuvo el legislador al autorizar esta circunstancia aminorante de responsabilidad penal.

Redactada por la Juez doña Jovita Soto Maldonado y la prevención por su autor.

Regístrese.

Comuníquese en su oportunidad al Juzgado de Garantía de Punta Arenas para que este proceda a su cumplimiento, hecho, archívese.

R. U .C. : 0500046423-8

R. I. T. : 32-2006

CODIGO : 00406

DICTADA POR LA PRIMERA SALA DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE PUNTA ARENAS, INTEGRADA POR DON JOSÉ OCTAVIO FLORES VÁSQUEZ, PRESIDENTE, DOÑA JOVITA SOTO MALDONADO y DON FABIO GONZALO JORDÁN DIAZ.

- **Comentario:**

El Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas con fecha 3 de julio de 2006, en decisión unánime, condenó al funcionario público del Servicio Agrícola y Ganadero, Ricardo Mora Jaramillo, como autor de los delitos reiterados de malversación de caudales públicos.

Los hechos que dieron lugar a la causa son los siguientes: En la ciudad de Punta Arenas durante los meses de diciembre del año 2002 a enero del año 2005, Ricardo Mora Jaramillo, funcionario del Servicio Agrícola y Ganadero de la XII Región, quien en razón de sus funciones tenía a su cargo determinados efectos públicos con la finalidad de realizar periódicamente las conciliaciones bancarias, estando además facultado para disponer de los mismos por tener autorizada su firma como girador en el Banco Estado, en su calidad de encargado o Jefe Subrogante de Finanzas. En esa calidad, procedió a sustraer, desde los talonarios de cheques del citado organismo público, correspondientes a la denominada cuenta única fiscal denominada "operaciones" N° 91909070517, diversos cheques, los que posteriormente procedió a suscribir, fingiendo la rúbrica del girador autorizado, y estampando la propia, como Jefe Subrogante de Finanzas, para luego, llenarlos en sus demás menciones y colocarle el timbre del servicio, cobrándolos en algunas ocasiones personalmente por caja, y en otras oportunidades a través de su cónyuge, o por medio de un tercero, en las sucursales del Banco referido, apropiándose de la suma total de $ 33.824.107, suma en la que resultó perjudicado el Servicio Agrícola y Ganadero.

La sentencia en comento, es relevante en materia de delitos funcionarios por las siguientes razones:

1) Constituye la más alta pena impuesta por un delito funcionario desde la entrada en vigencia de la reforma procesal penal.

La sentencia condenó a Ricardo Mora Jaramillo, a la pena de siete años de presidio mayor en su grado mínimo y a una multa de 11 UTM, más pena accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, en calidad de autor de los delitos reiterados de malversación de caudales públicos del artículo 233 N° 2 y 3 del Código Penal, en perjuicio del SAG XII Región, ilícitos cometidos en el periodo comprendido entre los meses de septiembre de 2002 y enero de 2005. En cuanto a la responsabilidad civil, se acogió la demanda civil, condenando al autor del hecho a cancelar a título de indemnización de perjuicios la suma de $33.824.107, más reajustes e intereses.

El condenado deberá cumplir efectivamente la sanción impuesta, ya que no se le concedió ninguno de los beneficios de la Ley 18.216.

Cabe destacar que se trató de 41 delitos sancionados conforme al N° 2 del artículo 233 y a 3 ilícitos del N° 3 del mismo precepto legal. El tribunal al determinar la pena aplicable y la forma de su cumplimiento tuvo presente que por tratarse un caso de reiteración de delitos de una misma especie y resultando más favorable al sentenciado, se le impuso la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentada en un grado, de conformidad al artículo 351 del Código Procesal Penal.

Asimismo, se absolvió al imputado de la acusación del Ministerio Público en cuanto lo sindicaba además como autor de 44 delitos de falsificación y uso malicioso de instrumento privado mercantil falso porque consideró que estos fueron medios para la comisión de los ilícitos.

2) El Tribunal Oral analizó el alcance que tiene en el delito de malversación de caudales públicos el presupuesto de "tener a su cargo".

En juicio se debatió duramente acerca del sentido y alcance que se debe dar a los vocablos "tener a su cargo" dentro del delito de malversación de caudales públicos, razón por la cual se hizo llegar al fiscal adjunto Felipe Aguirre un informe al respecto.

El artículo 233 del Código Penal dispone que "el empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustrajere o consintiere que otro los sustraiga".

Al respecto, la defensa sostuvo que estábamos en presencia de una estafa o de un uso malicioso de instrumento privado mercantil falso atendido que el condenado tenía efectivamente los efectos públicos pero solo en forma esporádica o accidental y no existía un mandato legal o disposición interna del servicio que le asignara esas funciones. Se sostuvo que no era cajero, recaudador ni pagador por lo que no tenía a su cargo fondos fiscales y por lo tanto, no se daba cumplimiento a este elemento del tipo que exige el delito de malversación.

La Fiscalía logró acreditar, en estrados, que los hechos presentados configuran el delito de malversación de caudales públicos por cuanto el condenado Ricardo Mora tenía la calidad de funcionario público, contaba además con poder para firmar cheques fiscales y con la facultad de subrogar a la Jefa de la Unidad de Finanzas del SAG. En esa calidad procedió a sustraer los caudales o efectos públicos que tenía a su cargo.

En el considerando Décimo Séptimo del fallo, el tribunal recoge la doctrina que el profesor Guzmán Dálbora expone en su libro Estudios y Defensas Penales al tratar la malversación, respecto de la cual sostiene que debe tratarse de una inversión ilícita. Es decir, el empleo indebido a través de actos de apropiación o alteración de bienes públicos o equiparados a ellos, por parte de quien los tiene a su cargo en virtud de una específica función también pública. No cualquier servidor público entra en el tipo del injusto, sino que aquel que según los casos, tiene a su cargo, administre, custodie o sea tenedor de los bienes que malversa, pues solo entonces son lesionados los especiales deberes del oficio.

El Tribunal Oral concluye que el condenado Mora Jaramillo tenía a su cargo la custodia de los talonarios de cheques correspondientes a la cuenta única fiscal denominada "operaciones" del SAG y respecto de la cual tenía poder para firmar los documentos respectivos en su calidad de subrogante de la Jefa de Finanzas. Era en virtud de esa función y de la labor que desempeñaba en el servicio que surgía la facultad de tenencia y custodia de los caudales públicos.

3) Doctrina del requisito de "tener a su cargo" exigido al funcionario público que comete la malversación del artículo 233 del Código penal.

Atendida la sentencia en comento, se hace pertinente analizar el desarrollo que este requisito del tipo ha tenido dentro de la cátedra nacional.

Es así como Álvaro Bunster nos dice que para constituir la figura punible descrita en el artículo 233 se requiere, en primer lugar, que el sujeto activo sea un empleado público que, por razón de sus funciones, tenga a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares. La malversación de caudales públicos es un delito propio, especial, puesto que para integrarlo el sujeto de la infracción no puede ser un sujeto cualquiera, sino un empleado público. Esta exigencia es expresiva de una relación, que vincula al empleado con los fondos que tiene a su cargo. En ese vínculo descansa la confianza que en él ha depositado el Estado y que viene a ser por eso una confianza pública, una fe pública. Ahora bien, no hay mejor manera de expresar esa relación sino declarando que el empleado público comete malversación cuando sustrae los fondos, públicos o particulares que tiene a su cargo en razón de sus funciones, ya que el depósito o la detentación de dineros y otros caudales tiene su causa en el título mismo de la función que desempeña. Cuando el empleado público sustrae fondos que no están a su cargo por razón de sus funciones, sino con ocasión de ellas o accidentalmente, puede legítimamente eludir la responsa-

bilidad de malversador, pero responderá en todo caso como autor de un delito contra la propiedad, con la circunstancia agravante del N° 8 del artículo 12 del Código penal. Los intereses del Estado quedan, de todas maneras, bajo salvaguardia.

Asimismo, Labatut nos señala que la calidad de empleado público no es suficiente por sí sola para configurar el delito porque se requiere además que el empleado tenga los caudales o efectos por razón de su oficio o, en ciertos casos, de un encargo. En cuanto al título en que los caudales o efectos se encuentran en poder del malversador, el artículo menciona tres contratos, definidos en el Código Civil: el depósito (art. 2211), la consignación (art. 1599) y el secuestro (art. 2249). De las Actas de la Comisión Redactora se desprende que estuvo en el ánimo de los redactores del Código, al mencionar esos contratos, referirse únicamente a los bienes de los particulares, y se les citó por ser las situaciones que con más frecuencia se producen en la práctica. Sin embargo, el artículo quedó redactado en forma que abarca tanto los caudales o efectos públicos como los de particulares. Por eso los defensores de los imputados se empeñan en demostrar que el empleado acusado no tuvo los bienes malversados en esas calidades, con el objeto de evitar la aplicación del art. 233 y obtener, en cambio, la del art. 235, que es más benigno. La jurisprudencia se ha uniformado en el sentido de no conceder importancia a esas alegaciones.

A su vez, Guzmán Dálbora nos dice que la locución "tener a su cargo" implica dos exigencias. Ante todo, que los bienes hayan sido confiados al cuidado o a la procura del sujeto agente, lo cual supone que éste tenga un poder sobre ellos, poder que no coincide con la posesión -por lo demás, los funcionarios de que aquí se habla son sólo servidores de la posesión ajena, fiscal o privada, o sea, meros tenedores-, aunque tampoco se restringe a la detentación material, directa y tangible, como la del cajero respecto de los fondos de su caja, "ya que la función de custodia y conservación puede cumplirse de muy diversos modos, según la naturaleza del servicio". Concluye que toda la doctrina chilena participa del criterio restringido, al tenor del cual el sujeto debe tener las cosas "precisamente en razón de sus funciones, de modo que no son suficientes una relación adventicia, ocasional y mucho menos un vínculo ilegal o antirreglamentariamente establecidos sobre ellas. Al contrario, su tenencia ha de cimentarse en las funciones propias del cargo del empleado, o dicho de otra manera, tiene que ser lícita. Su base podrá ser la ley, el reglamento, la resolución e incluso la costumbre administrativa". Ahora bien, este presupuesto de la tenencia por razón del cargo, que es un claro elemento normativo-jurídico del tipo, lleva el requisito adicional de haberse recibido las cosas "en depósito, consignación o secuestro", frase que incorporó la Comisión Redactora con motivo de la inclusión de los caudales de particulares juntamente a los públicos, pero que quedó redactada, por un desliz en la puntuación del primer párrafo del artículo 233, en términos que abarcan unos y otros. No obstante, la doctrina y la uniforme jurisprudencia de la Corte Suprema subrayan que estas expresiones no están aplicadas en el sentido que les da en Código Civil, en sus artículos 2211, 1599 y 2249, sino en el natural y obvio de ellas según su uso común, y comprenden, pues, todas las funciones posibles de un tenedor oficial de bienes públicos o de particulares.

En ese mismo sentido, Etcheberry señala que dentro de esta figura es necesario que los caudales o efectos estén al cuidado del funcionario por razón de su cargo. Serán las disposiciones del derecho público, y particularmente del derecho administrativo las que determinen cuando se produce esta situación. Por el contrario, "si el empleado público sustrae fondos que no están a su cargo o que lo están, pero no en razón de sus funciones, sino por un encargo temporal o accidental, o simplemente de hecho, cometerá una apropiación indebida, o un hurto, simple o calificado por abusos de confianza, pero no esta figura delictiva".

Finalmente, Rodríguez y Ossandón, citando a Enrique Cury señalan que "Las disposiciones del Derecho Público, y particularmente las del derecho administrativo, serán las que determinen cuándo los caudales o efectos están al cuidado del funcionario en razón de su cargo, pues este deber ha de ser necesario, esto es, emanado de la ley o de un reglamento."

4) Jurisprudencia del requisito de "tener a su cargo" exigido al funcionario público que comete la malversación del artículo 233 del Código penal.

Existen importantes sentencias sobre esta materia que han emanado de los altos tribunales de justicia, entre otras:

1) Corte Suprema, en sentencia de 14 de agosto de 1931. G., 1931, segundo semestre, N° 70, pág. 372.

"No habiendo definido el Código Penal esas palabras, deben ser tomadas en su sentido natural y obvio según el uso natural de las mismas, y sólo debe dárseles su significado legal en las materias para las cuales fueron expresamente definidas. Recurriendo, además, a la historia fidedigna del establecimiento de la ley, llega a la conclusión de que no deben ser entendidas de acuerdo con la significación que tienen en el derecho civil, sino en el sentido común y corriente del que recibe dinero o efectos a título de mera tenencia con obligación de responder de ellos".

2) Corte Suprema, 13 de agosto de 1965. Fallos del Mes. N° 81, pág. 189.

"Ni el artículo 233 del Código Penal ni precepto legal alguno considera la exigencia de que el funcionario público tenga las especies bajo su custodia y responsabilidad en virtud de un precepto expreso de la ley o reglamentario."

3) Corte Suprema, 1° de julio de 1967, considerando 10. R., T.64, 2da. Parte, secc. 4ta., pág. 129.

"Que el artículo 233 del Código Penal fue tomado del artículo 318 del Código Español de 1850 que tenía la misma redacción, y que únicamente exigía que el empleado público tuviera a su cargo caudales públicos o de particulares por un título de mera tenencia, sin requerir que los tuviera por razón de sus funciones; posteriormente el Código Español de 1870 cambió su redacción y exigió, además, que el funcionario los tuviera por razón de sus funciones y por este motivo los comentadores de dicho Código, como Cuello Calón y Federico Puig Peña manifiestan que debido a la nueva redacción es ahora menester que la ley haya otorgado al funcionario la administración de esos fondos, pero conforme al texto antiguo se estimaba, según expresa Groizard, que bastaba que los tuviera a su cargo, y como nuestro Código ha mantenido la redacción primitiva del Código Penal Español, basta que el funcionario tenga esos fondos a su cargo, para que sea culpable del delito de malversación."

4) Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de enero de 1970, considerando 5°. R. de CP. N° 1, tomo 29, pág. 43.

"Si bien la doctrina requiere como elemento del delito de malversación de caudales públicos, que el empleado tenga los caudales o efectos por razón de su oficio o de un encargo, en el sentido de que se trate de una obligación inherente o propia del cargo ni el Código Penal en su artículo 233, ni precepto o norma legal alguna contemplan tales exigencias ya que lo que la ley sanciona, independientemente de la causa o título por lo que se encuentran en su poder los caudales, es la conducta del funcionario que traiciona la fe pública, al actuar con deslealtad frente a la confianza en él puesta como empleado y que por serlo reciba, aunque sea transitoriamente en depósito u otra de las formas previstas en el artículo 233 del Código Penal, caudales o efectos públicos, y aún de particulares pero sin que se requiera por la ley que para tener esos caudales necesite un nombramiento especial."

5) Corte Suprema, 4 de Junio de 1986, en causa seguida en contra de Escobar Cuevas, Mario Evaristo. Publicado en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXIII (1986) N°2 (Mayo-Agosto) sección 4.

"Por sentencia del Primer Juzgado del Crimen de Antofagasta se condenó a Mario Evaristo Escobar Cuevas como autor del delito de apropiación indebida de dinero en perjuicio del Fisco a la pena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo, en calidad de particular y no de funcionario público, fallo confirmado por La Corte de Apelaciones.

Recurrido de casación por el Fisco, éste fue acogido, condenándose al procesado a la pena de 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo, como autor del delito de malversación de caudales públicos, art. 233 N°3, 238 y 260 del C.P.

Se razonó que era hecho de la causa que el procesado era cajero de una caja existente en el Juzgado de Policía Local de Antofagasta, que recibía el pago de multas que el tribunal aplicaba. Que comenzó a apropiarse de los fondos recibidos por infracciones al tránsito, de parquímetros, ley de pesca y multas por lesiones leves, dineros que ascienden a $1.602.284 y $1.680.699, los que destinó a comprar un inmueble y un auto.

Hubo infracción de ley al no aplicar el artículo 238 que no admite dudas acerca de su aplicación a cualquier funcionario o persona que se encuentre en la situación que la referida norma establece."

Conclusión:

Destaco la acuciosa investigación y el muy buen desempeño en el juicio oral del fiscal adjunto de la ciudad de Punta Arenas, Felipe Aguirre Pallavicini, quien logró acreditar y probar 44 delitos de malversación de caudales públicos.

La pena impuesta por el Tribunal Oral es la más alta, a la fecha de hoy, para este tipo de ilícitos dentro de la reforma procesal penal. Lo que denota la importancia que empieza a asignársele a los delitos funcionarios y al combate contra la corrupción.

Se acreditó fehacientemente en juicio que el condenado era empleado público por cuanto era funcionario a contrata del SAG; que en el ejercicio de sus funciones tenía a su cargo caudales o efectos públicos por cuanto realizaba periódicamente conciliaciones bancarias y tenía autorizada su firma como girador en Banco Estado en su calidad de jefe subrogante de Finanzas; y que sustrajo de los talonarios del organismo público cheques que procedió a suscribir, falsificar firma, colocarle timbre y cobrar. Vulneró radicalmente la confianza que en él había depositado el Estado en cuanto tenedor de caudales públicos.

A mi modo de ver, correctamente, el tribunal estimó que la falsificación y el uso malicioso de instrumento mercantil falso fue el medio utilizado para cometer la malversación.

Finalmente, respecto al alcance que debemos darle a la frase "tener a su cargo" la doctrina pareciera exigir mayores requisitos que la jurisprudencia.

III Artículos

PROCEDENCIA DE QUE EL FISCAL NACIONAL IMPARTA INSTRUCCIONES PARTICULARES A UN FISCAL REGIONAL EN LOS CASOS PREVISTOS EN EL INCISO 2° DEL ARTÍCULO 19 Y EN LA LETRA C) DEL ARTÍCULO 46, AMBOS DE LA LEY N° 19.640

OLGA FELIÚ DE ORTÚZAR
Abogado
Asesora Externa del Fiscal Nacional

Se me ha pedido informar respecto de la procedencia de que el Fiscal Nacional imparta instrucciones particulares a un Fiscal Regional en los casos previstos en el inciso 2° del artículo 19 y en la letra c) del artículo 46, ambos de la ley N° 19.640 y, en el caso de ser afirmativa la respuesta, si tendría la obligación de hacerlo.

CONSIDERACIONES

1. Respecto de la materia de que se trata se deben tener presentes consideraciones constitucionales y legales y, además, de mérito o conveniencia.

1.1. En primer término, se debe destacar que si el Ministerio Público reviste un carácter no tradicional en la estructura tradicional de los Poderes del Estado, ello no lo priva de su carácter de entidad o Poder integrante del Estado.

Sobre el particular, es útil recordar que en informe en derecho de quien suscribe y del profesor José Luis Cea, de noviembre de 2001, se concluyó que "el establecimiento del Ministerio Público en la Carta Fundamental importó la creación de una nueva función del Estado. Que por mandato constitucional el Ministerio Público es un órgano **autónomo del Estado**, esto es, no integra ni pertenece a los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, que en el cumplimiento de sus funciones puede actuar libremente pero con estricta sujeción a Derecho, atendido del mandato contenido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política".

Siendo ello así, son aplicables al Ministerio Público los artículos **60 y 70 de la Carta Fundamental**, según los cuales las autoridades no tienen más facultades que las que una ley expresa les otorga, la que deben ejercer en la forma que la ley establezca.

Ahora bien, en cuanto a la **autonomía del Ministerio Público** es útil recordar que en el Mensaje con que el Ejecutivo envió al Senado el proyecto de reforma constitucional, se expresó que la autonomía asignada al Ministerio Público significa que, dentro del sistema de competencias estatales, la institución es ajena al interior de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, esto es, que "no depende de alguno de los poderes del Estado".

Tanto en el Senado, como en la Cámara de Diputados, se sostuvo el criterio de dotar de **autonomía** al Ministerio Público frente a los otros Poderes del Estado, con el fin de garantizar su eficacia en la investigación del delito y en el ejercicio de la acción penal pública, **aunque en el cumplimiento de esas funciones puedan verse afectadas personas investidas de autoridad o con representación popular, como, asimismo, el de asignarle el carácter jerarquizado**, esto es, el de un ente con una organización piramidal, encabezada por el Fiscal Nacional, dirigido en sus unidades administrativas por los Fiscales Regionales y que concreta su actividad a través de los fiscales adjuntos.

Sobre el particular, en el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del H. Senado, recaído en el proyecto de reforma Constitucional sobre creación del Ministerio Público, se expresa sobre la autonomía de este organismo:

"La Comisión aprobó crear el Ministerio Público como ente autónomo y jerarquizado."

"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. ***Su contrapartida son los mecanismos de control y la responsabilidad de los fiscales****."*[21]

El carácter **jerarquizado** del Ministerio Público dice relación con una organización piramidal, en cuya cúspide se encuentra su jefe superior, máxima autoridad, quien posee la plenitud de los poderes dentro de la institución -sin perjuicio de las **limitaciones expresamente previstas por la normativa correspondiente**- y a quien la Constitución Política -artículo 80 I- ha entregado "la superintendencia directiva, correccional y económica, en conformidad a la ley orgánica constitucional respectiva".

Por su parte, en lo que dice relación con la **autonomía de los Fiscales** para conducir la investigación y ejercer la acción penal pública, esto es, con el grado de independencia en el ejercicio de las funciones procesales del Ministerio Público, es menester recordar que la Carta Fundamental estatuye que una Ley Orgánica Constitucional **establecerá el grado de independencia y autonomía y la responsabilidad que tendrán los fiscales.**

Pronunciándose sobre la independencia con que deben actuar los fiscales del Ministerio Público, en relación con la jerarquización del Organismo, el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado, recaído en la reforma constitucional, aporta un valioso elemento de interpretación. Expresa el referido informe lo siguiente:

"Otro aspecto vinculado con el anterior, y que queda comprendido en el ***concepto de jerarquización del organismo****, es el de la* ***independencia de los fiscales****. Ella alude a la estructura interna y* ***a la cuota de atribuciones con que contará cada nivel funcionario, según lo determine la ley orgánica constitucional respectiva****".*[22]

Finalmente, establece este Informe que "estos tropiezos serán regulados en la Ley Orgánica Constitucional del organismo".

Pues bien, esta última ley reguló esta materia y precisó que las instrucciones que dicte el Fiscal Nacional deben ser generales, **comunes para todos los Fiscales y demás funcionarios del Ministerio Público que tengan intervención en esas labores o bien para un grupo de ellos**, si las circunstancias así lo hacen necesario o lo aconsejan, **estándole vedado, por ende**, dictar **instrucciones u ordenar actuaciones** específicas en casos particulares, con lo cual "se busca resguardar la autonomía e independencia de los fiscales", como lo señalara en su primer informe la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, al referirse a la modificación que en lo relativo a la dictación de instrucciones generales se introdujera a la norma pertinente del proyecto de ley orgánica.[23]

De este modo, el objetivo de la norma, **que es el de velar por la independencia y autonomía otorgada a los fiscales**, implica que el Fiscal Nacional **está impedido de impartir instrucciones para casos particulares, le está vedado ordenar la realización o no realización de actuaciones durante el cumplimiento de las labores en un determinado caso, entregado al conocimiento de un fiscal**.

La norma orgánica constitucional no faculta al Fiscal Nacional para dar instrucciones particulares, relativas a un determinado caso, en ninguna situación. La excepción que plantea el inciso segundo de la letra a) del artículo 17 "in fine" no dice relación con las instrucciones sino que recae en la avocación a un caso particular, que tampoco podría disponerse de no mediar la norma de excepción. Jamás podría el intérprete ampliar o establecer una facultad, en un caso no previsto por la ley.

---

21 Diario de Sesiones del Senado. Legislatura 334, Extraordinaria. Sesión N° 39ª, en miércoles 9 de abril de 1997. Anexo de Documentos. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Página 4565.

22 Senado. Diario de Sesiones. Sesión 39ª, de 9 de abril de 1997, anexo de documentos. Pág. 4566.

23 Cámara de Diputados. Diario de Sesiones. Sesión 5ª, 25 de marzo de 1998. Pág. 101.

Por aplicación de los artículos 6° y 7° de la Constitución Política las autoridades no tienen más facultades que las que una ley les otorga de manera explícita. Así, es aplicable al Ministerio Público esta regla básica del derecho público.

Por lo expuesto, desde el punto de vista de aplicación de las normas y del estudio de la historia fidedigna del establecimiento de la reforma constitucional debe concluirse que en ningún caso puede el Fiscal Nacional impartir instrucciones relativas a un caso en particular.

1.2. Sin perjuicio de las consideraciones constitucionales y legales, antes expuestos, diversas razones de mérito deben tenerse presente, también, al resolverse este tema.

Al contrario de lo que ocurre con el Fiscal Regional que tiene inmediatez con su Fiscal adjunto, el Fiscal Nacional tiene conocimiento de los hechos y las circunstancias que los rodean por el Fiscal Regional que instruye la investigación. No tiene otra fuente de información ni cuenta con otro apoyo.

Por ello, si se concluyera que el Fiscal Nacional **puede y debe** impartir instrucciones debiera concluirse que existe, en estos casos, responsabilidad directa del Fiscal Nacional, no sólo cuando hay error en las instrucciones impartidas sino, además, cuando ha omitido impartir instrucciones que hubieran permitido evitarlo.

Por otra parte, también debe considerarse que el sistema general es que el Fiscal Nacional no tiene competencia para inmiscuirse en investigaciones y, en cambio, de admitirse la procedencia de las instrucciones en el caso consultado, quedaría entregado al Fiscal Nacional intervenir en ellas bastándole recurrir al expediente de asignarlo a un Fiscal Regional. De esta manera el Fiscal Nacional, estaría facultado para manejar a su arbitrio los casos en que intervendrá en la investigación, distorsionando así, todo el sistema de la legislación.

Por todo lo expuesto, al tenor de lo consultado debo concluir que, en mi opinión, el Fiscal Nacional no está facultado para impartir instrucciones en un caso particular, ni aún tratándose de investigaciones a cargo de un Fiscal Regional designado según el procedimiento extraordinario de los artículos 19, inciso 2° y 46 letra c) de la ley N° 19.940.

Lo anterior es cuanto puedo informar.

Olga Feliú de Ortúzar

¿PROCEDE QUE EL FISCAL NACIONAL ENTREGUE "INSTRUCCIONES PARTICULARES" A UN FISCAL REGIONAL EN LA HIPÓTESIS DEL INCISO 2º DEL ARTÍCULO 19 DE LA LEY 19.640?

RAÚL TAVOLARI OLIVEROS
Profesor de Derecho Procesal
Universidad de Chile

1. El tema de las instrucciones generales y particulares que se pueden expedir al interior del Ministerio Público, constituye una materia altamente sensible y que admite versiones completamente opuestas, no en cuanto a la procedencia e improcedencia de estas instrucciones -aspecto resuelto por ley- sino en cuanto a la verdadera trascendencia y filosofía que acompañan a tales instrucciones. Así, no faltan quienes estiman que lo relevante en el Ordenamiento es preservar la autonomía e independencia del Ministerio Público como órgano constitucional relevante para el Estado de Derecho, antes que ocuparse del tema de los fiscales, individualmente considerados. La idea se refuerza a la luz de lo establecido en el artículo 2º de la ley 19.640, que reconoce que es el Ministerio Público el que actúa a través de cualquiera de los fiscales que intervenga en la gestión de que se trate.

Otros, en cambio, respaldados por el inequívoco texto del artículo 17 letra a) inc.2º [24] y su contraste con el inc. 2º del artículo 44 de la misma ley,[25] enfatizan la idea de que ha constituido afán del legislador, el preservar la independencia interna del Ministerio Público, excluyendo toda posibilidad de instrucciones particulares del Fiscal Nacional.

2. Estas reflexiones apuntan a incorporar nuevos elementos para la decisión de tal controversia y ayudarán al momento de tomar partido en torno a la posibilidad legal de impartirse, **en casos no previstos por la Ley**, instrucciones particulares por el Fiscal Nacional.[26]

3. Desde luego, es necesario efectuar un análisis del texto legal que pareciera impedir la impartición de "instrucciones particulares": se trata de la oración final del segundo inciso de la letra a) del art. 17 que señala que *"....(el Fiscal Nacional)* ***no podrá dar instrucciones*** *u ordenar realizar u omitir la realización de actuaciones en casos particulares,* ***con la sola excepción de lo establecido en el artículo 18..."***

---

[24] "…El Fiscal Nacional dictará las instrucciones generales que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos punibles, ejercicio de la acción penal y protección de las víctimas y testigos. **No podrá dar instrucciones u ordenar realizar u omitir la realización de actuaciones en casos particulares,** con la sola excepción de lo establecido en el artículo 18;"

[25] "Los fiscales adjuntos estarán igualmente obligados a obedecer las instrucciones particulares que el Fiscal Regional les dirija con respecto a un caso que les hubiere sido asignado."

[26] Se trata, entonces, de salvar una omisión legal, que no, sabemos, una "laguna del Derecho", establecido que éste confiere siempre soluciones para suplir los vacíos. La cuestión es clave para llegar a una respuesta. No es idéntica la situación legal que consista en que al Fiscal Nacional se le prohíba dar instrucciones particulares al Fiscal Regional a aquella que tiene lugar si se estima que la hipótesis no está regulada en la ley.

Este artículo 18 dispone que "...El Fiscal Nacional podrá asumir, de oficio y de manera excepcional, la dirección de la investigación, el ejercicio de la acción penal pública y la protección de las víctimas o testigos respecto de determinados hechos que se estimaren constitutivos de delitos, cuando la investidura de las personas involucradas como imputados o víctimas lo hiciere necesario para garantizar que dichas tareas se cumplirán con absoluta independencia y autonomía...." Vale decir, discurre sobre la base de un caso en que el propio Fiscal Nacional ejerce la acción penal y dirige la investigación, de donde resulta evidente que **el legislador no pudo haber autorizado al Fiscal Nacional para autootorgarse instrucciones**, porque constituiría una regla sin sentido alguno.

En consecuencia es preciso entender que la situación que se regula dice más propiamente relación con instrucciones referidas a policías y restantes órganos que colaboran en la investigación de los delitos que el Fiscal Nacional estará investigando, en el caso concreto.

Establecido lo anterior, no puede dejar de preguntarse por la razón de ser de esta dualidad que, de una parte, legitima las instrucciones para un caso particular, decretadas por el Fiscal Regional a un fiscal adjunto y, de otra, prohibe al Fiscal Nacional impartirlas, toda vez que, si la instrucción resintiere la independencia interna del Ministerio Público, tanto lo hará -respecto del adjunto- la que provenga del Fiscal Regional, como la que proceda del Nacional.

4. Se trata más bien de una modalidad tradicional que busca preservar la libertad del fiscal en juicio, me parece, en procura de la efectividad de su desempeño.

5. Si, empero, el Fiscal Regional, asume la "dirección de la investigación, el ejercicio de la acción penal y la protección de víctimas y testigos", en un caso específico, por haberlo dispuesto así el Fiscal Nacional, en los términos del art. 19 de la Ley 19.640, esto es, si se desempeña como habitualmente han de hacerlo los fiscales adjuntos, surge la interrogante en torno a si, a su respecto y en relación al caso específico, podría el Fiscal Nacional darle instrucciones, como lo autoriza el art. 44 ya recordado.

6. Recurriendo a modalidades interpretativas frecuentes en los usos forenses y, en especial, a aquella que recuerda que donde existe la misma razón ha de existir idéntica disposición, podría contestarse afirmativamente a la interrogante. Pero, de inmediato, se alzan reparos difíciles de superar, provenientes, los más, de la circunstancia de promoverse esta controversia, indiscutidamente, al interior del Derecho Público, donde campea la llamada "regla de oro", conforme a la cual no es posible al sujeto realizar sino aquello para la cual la ley lo autoriza expresamente.

7. Establecido que la situación general es que el Fiscal Regional puede -por mandato legal- otorgar instrucciones particulares al Fiscal adjunto, en relación a la investigación que está practicando y que el Nacional lo tiene prohibido, hay, en las situaciones que se comparan, ámbitos de contrastes: así el fiscal adjunto está obligado a obedecer -con las limitaciones de lo manifiestamente arbitrario, lo contrario a la ética o a la ley- estas instrucciones emanadas de su superior ¿y si es el Fiscal Regional el que asume el rol de adjunto?

8. La historia del establecimiento de la ley 19.640 aporta escasos elementos: la cuestión no fue objeto de controversia legislativa, limitándose el Parlamento a reproducir los términos del Proyecto del Ejecutivo. En éste, se tomó un principio generalmente aceptado en el Derecho Comparado, en orden a autorizar a la máxima autoridad de la institución para dar instrucciones generales y no particulares o referidas a un caso específico.

9. Así las cosas, me parece que, objetivamente, no existen elementos de derecho positivo que concurra, de un modo decisivo, a la solución de la cuestión y el debate se vuelve a centrar en temas específicos:

Cuando el Fiscal Nacional encomienda a un Fiscal Regional que ejerza la acción penal... esto es, cuando en relación a un delito concreto, le imponga la tarea de asumir el rol de fiscal adjunto, ¿es posible entender que el Fiscal Regional hace las veces de fiscal adjunto y, por ende el Fiscal Nacional, las de Fiscal Regional?

10. Un conocido procesalista nacional, autor de un Manual clásico, enfrentado en él a una de las típicas controversias que con frecuencia regular se suscitan en la interpretación de normas jurídicas, resuelve casi salomónicamente la controversia, afirmando, serenamente que "creemos que hay tan buenas razones para opinar en uno como en otro sentido", fórmula que se presenta como una tentadora alternativa, ante el dilema planteado que impone tomar partido en una situación claramente no resuelta en términos explícitos por el legislador.

11. No obstante, tras algunas vacilaciones y reflexiones, he comprobado que la respuesta que mejor me satisface es la siguiente:

Al revisarse la historia de la ley 19.640 afloran, permanentemente, elocuentes demostraciones del modo singular en que se concibió al Ministerio Público dentro del Ordenamiento jurídico chileno: es efectivo que no existen declaraciones contundentes, pero una y otra vez, aparecen normas que comprueban que se pretendió ceñir a esta Institución a un Estatuto jurídico diverso, no rígido ni caracterizado por las trabas que, de siempre, han acompañado el actuar de los órganos estatales nacionales. El enfoque sorprendió a los operadores más tradicionales, como se demuestra cuando se tiene en cuenta que el Senador designado E. Zurita -proveniente, como sabemos, de la Corte Suprema- cuestionó la posibilidad de aplicar como régimen laboral, las normas del Código del Trabajo, sosteniendo que "ello implicaría desconocer la naturaleza pública (del Ministerio Público)"[27], no obstante lo cual se acordó que parte importante del estatuto fuera el de ese Código.

12. En esa misma línea, no puede olvidarse que el artículo 76 de la Ley 19.640 preceptúa que "al Fiscal Nacional le corresponde determinar la forma de contratación y expiración de los servicios de los funcionarios que se desempeñen en el Ministerio Público", regla perfectamente extraña al sistema normal de vinculación de quienes ejercen funciones públicas, conclusión definitivamente consagrada por el artículo 71 que dispone que "...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 requiere expresamente de la intervención del órgano contralor..."

Todavía más elocuente es el artículo 180 del Código Procesal Penal que autoriza a los fiscales para realizar por sí mismos o para encomendar a la policía **"todas las diligencias de investigación que consideraren conducentes..."**, como obviamente no podía sino resolverse, en atención a la naturaleza de las actividades investigadoras, pero que representa una amplitud de proceder, difícilmente encasillable en los cánones tradicionales ("sólo lo que la ley autoriza expresamente...").

13. El mito de una irrestricta aplicación de la famosa "regla de oro del Derecho Público" comienza a quedar superado, entonces, a la luz de estos forados que se detectan en la naturaleza de esa Institución, que, confesadamente, persigue sujetarse a criterios de eficiencia y flexibilidad.

14. De este modo, comienza a facilitarse la conclusión en el sentido de que la falta de una norma que expresamente autorice al Fiscal Nacional para dar instrucciones al Regional en la hipótesis de que se trata, no constituye un reparo insalvable, en especial cuando se atiende a que la existencia de valores a los que decididamente apunta la normativa por la que se rige el Ministerio Público. Al efecto, destaco los de eficiencia en la gestión, control jerárquico y responsabilidad.

15. La idea de que la actividad de los fiscales se debe verificar con sentido de resultados y, entonces, apuntando a eficacia de su actuación, lo que se desprende del inciso 2º del artículo 6º que dispone que "...los fiscales deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones... pero, especialmente, del inciso 3º de la misma norma que preceptúa que "...los procedimientos del Ministerio Público deberán ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y procurarán la simplificación y rapidez de sus actuaciones..."

---

[27] Cfr_Boletín 2157-07. Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado pág. 93.

16. No obstante la disposición siguiente, artículo 7º, aporta la expresión del tema que interesa, declarando que "Las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia administrativa y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de las unidades y de la actuación de los funcionarios de su dependencia.

Este control se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones.

17. Establecidas estas premisas -la necesidad de procurar eficiencia de la gestión y la sujeción del actuar al control del superior- cabe recordar que la hipótesis en análisis supone que, bajo el régimen legal de excepción,[28] se haya dispuesto por el Fiscal Nacional que un Fiscal Regional asuma la dirección de la investigación, el ejercicio de la acción penal pública en el caso de que se trate. Deberá tratarse, como testimonió la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, de hechos que "...por su gravedad o por la complejidad de su investigación hagan necesario su conducción a nivel nacional, se facultó al Fiscal Nacional para disponer de oficio y de manera excepcional la intervención personal y directa de un Fiscal Regional determinado..."[29]

18. Pues bien, si con arreglo a la ley, los que, por regla general, ejercen la acción penal y dirigen las investigaciones, son los fiscales adjuntos, quienes deberán acatar no sólo instrucciones generales sino, además, (art. 44) estarán "...igualmente obligados a obedecer las **instrucciones particulares** que el Fiscal Regional les dirija con respecto a un caso que les hubiere sido asignado...", no se divisa la razón por la cual, cuando tal tarea corresponda, insisto, excepcionalmente, asumirla a un Fiscal Regional, éste no deba acatar instrucciones particulares que su superior le imparta.

19. Así debe concluirse, reparando en el régimen global de actuación de este Ministerio Público y, adicionalmente, en la necesidad de procurar la mayor eficiencia de la gestión.

No puede olvidarse que si un Fiscal Regional deja de otorgar instrucciones particulares para el adecuado desempeño de los fiscales adjuntos en los casos en que debieren intervenir a un fiscal adjunto (art. 32) -concurriendo circunstancias que las hicieren necesarias- lo que ocurriría es que estaría incumpliendo sus deberes funcionarios: si no existe Fiscal Regional respecto de quien cumple el cometido, es natural que el rol lo asuma su Superior, el Fiscal Nacional.

20. En la línea de los principios que inspiran el actuar de la Institución, no puede olvidarse que el de la responsabilidad es uno que subyace de modo permanente pero, además, tampoco puede soslayarse que el Fiscal nacional tiene responsabilidad política, en la que se integra esta aproximación que se ha dado en llamar "accountability" y que, me parece a mí, haría insostenible la designación de un Fiscal Regional en un caso de tan severa complejidad, para dar paso, luego, a una actitud de simple espera u observación distante.

Políticamente, por otra parte, resultaría, en general, impresentable que si el Fiscal Nacional hubiere arribado al convencimiento de haberse verificado una de las extraordinarias circunstancias que autorizan el régimen especial de investigación, que justifican su designación de un Fiscal Regional, él se marginara de los hechos, sin asumir, efectivamente, las actitudes que tan grave situación justifican.

21. En los tiempos que vivimos, en los que el tema de la seguridad de las personas se ha convertido en importantísimo tema del debate público nacional, no tendría presentación una actuación de prescindencia que encontrare justificación en interpretaciones jurídicas, a lo menos, discutibles.

---

[28] El artículo 19 de la ley señala que "……el Fiscal Nacional podrá disponer, de oficio y de manera excepcional, que un Fiscal Regional determinado asuma la dirección de la investigación, el ejercicio de la acción penal pública y la protección de las víctimas o testigos en relación con hechos delictivos que lo hicieren necesario por su gravedad o por la complejidad de su investigación…".

[29] Cfr. Segundo Informe…cit. pág. 39.

22. El rol que la sociedad espera del Ministerio Público y del Fiscal Nacional, es uno de compromiso cabal en la tarea que la Constitución les asigna: constituyendo, evidentemente, la más cómoda de las actitudes, resolver que no se pueden otorgar instrucciones particulares al Fiscal Regional cuando asume el ejercicio de la acción penal y la dirección de las investigaciones, por falta de un texto expreso que lo autorice, no me parece admisible, desde el punto de vista de la eficacia que se le exige al Ministerio Público en su actuar, ni políticamente defendible, el que el Fiscal Nacional, cuya experiencia, manejo de información, visión global y conocimientos le confieren una privilegiada situación, se reste de coadyuvar en la solución de una situación de caracteres tan graves y excepcionales, que le han conducido a entregar tareas propias de fiscales adjuntos, a un Fiscal Regional.

23. En mérito de lo expuesto, concluyo opinando que en el caso de que se trata, el Fiscal Nacional puede y debe dar instrucciones particulares al Fiscal Regional que está ejerciendo la acción penal y dirigiendo las investigaciones.

LA PRUEBA INDICIARIA

JULIÁN CARRASCO POBLETE
Abogado
Fiscal Adjunto Ministerio Público

Aspectos Doctrinarios
Análisis de un Fallo Trascendente

"Si el hombre no pudiese conocer más que por su propia percepción directa, pobre y escaso sería el campo de sus conocimientos; pobre en el mundo de las ideas y pobre en el mundo de los hechos ... se deberá renunciar al conocimiento de las cosas cuando nadie las haya percibido, ¡no! ... entre cosas y cosas hay hilos secretos e invisibles a los ojos del cuerpo, pero visibles a los de la mente; hilos providenciales, por los cuales el espíritu va de lo que conoce directamente a lo que directamente no puede percibir ... por tales vías, invisibles a los ojos del cuerpo, es por donde el espíritu humano, ante las causas pasa a pensar en los efectos, y ante éstos se eleva a pensar en las causas".[30]

INTRODUCCIÓN

Con fecha 19 de diciembre de 2005 la Tercera Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Concepción, integrada por los Jueces don Reynaldo Oliva Lagos, doña Carmen Gloria Durán Vergara y don Adolfo Rodrigo Cisterna Pino, dictó sentencia definitiva condenatoria en la causa RUC Nº 0400247703-9, RIT Nº 262-2005, en contra del Acusado Richard Antonio Mendoza Chandía, condenándolo como autor del delito de Homicidio Simple en contra de la persona de Eduardo Andrés Parra Olivares (el Magistrado Oliva Lagos estuvo por condenar por Homicidio Calificado) y como autor del delito de Robo con Violencia en las personas calificado en contra de la persona de don Andrés Belisario Rojas Henríquez.

Para condenar al acusado Chandía Mendoza como autor del delito de homicidio el Tribunal recurrió explícita y exclusivamente a la prueba indiciaria para fundar su convicción de que al acusado le cupo participación culpable en el citado ilícito.

La Defensa del acusado recurre de nulidad en contra de la sentencia argumentando que la sentencia incurre en la causal de nulidad del artículo 374 letra e), en relación a los artículos 342 letra c) y 297 del Código Procesal Penal.

La I. Corte de Apelaciones de Concepción con fecha 31 de enero de 2006 dicta su resolución en causa Rol 3-2006 R.P.P. rechazando el Recurso de Nulidad interpuesto por la defensa, haciéndose cargo en su fallo de aspectos relevantes referidos a la prueba indiciaria.

Tanto la resolución del Tribunal Oral como de la Corte de Apelaciones tienen la innegable importancia y relevancia de pronunciarse en el sentido de reconocer la plena aplicación y procedencia de la prueba indiciaria, asumiendo así, tal como ya lo han explicitado diversos autores, que en el nuevo proceso penal la prueba indiciaria puede y debe ser privilegiada al momento de fundar una condena.

---

[30] Nicola Framarino Dei Malatesta, "Lógica de las Pruebas en Materia Criminal", Librería Editorial General Lavalle, Santa Fe.

En la doctrina comparada el análisis y estudio de la prueba indiciaria se ha desarrollado de manera notable existiendo un gran consenso en la plena procedencia y aplicabilidad de la misma, cuestión que, como se verá, ha sido también recogida por la jurisprudencia extranjera y, tímidamente hasta estas resoluciones, en nuestra jurisprudencia.

LA IMPORTANCIA DE LA PRUEBA

La importancia de la prueba como piedra angular de todo el razonamiento jurídico resulta innegable, ya que es lo que conecta al Derecho con la realidad, sin pruebas éste no sería sino una especie de ciencia abstracta, una obra literaria más o menos interesante e ilustrativa de acuerdo a los intereses del lector, pero totalmente teórica.

Pero la prueba no sólo hace terrenal al Derecho, lo hace partícipe del mundo de los hombres, en otras palabras, lo hace práctico y practicable, sino que también lo hace justo, dado que un Derecho perfectamente coherente e ideal pero aplicado a tientas o sin correlación con la realidad, sería inicuo o injusto.

Fernando de Trazegnies Granda nos señala *"Toda norma tiene un elemento de hecho que establece la condición de realidad para la aplicación de la parte resolutiva. La disposición o resolución ordenada por la norma debe, como dicen los franceses, "plaquer sur le concret". Esto significa que la norma tiene que aplicarse exactamente sobre lo concreto, haciendo coincidir la realidad actual con la realidad potencial o presupuesta constituida por el tatbestand o fattispecie"*.[31]

Agrega más delante de Trazegnies *"La prueba busca la verdad, persigue tener un conocimiento completo de las cosas sobre las cuales deberá aplicarse una norma jurídica. Pero como el absoluto es imposible para el hombre, lo probado será siempre un mero acercamiento a la verdad sin llegar nunca al conocimiento total del hecho"*.

Pero aquí vale plantearse la interrogante ¿Qué es probar?, Francisco Ricci,[32] señala que *"Probar vale tanto como procurar la demostración de que un hecho dado ha existido, y ha existido de un determinado modo y no de otro"*. Marcel Planiol y Georges Ripert[33] explican que *"En un sentido amplio, probar es establecer la exactitud de una proposición cualquiera; en el sentido judicial, probar es someter al juez de un litigio los elementos de convicción adecuados para justificar la verdad de un hecho alegado por una parte y negado por la otra"*.

Hugo Alsina[34] indica que la convicción del juzgador, activada por la prueba, pasa por etapas sucesivas que son los distintos grados de conocimiento. La primera etapa es la ignorancia, cuando no hay conformidad entre las pretensiones de las partes y todavía la prueba no ha cumplido su función respecto de ellos. Con relación a esos hechos que están todavía al margen de toda prueba formal, Alsina insiste en que el juez no puede tenerlos por existentes aun cuando correspondan a sus intuiciones, prejuicios o conocimientos personales; principio que los antiguos simbolizaron colocando una venda en los ojos de la estatua de la Justicia. ¡Sabio consejo de este viejo maestro del Derecho Procesal que no debería ser nunca olvidado por todos aquellos a quienes les corresponda resolver una controversia jurídica, sean jueces, autoridades administrativas o árbitros! La segunda etapa surge cuando se presenta algún medio probatorio que crea en el juzgador una idea todavía imperfecta, poco sólida, de que los

---

31 Fernando de Trazegnies Granda, "La Teoría de la Prueba Indiciaria" en "Doxa: tendencias modernas del derecho". Ed. Normas Legales Lima.

32 Francisco Ricci, "Tratado de las Pruebas". Editorial Analecta España.

33 Marcel Planiol y Georges Ripert, "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés". Editorial José M. Cajica Jr. México.

34 Hugo Alsina, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial" citado por Fernando de Trazegnies Granda.

hechos puestos a prueba pueden haber sucedido; el ánimo del juzgador se encuentra tocado por la probabilidad de la existencia del hecho, aunque todavía no ha confirmado la existencia efectiva de ese hecho. Sólo cuando la investigación revela que hay uniformidad entre el hecho afirmado y los resultados obtenidos de manera consistente por las pruebas ofrecidas, se llega a la verdad jurídica.

OBJETO Y FINES DEL PROCESO PENAL Y DE LA PRUEBA PENAL

Siguiendo y citando al profesor Jorge Rosas Yataco,[35] creemos necesario precisar lo que se considera como objeto y fines del proceso penal de lo que se considera el objeto y fines de la prueba penal.

El objeto del proceso penal se entiende en sentido amplio y estricto. El primero se encuentra enraizado en el conflicto planteado por los sujetos procesales; es decir, el tema sobre el cual ellos deben concentrar su actividad procesal. En sentido estricto, es la pretensión procesal punitiva del Estado.

La finalidad del proceso penal se desdobla en fines generales y fines específicos. El primero consiste en el aporte de la aplicación de la norma penal al caso concreto, esto es, al juzgamiento de una determinada conducta humana (fin general inmediato), así como de la defensa social y la prevención de la delincuencia (fin general mediato). En los fines específicos se persiguen tres cuestiones: la declaración de certeza, la verdad concreta y la individualización del delincuente. Es esa verdad concreta la que implica alcanzar el dominio cognoscitivo de la totalidad del objeto de la investigación y juzgamiento, esto es, delito cometido, circunstancias de lugar, tiempo y modo, determinar los autores y partícipes, así como los móviles que influenciaron la comisión del delito.

Otro es el objeto y finalidad de la prueba. El objeto de la prueba es el hecho imputado, esto es un hecho con relevancia jurídico-penal que involucra la existencia de un delito y la responsabilidad penal.

La finalidad de la prueba no es otra que formar la convicción del juzgador acerca de los hechos imputados.

Sin duda alguna que en el recorrido, desde la noticia criminal hasta la sentencia de un proceso penal se presentan una serie de circunstancias que entorpecen e impiden una seria y verdadera investigación (policial y fiscal); sin embargo, y en palabras de Muñoz Conde, esto no quiere decir que el proceso penal tenga que renunciar, por principio y desde un principio, a la búsqueda de la verdad material entendida en su sentido clásico como *adecuatio rei et intellectu*, sino solamente que tiene que atemperar esa meta a las limitaciones que se derivan no solo de las propias leyes del conocimiento, sino de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y de las normas, formalidades e "impurezas" del proceso penal.

De allí que el tribunal debe actuar como si el hallazgo de la verdad fuera posible, y condenar solo cuando asuma sinceramente haber encontrado esa verdad y ella coincida con la acusación (al menos en parte). Para lograr ese nivel de convicción, el Tribunal debe eliminar toda duda lógica y científicamente posible, toda alternativa racional distinta a aquella que funda la condena contra el acusado. Si al final del procedimiento, sin caer en especulaciones infundadas, subsiste una duda razonable, entonces debe absolver. Si, por el contrario, puestos en ese momento, todas las dudas planteadas han sido eliminadas adquiriendo la convicción íntima de la existencia del delito y de la participación, entonces está autorizado a condenar.

---

[35] Jorge Rosas Yataco, "Prueba indiciaria: Doctrina y Jurisprudencia Nacional", La Reforma del Proceso Penal Peruano, Anuario de Derecho Penal 2004.

Es dentro de este contexto que la prueba, conforme a la doctrina que la clasifica también según su objeto (directa o indirecta), tiene una enorme importancia en la administración de justicia. De allí que Bentham escribió hace más de un siglo que *" ... el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas"*.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PRUEBA

Hubo un tiempo en que se desconoció la importancia de la prueba indiciaria y en que se la consideraba como un atributo semidivino, como la más grande expresión de la sabiduría (juicio salomónico). Relegada, en lejanas épocas, a un papel sumamente secundario, se le colocaba al nivel de las pruebas naturales imperfectas. Desde entonces hasta nuestros días, la prueba indiciaria ha recorrido un largo trayecto durante el cual su importancia ha ido creciendo cada vez más, así en la doctrina como en la legislación comparada. Su papel tiende a hacerse cada vez más considerable, en razón de los descubrimientos científicos. Ese prestigio se acrecienta por doble motivo: no solo por el mayor crédito acordado a los indicios, sino por la desconfianza que comienzan a inspirar pruebas antes estimadas en alto grado, como la testimonial y la literal. Los progresos realizados por la ciencia, que han acrecido el viejo arsenal de los indicios, haciendo conocer otros nuevos y antes no sospechados (pruebas de A.D.N., pericias de veracidad, pericias médico legales, etc.), dándonos un conocimiento más completo de las leyes sicológicas y naturales, han traído como consecuencia elevar a la prueba indiciaria en la escala de las pruebas, presintiéndose desde ya el día en que se convertirá en la prueba por excelencia, en la reina de las pruebas (*probatio probatissima* como se ha dicho de la confesión).[36]

En la Antigüedad, la prueba por excelencia era la confesión; pero ésta era arrancada a base del tormento, lo que, para nuestra mentalidad moderna, no solamente resulta ofensivo sino que también nos hace dudar de su eficacia. En los casos en que la confesión no tenía lugar, se recurría a las ordalías o a los augurios: el paso de un ave de Norte a Sur mientras se producía el juzgamiento podía constituir una prueba de inocencia, mientras que si pasaba el ave de Sur a Norte era prueba de culpabilidad; sacar a mano limpia un hierro al rojo del fondo de una caldera de aceite hirviendo y no quemarse era indicio de inocencia, mientras que si se quemaba era considerado culpable y adicionalmente se le cortaba la cabeza.

Más tarde se produjo una relativa humanización y la prueba de testigos y la prueba documentaria, que siempre habían existido supletoriamente, pasaron a ocupar un lugar más importante: sea en los actos materia de sanción como en los actos materia de interpretación de una convención, la prueba consistía en la presentación de documentos y en la declaración de testigos. Incluso la denominada comprobación *in fraganti* del delito era una forma de prueba testimonial: quien daba el testimonio era una autoridad que había visto directamente la comisión del delito y había procedido de inmediato a la captura y detención del agente infractor de la ley.

Sin embargo, no cabe duda de que la prueba testimonial, siendo superior a la confesión arrancada con torturas y a las ordalías, presenta todavía múltiples problemas y merece desconfianza por razones tanto de la apreciación subjetiva de los hechos que puede tener un testigo como de la posibilidad de utilizar el testimonio para realizar venganzas personales u obtener ventajas, el testigo que acusa para luego quedarse con la mujer del acusado, el testigo venal, etc.; ya en el mensaje de nuestro Código Civil se expresa *"Conocida es en las poblaciones inferiores la existencia de una clase infame de hombres, que se labran un medio de subsistencia en la prostitución del juramento"*. Para mejorar el sistema de probanza se recurrió a la necesidad de que existieran varios testigos coincidentes y al examen de las relaciones anteriores del testigo con el incriminado en el hecho infractor.

---

[36] Rosas Yataco, ob. cit.

Pese a ello, no cabe duda de que el testimonio no es la prueba más convincente. Paulatinamente se fue dando mayor importancia al documento escrito. A medida que se generalizó y democratizó el uso de la escritura y se desarrolló la técnica archivística, los documentos y los registros pasaron a adquirir el papel de prueba principal, sin dejar de lado la prueba testimonial, incluso a veces como requisito necesariamente complementario del documento (el Notario es un testigo privilegiado).

Paradójicamente, las necesidades de la vida moderna han llevado a replantear un tipo de prueba que se usó en épocas primitivas y que ahora vuelve a presentarse en el Derecho moderno: **la prueba indiciaria**. Existen algunos campos en los cuales la prueba directa de los hechos que dan lugar a la aplicación de una norma, se hace muy difícil; y es por ello que, para garantizar el orden, se hace necesario el intento de conocer la verdad a través de indicios que para algunos autores es una prueba propia y privativa del proceso criminal.

De alguna manera puede parecer, y lo es, si se la utiliza mal, un retroceso frente a la rigurosidad extrema de la prueba clásica donde, como se ha visto, todo aquel que alega algo está obligado a probarlo y nadie puede ser condenado sin pruebas o con pruebas que admitan una duda razonable. Pero en realidad la prueba indiciaria, no es una mera aplicación de la amplia discrecionalidad (y consiguiente arbitrariedad) del juez primitivo sino una recreación de la institución dentro de un marco moderno, asentándola sobre ciertos requisitos *sine qua non*, muy severos, que eviten caer en la arbitrariedad tan contraria a la seguridad y previsibilidad que exige la sociedad.

PROCEDENCIA DE LA PRUEBA INDICIARIA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Desde ya conviene dejar sentado que una condena basada en prueba indiciaria no vulnera, como lo han querido poner de manifiesto algunos, la garantía constitucional de la presunción de inocencia, por el contrario, como veremos, esta prueba resulta plenamente compatible con las garantías procesales y, aún más, debe privilegiarse su aplicación en un sistema garantista como el que se ha instaurado en nuestro país.

La presunción de inocencia versa sobre los hechos, pues sólo los hechos pueden ser objeto de prueba, es una presunción iuris tantum o simplemente legal que exige para ser desvirtuada la existencia de un mínimo de actividad probatoria de cargo producida con las debidas garantías procesales. Evidentemente, la prueba ha de servir para probar tanto la existencia del hecho punible como la participación en él del acusado.

Como se verá, prácticamente la totalidad de los autores que han abordado el tema llegan a la conclusión de la importancia, y por qué no decir necesidad, de acoger y aplicar la prueba indiciaria como una prueba de cargo con la aptitud y suficiencia necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia que favorece a todo acusado, siempre y cuando se cumplan los requisitos que más adelante se verán.

Conviene destacar que esta materia fue abordada y resuelta por Tribunal Constitucional Español desde las primeras sentencias dictadas en esta materia (STC 174 y 175 de 1985), reconociéndose desde entonces la validez de la prueba de indicios y colocándose de manifiesto la compatibilidad de esta prueba con el derecho a la presunción de inocencia, distinguiéndola de las simples sospechas y señalando los requisitos para que esta prueba pueda llegar a desvirtuar la presunción de inocencia.

Claus Roxin da plena validez a la prueba indiciaria o indirecta al señalar *"Por lo demás la convicción del Tribunal puede estar fundada en una prueba indiciaria, esto es, en virtud de hechos que permiten llegar a una conclusión sobre la base de circunstancias directamente graves. Una prueba indiciaria, en particular una prueba con medios probatorios materiales, en ciertas circunstancias puede, incluso, proporcionar una prueba más segura que las declaraciones de los testigos del hecho. El fracaso de la prueba de una coartada o la refutación de una afirmación de descargo todavía no pueden ser valoradas por si solas como indicio de la autoría del acusado. En cambio, es posible que numerosos*

indicios, de los cuales cada uno individualmente no alcanza para probar la autoría, en su conjunto le puedan proporcionar al juez la convicción de la culpabilidad del acusado".[37]

Fernando de Trazegnies señala *"La prueba indiciaria es, ante todo, una verdadera prueba. Esto significa no solamente que sus resultados deben ser admitidos como válidos por el Derecho sino además -y como condición para lo primero- que es necesario que tenga las características de seriedad, rigor, consistencia, que toda prueba debe tener en el campo del Derecho si se quiere que sea utilizada"*, agregando que *"Respecto de este tema tan delicado relativo al valor de convicción de la probanza, hay que tener cuidado con las comparaciones entre el Derecho Privado y el Derecho Penal. El razonamiento analógico en este caso debe ser asumido en la forma más cautelosa posible porque uno y otro campo del Derecho protegen valores diferentes y, por ello, tienen sensibilidades y seguridades distintas. En el campo penal hay una necesidad de condenar al sujeto antisocial y hasta peligroso, por lo que la actitud es fundamentalmente inquisidora"*.[38]

También se ha dicho *"En el proceso penal tiene una importancia extraordinaria este tipo de prueba, pues no siempre es fácil lograr una prueba directa del hecho, y, evidentemente, prescindir de la prueba indiciaria generaría la impunidad de no pocos delitos; incluso, en no pocos supuestos, la prueba indiciaria puede proporcionar una mayor certidumbre que una sola prueba directa"*.[39]

Por su parte el profesor argentino Guillermo Cabanellas, al definir la prueba indiciaria y reconocerle su importancia, expresa que esta prueba *"Es peculiar del procedimiento criminal, donde el culpable procura borrar todas las pruebas delictivas o desfigurarlas de modo tal, que la convicción plena o la evidencialidad de los hechos resulte prácticamente inlograble"*.[40]

En este mismo sentido en nuestro país se ha escrito *"Sabido es que en este tipo de procesos el delincuente normalmente procurará no ser visto a la hora de cometer el delito, evitará confesar el hecho e intentará borrar todas las huellas o señales delictivas o desfigurarlas de tal modo que la convicción plena de los hechos sea prácticamente inlograble. Se trata de evitar la impunidad de aquellas conductas respecto de las cuales no se cuenta, por cualquier motivo, con evidencias o pruebas directas de participación o responsabilidad. Al decir del profesor Mittermaier, los indicios "son testigos mudos que parece haber colocado la Providencia alrededor del crimen para hacer resaltar la luz de la sombra en que el criminal se ha esforzado en ocultar el hecho principal; son como un fanal que alumbra el entendimiento del juez y le dirige a los seguros vestigios que basta seguir para llegar a la verdad". Se trata de evitar, también, mediante la correcta construcción y aplicación de este medio probatorio, la alarma en la opinión pública frente a sentencias absolutorias muchas veces escandalosas en que no se logra acreditar a través de pruebas directas la culpabilidad del individuo responsable, reconociéndole a la prueba indirecta el valor de un medio de prueba autónomo, con capacidad probatoria propia, eficaz, objeto y capaz de fundar por sí solo una resolución condenatoria con caracteres de legitimidad suficientes.*

Desconocerle este valor al indicio en materia penal implicaría, en virtud de lo expuesto, que el proceso penal volvería a girar en torno a la confesión como única forma de suplir la falta de pruebas directas como lo serían los testigos o las pericias, lo que nos lleva siempre a legitimar el empleo de formas ilícitas de obtener la confesión del imputado como vía obligada para su obtención por parte de los órganos policiales o de persecución penal".[41]

---

37 Claus Roxin, "Derecho Procesal Penal" Editorial del Puerto, Primera Edición.

38 De Trazegnies Granda, ob. cit.

39 Tomás y Valiente, F., "In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

40 Guillermo Cabanellas, «Diccionario de Derecho Usual», Editorial Heliasta, Buenos Aires.

41 Eduardo Fernández, "La prueba indirecta", Revista Procesal Penal, Doctrina, Lexis Nexis.

Don Cristián Riego, partiendo de la base de la mayor protección que el nuevo sistema procesal penal otorga al imputado, ha señalado: *"Dicho de otro modo, este escenario de protección al imputado en su autonomía para declarar o no, y para el caso de no hacerlo a no estar condicionado a hacerlo colaborando con el acusador, pone al sistema en la necesidad de privilegiar altamente el funcionamiento de la prueba indiciaria, esto es, de pruebas que nos permiten reconstruir los hechos solo parcialmente y que para completar la verdad de lo ocurrido nos obligan a recurrir al razonamiento deductivo"*.[42]

Aún más, en Argentina un fallo del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Buenos Aires señaló expresamente *"La circunstancia de que no se cuente en el proceso con prueba directa, en modo alguno se alza como impedimento para acreditar la responsabilidad del imputado"* ("Rolón, Roberto Ismael s/ falsificación de moneda", Reg. nº 14/97 de 14/5/97).

Para Cándido Conde-Pumpido Touron *"el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en el proceso penal pueda formularse sobre la base de una prueba de este tipo"*.[43]

Dicho lo anterior creemos importante destacar un fallo del Tribunal Constitucional Español que expresamente se refiere a la presunción de inocencia y la prueba indiciaria:

"Antes de entrar a examinar el caso que motiva el presente recurso, conviene recordar la doctrina de este Tribunal en relación con el derecho a la presunción de inocencia y, en concreto, con la prueba indiciaria que puede servir de fundamento al fallo condenatorio. Desde su STC 31/1981, este Tribunal ha señalado reiteradamente que, si bien el Juzgador dicta Sentencia "apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados" (art. 741 L.E.Cr.), esta apreciación en conciencia ha de hacerse sobre la base de una actividad probatoria que pueda estimarse de cargo, pues sólo la existencia de tal actividad puede servir para desvirtuar la presunción de inocencia que beneficia a toda persona. No basta, por lo tanto, con que se haya practicado alguna prueba e incluso que se haya practicado con gran amplitud; es preciso que el resultado de la misma sea tal que pueda racionalmente considerarse "de cargo", es decir, que los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada, acrediten la culpabilidad del acusado. El Tribunal ha precisado también (SSTC 174/1985 y 175/1985) que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria..." (Sentencia 229/1988); en todo caso debemos desde ya dejar establecido, como veremos, que los Tribunales Superiores en España también han dejado en claro que la prueba indiciaria debe cumplir una serie de requisitos para tener el efecto aquí señalado.

CONCEPTO DE PRUEBA INDICIARIA

El Diccionario de la Real Academia Española define el término indicio como "el fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido".

La palabra indicio tiene su origen en el vocablo **indicium**, del verbo **induco**, compuesto de la proposición **in** y del verbo **duco**, **ducere**, que significa conducirla, llevarla. Algunos autores afirman que la palabra indicio proviene de **indicare**, que significa indicar, descubrir, dar a entender, revelar. Otros entienden que el origen se une a la palabra **index**, que expresaba el dedo indicador, el objetivo o el hecho que se indica. Por último, para otros la palabra **indicium** equivalía, entre los romanos, más propiamente a la denuncia.

---

[42] Cristián Riego, "Nuevo Estándar de Convicción", Informe de Investigación N° 17 año 2003, Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

[43] Cándido Conde-Pumpido Touron, "Ley de enjuiciamiento Criminal. Ley y legislación complementaria. Doctrina y jurisprudencia", Ed. Trivium, Madrid".

Desde el punto de vista doctrinario existen algunos autores que hacen sinónimas las expresiones "indicio" y "prueba indiciaria", en cambio otros autores les dan un sentido y contenido distinto, considerando a la "prueba indiciaria" un proceso intelectual lógico en el que el "indicio" es el presupuesto básico o punto de partida.

Forma parte del primer grupo el autor Luís Muñoz Sabaté, quien señala *"el indicio, como prueba indirecta, es aquella prueba que, por vía de la reflexión y el raciocinio a partir de un hecho conocido, nos lleva por inducción-deducción a otro desconocido"*.[44]

En este mismo sentido, Framarino dei Malatesta, considera que el indicio es *"el raciocinio probatorio indirecto que mediante la relación de causalidad deduce lo desconocido de lo conocido, o en otros términos el indicio es una cosa conocida que consiste en el hecho indicador y que sirve para indicar una desconocida, o sea el hecho indicado"*.[45]

Por último, Gustavo Humberto Rodríguez manifiesta *"el indicio no es todo el hecho indicador, ni el hecho indicado o desconocido, ni la inferencia lógica, sino que el indicio es todo el proceso con su parte objetiva (los dos hechos extremos) y subjetiva (la inferencia)"*.[46]

Forma parte del grupo de autores que diferencian el concepto de indicio del de prueba indiciaria, entendiendo que aquel forma parte de esta, Pietro Ellero, quien señala que el indicio es *"aquella circunstancia probada perfecta o imperfectamente, de la cual se induce una perfecta o imperfecta prueba de otra circunstancia que se investiga. La perfección o imperfección externa o interna de la prueba no entra, pues, en la esencia del indicio; lo principal es la inferencia o mejor la inducción de un hecho desconocido en virtud de otro conocido"*.[47]

Para el autor Vito Gianturco, *"la inducción y deducción se confunden en el resultado del juicio lógico-critico, el indicio es argumentum demostrativum, delicti; es un hecho conocido, del cual a través de un juicio lógico que se inserta en el esquema característico del silogismo probatorio, se puede argumentar la existencia de otro hecho desconocido, que constituye el thema probandum"*.[48]

Antonio Dellepiane considera que el indicio *"es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido o mejor debidamente comprobado, susceptible de llevarnos por vía de la inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido"*.[49]

Creemos que optar por una u otra posición doctrinaria tiene la importancia fundamental de determinar cuál es el rol que debe asumir el juzgador ante este tipo de prueba o, dicho de otra manera, qué es lo que debe acreditarse mediante la prueba de cargo. En efecto, si nos inclinamos por la primera posición la prueba de cargo deberá comprender no solo la acreditación del hecho conocido sino que también será de cargo del ente acusador efectuar y exponer el razonamiento lógico e indicar cuál es el hecho desconocido que se induce, lo que conllevaría a limitar la labor del juzgador solo a reproducir estos razonamientos en su sentencia, en cambio, si nos inclinamos por la segunda posición resulta claro que la prueba de cargo debe estar dirigida a acreditar el hecho conocido y deberá ser el juzgador en su sentencia quien haciendo uso del razonamiento lógico induzca el hecho desconocido a fin de formarse la convicción sobre la existencia del delito y de la participación culpable; estimamos que es esta última posición la que tiene mayor y mejor sustento en nuestra legislación dado que, por una parte, lo que se debe probar son hechos y, por otra parte, porque la aplicación de la lógica (al igual que las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos) queda entregada al juzgador al valorar la prueba rendida.

---

44 Muñoz Sabaté, Luis, "Técnica probatoria, estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso", Ed. Praxis.

45 Framarino Dei Malatesta, ob. cit.

46 Gustavo Humberto Rodríguez, "Curso de Derecho Probatorio", Ediciones Librería del Profesional, Colombia.

47 Pietro Ellero, "De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de prueba en materia penal", Editorial Argentina.

48 Vito Gianturco, "Los Indicios en el Proceso Penal", Julio Romero Soto editor, Bogotá.

49 Antonio Dellepiane, "Nueva teoría de la prueba", Intercodex Librería Jurídica.

CLASIFICACIÓN DE LOS INDICIOS

El autor y ex Magistrado francés Francois Gorphe[50] clasifica a los indicios en los siguientes:

a. La presencia del acusado en el lugar del delito;

b. Los indicios de su participación en el mismo;

c. Los de su capacidad para cometerlo;

d. Aquéllos relativos a los motivos o el móvil para delinquir;

e. La actitud sospechosa; y,

f. La mala justificación o coartada del implicado.

Explicando esta clasificación de la siguiente manera:

a. Los indicios de presencia, que también se pueden llamar de oportunidad física, en sentido estricto, obtenidos del importante hecho de que el individuo estuviera, sin razón plausible, en el lugar y al tiempo del delito. Ese hecho material resulta sospechoso, solo porque no tiene justificación o, más aún, porque el acusado lo explica mal.

b. Los indicios de participación en el delito, que pueden comprender y superar lo que se ha denominado la oportunidad material, en sentido amplio: indicios muy diversos, sacados de todo vestigio, objeto o circunstancias que implique un acto en relación con la perpetración del delito: señales de fractura o de sustracción, rastros de golpes o de polvo, manchas de sangre o barro, tenencia del instrumento del delito, descubrimiento de un objeto comprometedor en el lugar del hecho o en la casa del sospechoso.

c. Los indicios de capacidad para delinquir, que también pueden llamarse de oportunidad personal o, más sencillamente, de personalidad, proceden de la compatibilidad de la personalidad física y moral con el acto cometido. Por lo que se sabe del conjunto de su carácter, de su conducta pasada, de sus costumbres y disposiciones, se deduce que el acusado era capaz de haber cometido el delito imputado o, inclusive, que fue llevado a ejecutarlo. Constituye una condición necesaria, pero no suficiente, de la culpabilidad: unas veces proporciona una simple posibilidad y otras, una probabilidad o verosimilitud, pero no certeza.

d. Los indicios de motivo o, más bien, de móvil delictivo, que completan y precisan los precedentes al darles la razón del acto, elemento psicológico indispensable para comprender el delito y configurar la culpabilidad: indicios deducidos a la vez de las declaraciones del inculpado sobre el propósito perseguido, de la naturaleza del acto cometido y del interés por cometerlo, o de los sentimientos que a ello arrastran; se debe tener en cuenta que el verdadero móvil puede continuar en parte inconsciente y no es, en consecuencia, indicado necesariamente por las confesiones.

e. Los indicios de actitud sospechosa: deducidos de lo que se llama rastros mentales o, en términos más genéricos, de las manifestaciones del individuo, anteriores o posteriores al delito; en pocas palabras, al comportamiento en cuanto revela el estado de ánimo del acusado en relación con el delito; es decir, tanto su malvada intención antes del delito, como su conciencia culpable después de haberlo realizado.

f. Los indicios de mala justificación, que sirven para completar y precisar los anteriores, y de manera especial los de los literales a) al e), por medio de las propias declaraciones del acusado: hechos o actos sencillamente equívocos adquieren un sentido sospechoso o delictivo, si el interesado da sobre ellos una explicación falsa o inverosímil, mientras que pierden todo su efecto acusador cuando son justificados de manera plausible.

---

[50] Francois Gorphe, “La apreciación judicial de las pruebas”, Editorial La Ley de Buenos Aires.

Por su parte el autor Pietro Ellero[51] formula una clasificación técnica de los indicios que prácticamente coincide con la anterior y que es la siguiente:

a. De capacidad moral o inclinación al delito;

b. Del móvil condición diferente en cada uno (motivación del impulso de meta o de fines mediatos e inmediatos perseguidos en las acciones instrumentales);

c. Oportunidad ya personal (conocimiento y poder), ya material o real (presencia en el lugar, posición de armas);

d. De rastros materiales (huellas, impresiones digitales, objetos abandonados, llevados, etc.);

e. Manifestaciones anteriores al delito (amenazas o instrucciones); y,

f. Manifestaciones posteriores al delito (declaraciones falsas, retorno al lugar del hecho, fuga, destrucción de vestigios, transacción con la víctima, soborno a testigos, gastos excesivos).

Como se puede observar de la lectura de los párrafos anteriores, para la doctrina los indicios no se limitan a los rastros materiales o reales ya que también pueden tener actitudes y carácter personal: por ej., la seguridad, inquietud o falta de credibilidad o verosimilitud de quien es interrogado (testigos o imputado), los antecedentes historico-criminales, etc.

En todo caso cabe desde ya dejar en claro que las anteriores son clasificaciones no excluyentes de la existencia de otras clases de indicios y, además, no siempre deberán necesariamente concurrir todos y cada uno de los indicios antes indicados para dar por acreditados el delito y la participación.

REQUISITOS O ESTRUCTURA DE LA PRUEBA INDICIARIA

En general la Doctrina y la Jurisprudencia coinciden en los requisitos que debe cumplir la prueba indiciaria.

Conde-Pumpido Touron[52] señala que la prueba indiciaria "debe satisfacer al menos dos exigencias:

1. *Los hechos base o indicios deben estar acreditados y no pueden tratarse de meras sospechas.*

2. *El órgano jurisdiccional debe explicitar el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios llega a la convicción sobre la existencia del hecho delictivo y la participación del acusado.*

Este mismo autor agrega, en relación con lo anterior, que las sentencias deben cumplir con los siguientes requisitos "que proporcionan los parámetros que debe cumplir una sentencia que fundamente su condena en prueba indiciaria:

1. *Desde el punto de vista formal: la sentencia debe expresar cuáles son los hechos base o indicios acreditados para fundamentar la deducción o inferencia. Y además, debe hacer explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento de los hechos punibles y la participación en los mismos del acusado. Esto se hace imprescindible para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia.*

2. *Desde el punto de vista material los indicios deben estar plenamente acreditados, ser plurales, o excepcionalmente uno, pero de una singular potencia acreditativa, ser concomitantes al hecho que se trata de probar y además, deben estar interrelacionados (cuando sean varios) de modo que se refuercen entre sí.*

---

51 Pietro Ellero, ob. cit.

52 Conde-Pumpido Touron, ob. cit.

Por último la inducción o inferencia debe ser razonable, es decir, no sólo que no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos bases probados fluya como conclusión el dato, que queda acreditado para el Tribunal".

Por su parte José María Casado Pérez[53] nos dice *"Cuando la única prueba disponible tras la celebración del juicio es la prueba de indicios o circunstancial, el tribunal debe asegurarse de que se cumplan los siguientes requisitos:*

a. *Que los hechos base o delictivos estén acreditados por prueba directa.*

b. *Que los hechos indiciarios o indicios estén plenamente probados y perfectamente relacionados con los hechos delictivos, debiendo excluirse las meras sospechas o conjeturas.*

c. *Que no se trate de un único indicio, sino de una multiplicidad de ellos, en función de las circunstancias de cada caso en concreto, aunque podrían darse casos excepcionales en los que valdría un único indicio: intervención policial de una gran cantidad de droga mientras la lleva personalmente el imputado, o la prueba de ADN.*

d. *Que no existan "contraindicios" (coartada) que hagan dudar de la virtualidad incriminadora del indicio.*

e. *Que el tribunal sentenciador, por último, exponga el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la convicción de la existencia del hecho punible y de la culpabilidad del acusado. Ese juicio de inferencia no ha de ser absurdo, irracional o arbitrario, sino que debe realizarse según las reglas de la lógica y del criterio humano, es decir, según las reglas de la sana crítica"*.

Como ya lo señalamos el Tribunal Constitucional Español ha reconocido la validez de la prueba de indicios desde las Sentencias, básicas en esta materia, 174 y 175 de 1985, en las que se puso de manifiesto la compatibilidad de esta prueba con el derecho a la presunción de inocencia, la distinción entre pruebas indiciarias y simples sospechas, y los requisitos necesarios para que aquéllas puedan llegar a desvirtuar la presunción de inocencia. A estos requisitos, reiterando la legitimidad como prueba de cargo de los indicios, se refiere la STC 157/1998 que señala que los criterios para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas son los siguientes:

a) *La prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados, pues se entiende que no es posible basar una presunción, como lo es la prueba indiciaria, en otra presunción.*

b) *Los hechos constitutivos de delito deben deducirse de esos indicios (hechos completamente probados), a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la Sentencia condenatoria"*.

La STC 189/1998 confirma la exigencia de la "razonabilidad" de la inferencia realizando importantes declaraciones sobre el derecho a la presunción de inocencia y la prueba de indicios, y señalando, en lo que al engarce entre el hecho base y el hecho consecuencia se refiere, que la falta de concordancia con las reglas del criterio humano -la irrazonabilidad- se puede producir tanto por la falta de lógica o de coherencia de la inferencia, en el sentido de que los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o conduzcan naturalmente a él, como por el carácter no concluyente por excesivamente abierto, débil o indeterminado.

En particular, añade la STC 157/1998, *"podríamos afirmar que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia por falta de prueba de cargo cuando la inferencia sea tan abierta que en su seno*

---

[53] José María Casado Pérez, "La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño", Editorial Lis El Salvador".

quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada. Así, nuestra jurisprudencia ha catalogado como inferencia contraria al derecho a la presunción de inocencia la que une la sola tenencia de instrumentos idóneos para ejecutar un delito de robo con su especial destino a tal ejecución (STC 105/1988); la que concluye la intervención de una persona en un hecho punible a partir únicamente de la apreciación de que tuvo la ocasión de cometerlo o de que estaba en posesión de medios aptos para su comisión o por simples sospechas o conjeturas (STC 283/1994); la que une la sola posesión de unos pájaros con el robo con escalamiento de los mismos (STC 24/1997) o la sola titularidad de una embarcación utilizada para una conducta ilegal de pesca con la autoría de dicha conducta (STC 45/1997); o, finalmente, la que concluye la participación del acusado en una operación de tráfico de drogas a partir del único dato del acompañamiento al aeropuerto de quien iba allí a recoger la droga (STC 157/1998)".

Más ilustrativa resulta la STC 117/200 que se refiere no sólo a la "razonabilidad del nexo (o inferencia)" sino que también a aspectos tales como la estructura de las resoluciones judiciales señalando *"En los casos en que la culpabilidad del acusado se infiere de la prueba indiciaria, como es el que ahora enjuiciamos, el engarce entre el hecho base (que no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste, a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia) y el hecho consecuencia ha de ser "coherente, lógico y racional, entendida la racionalidad ... no como mero mecanismo o automatismo, sino como comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes" (STC 220/1998, de 16 de noviembre, con cita de las SSTC 174/1985, de 17 de diciembre, 175/1985, de 17 de diciembre, 169/1986, de 22 de diciembre, 229/1988, de 1 de diciembre, 107/1989, de 8 de junio, 384/1993, de 21 de diciembre, y 206/1994, de 11 de julio).*

La prueba de indicios exige dos elementos: a) que los hechos básicos estén completamente acreditados; b) que entre tales hechos básicos y aquél que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. La prueba indiciaria se caracteriza por el mayor subjetivismo que preside su valoración por el juzgador y, en consecuencia, se ha de ser especialmente riguroso en cuanto a la exigencia de una motivación suficiente.

Según tenemos afirmado en nuestra jurisprudencia, "el art. 120.3 de la Constitución establece que las Sentencias serán siempre motivadas, por lo que el razonamiento en virtud del cual el órgano judicial, partiendo de los indicios probados, llega a la conclusión de que el procesado ha realizado la conducta tipificada como delito (art. 25.1 de la Constitución) no puede ser meramente interno, sino que ha de expresarse en la Sentencia y, de otra, que ello es también una exigencia del art. 24.1 de la Constitución, pues de otro modo ni la subsunción estaría fundada en Derecho, como exige tal precepto, según muy reiteradas declaraciones del Tribunal, ni habría manera de que el Tribunal Constitucional determinase si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo, por lo que debe afirmarse que tal derecho exige también la motivación indicada. En definitiva, en la operación deductiva deberán señalarse, en primer lugar, cuáles son los indicios probados, y, en segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal manera que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de los indicios" (STC 175/1985, de 17 de diciembre, FJ 5, con una doctrina reiterada en las SSTC 229/1988, de 1 de diciembre, 107/1989, de 8 de junio, 94/1990, de 23 de mayo, 244/1994, de 15 de septiembre, 24/1997, de 11 de febrero y 116/1998, de 2 de junio).

En suma, "de lo que se trata es de asegurar ... la garantía formal de que el razonamiento hecho por el Tribunal conste expresamente en la Sentencia, pues solo de ese modo es posible verificar si el Tribunal ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia -lo único que compete al Tribunal Constitucional-" (STC 174/1985, de 17 de diciembre). No se trata, por tanto, de que el juzgador tenga que detallar en la Sentencia los diversos momentos de su

razonamiento (STC 174/1985). Tampoco nuestro análisis sobre la suficiencia de la motivación ha de recaer sobre su extensión, cuantificación de argumentos o calidad literaria (ATC 30/1988, de 28 de enero), puesto que no existe norma alguna en nuestras leyes de enjuiciamiento que imponga a priori una determinada extensión o un cierto modo de razonar, ni es misión de este Tribunal revisar la estructura de las resoluciones judiciales. Pero hemos de supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (STC 220/1998, de 16 de noviembre). O, en otras palabras, nuestro juicio ha de versar acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria y, en concreto, con la suficiente solidez del engarce entre el resultado alcanzado con la actividad probatoria y el relato de hechos probados".

Otro aspecto esencial de la prueba indiciaria es si se exige o no la pluralidad de indicios. En doctrina este tema no es pacífico, aún cuando existe una tendencia, criterio que compartimos, a considerar que no existe una solución a priori en esta materia sino que en cada caso concreto debe analizarse la suficiencia del o de los indicios acreditados.

En todo caso, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español no ha exigido este requisito de la pluralidad de indicios, salvo en algún caso aislado, como por ejemplo en la STC 110/1990. La jurisprudencia de dicho Tribunal lo que exige es que la inferencia que se realice sea razonable, con independencia de que sean uno o varios los indicios concurrentes en el caso concreto.

Sin embargo otro punto de vista sigue el Tribunal Supremo Español que sí exige una pluralidad de indicios (indicium unus, indicium nullus) (SSTS 21/02/1998, 25/03/1998 y 09/06/1998). Así, con ocasión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1996 (Recurso Nº 3107/1994), los recurrentes habían impugnado el razonamiento de la Audiencia Provincial que había llevado a ésta a determinar la autoría de los acusados en la producción de un incendio que produjo daños por varios millones de pesetas, sometiendo a crítica cada uno de los indicios en los que aquel Tribunal había fundamentado su convicción. La Sentencia del Tribunal Supremo repasa los indicios en los que la Audiencia apoyó sus conclusiones, señalando que *"el Tribunal a quo sostuvo, en primer lugar, que el foco causante del incendio se encuentra en un pequeño trozo de algodón situado en la base de un cubo de plástico, remitiéndose para sostener esta acusación a los informes obrantes en la causa. En segundo lugar, se ha tenido en cuenta que el incendio sólo se pudo producir desde el interior, pues ello surge del informe del Laboratorio ... Por último, la Audiencia tuvo en cuenta que los acusados eran los únicos tomadores de las llaves del local", añadiendo que "los recurrentes no cuestionan las bases probatorias de estos indicios, sino su efecto indiciario mismo. El criterio en el que se basa el recurrente, sin embargo, es equivocado. En efecto, es claro que una exigencia básica de la prueba de indicios es la necesidad de que los indicadores sean plurales. Tal requisito se explica precisamente porque individualmente considerado cada indicio no es una prueba acabada e irrebatible. Por el contrario, la acumulación de indicios en un mismo sentido es lo que permite formar la convicción del Tribunal excluyendo toda duda. Esto es lo que ocurre en el presente caso. El razonamiento de los jueces a quibus es, por lo tanto, correcto: el incendio tiene su foco desencadenante dentro del local, a él sólo tienen acceso los procesados y además es posible descartar que el fuego se haya producido desde fuera o de manera fortuita. La conclusión es tanto lógica como empíricamente correcta, pues no vulnera ninguna regla del razonamiento inductivo, ni contradice máxima alguna de la experiencia. Sobre todo desde este último punto de vista es claro que una causa que se activó dentro de un recinto al que sólo tienen acceso determinadas personas, sólo puede haber sido puesta por éstas, descartado, como ha quedado, que el incendio haya sido causado desde fuera".*

LA PRUEBA INDICIARIA Y EL UMBRAL DE CERTEZA

En doctrina se advierte sobre la cautela que se debe tener para dar por acreditado mediante la prueba indiciaria un determinado hecho, señalándose el "umbral de certeza" a que debe llegar el juzgador para dar el carácter de verdadera prueba y no simples conjeturas a los indicios. Para estos efectos seguiremos al profesor Fernando de Trazegnies[54], quien nos señala los criterios a considerar en esta materia.

Un primer criterio sostiene que el cruce del umbral de la certeza está constituido por tres criterios o requisitos fundamentales: que los hechos sean ciertos; que exista una relación causal razonada entre los indicios y la teoría que se pretende demostrar; y, que las demás interpretaciones no merezcan igual grado de aceptación. Si bien estas afirmaciones son incuestionables, debemos ser rigurosos con ellas, ya que todo ello equivale a decir que la prueba indiciaria debe ser una verdadera prueba indiciaria.

Que los hechos que se pretende se conviertan en indicios sean ciertos es de perogrullo ya que si construimos una teoría con simples conjeturas sólo obtendremos una conjetura mayor. De otro lado, que exista una relación causal razonada parece obvio, pero los criterios para establecer que el razonamiento es válido deberán ser buscados en los propios criterios de valoración de la prueba que nos da nuestra legislación, esto es, en las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente aceptados. Por último, que las demás interpretaciones no merezcan igual grado de aceptación, eso depende igualmente de esos criterios para otorgar un determinado nivel de aceptación o certeza a las teorías que se construyen sobre la base de las pruebas indiciarias, criterios que el juzgador debe explicitar en su sentencia obviamente para el caso que existan otras interpretaciones posibles.

Un segundo criterio consiste en establecer el tipo de hechos que se manifestaría si aquello que se pretende probar se hubiera producido para luego examinar si alguno de esos hechos ha tenido lugar en el caso bajo estudio. Pero esos mismos hechos pueden tener significaciones diferentes y si cabe la posibilidad de que tengan otra significación, no se les puede adjudicar una significación determinada sin probar que es esa y no las otras significaciones las que tuvieron lugar en el caso estudiado, siendo esto muy cercano al concepto de duda razonable. Por otra parte, esos mismos hechos pueden servir como indicios de otras teorías sobre lo sucedido, por lo que partir de una teoría de los hechos o hipótesis de cómo habrían ocurrido las cosas para luego buscar su confirmación en la realidad, es partir de un prejuzgamiento, es tomar como base una idea preconcebida, siendo éste uno de los peores caminos para que un juzgador forme su convicción.

Un tercer criterio para fijar el umbral de certeza jurídica ha sido el que afirma que el razonamiento que hilvana a los hechos para convertirlos en indicios debe surgir espontáneamente, de una manera natural, sin un esfuerzo excesivo. Esta parece una recomendación sana, sin embargo debe seguirse con cautela, toda vez que resulta fácil que un razonamiento "espontáneo" se convierta en un razonamiento "ingenuo" o, dicho de otra manera, en un razonamiento sesgado que pretende encandilar al observador con una luz aparentemente muy brillante pero que oculta el objeto que la emite, sin que nos permitamos hacer una análisis y un cuestionamiento más profundo de lo que enfrentamos. En muchos casos, lo simple no es lo más seguro desde el punto de vista racional, al nivel de la simpleza muchas emociones se disfrazan de razones y muchos prejuicios se convierten en dogmas.

En el fondo, esa primera lectura inocente, no sofisticada, de la realidad, no es sino el acoplamiento de nuestros intereses y de nuestros prejuicios "naturales" que sólo contribuyen a dar una imagen deformada de los hechos. El jurista está obligado a poner a prueba todas las informaciones y todas las interpretaciones; tiene necesariamente que abandonar lo "natural" de la superficie para conocer las

---

[54] De Trazegnies Granda, ob. cit.

cosas de la manera más profunda posible. Y eso lo lleva a sopesar, a evaluar, a realizar razonamientos complejos sutiles. Sin ese trabajo, simplemente caemos en la visión del lego, zarandeada por las pasiones no reconocidas, por las presiones, por los intereses no admitidos y por las convicciones superficiales mal digeridas.

Quizás la mejor solución, señala de Trazegnies, es que para construir el umbral de certeza debemos partir de tres principios elementales de la lógica: el de razón suficiente, el de identidad y el de no contradicción.

a) El principio de razón suficiente nos dice que nada existe sin una razón;

b) El principio de identidad nos dice que las cosas no pueden ser y no ser al mismo tiempo; y,

c) El principio de no contradicción nos dice que no se puede predicar algo de una cosa y también lo contrario.

A continuación, del punto de vista práctico, debemos plantearnos una serie de preguntas frente al razonamiento de una prueba indiciaria es la siguiente:

I. ¿Están efectivamente probados esos hechos que pretendemos usar como indicios?;

II. ¿Han sido comprobados esos hechos mediante pruebas directas e inmediatas?;

III. ¿Es verdaderamente posible que los hechos demostrados puedan conducirnos a aquello que se pretende probar en última instancia?;

IV. ¿Esos hechos llamados indicios nos conducen necesariamente a la hipótesis que quiere ser probada o hay otras alternativas posibles? En otras palabras, dados esos hechos ¿existe sólo una posibilidad conjetural o, por el contrario, esos hechos pueden ser explicados de otras maneras diferentes a la hipótesis que se pretende demostrar?

Si se quiere tratar estos temas con rigor hay que recordar que, para establecer una hipótesis de realidad que nos inspire certeza, no podemos partir de conceptos que no pueden ser negados "por principio"; porque, en tal caso, lejos de proceder a adquirir un conocimiento empírico -es decir, proveniente de la realidad misma de las cosas a través de la experiencia- estaríamos construyendo dogmas o, lo que es peor, utilizando proposiciones que no dicen nada o que pueden decir cualquier cosa.

Señala Fernando de Trazegnies *"Karl Popper, al construir su teoría del conocimiento científico, desarrolló de manera muy interesante este criterio de control del pensamiento correcto al plantear lo que llamó la "falsicabilidad" como condición para hacer un razonamiento realista. Decía Popper que si partimos de proposiciones tales como "Mañana lloverá o no lloverá", no estamos conociendo nada ni podemos de ello inferir nada, porque no hay manera de que nuestra proposición pueda ser aceptada o negada al ser confrontada con la realidad. Decir, en cambio, que "Mañana lloverá" nos permite apreciar la realidad del día siguiente y considerar que nuestra proposición era correcta o incorrecta; porque esa proposición en sí misma admitía la posibilidad de su falsedad que, al ser descartada por los hechos, nos proporciona una verdad. De esta forma, sigue Popper, la "falsicabilidad" es un criterio de demarcación de lo que puede ser racionalmente considerado como un conocimiento científico"*.

Una vez que hemos determinado que una proposición es "falsificable" porque existen varias posibilidades de verdad en torno a ella, tenemos que demostrar la falsedad de todas las hipótesis rivales para declarar que la nuestra es la válida.

Para que una situación indiciaria pueda servir de base a un razonamiento inductivo es necesario volverla "falsificable". Y eso se logra explicando las condiciones precisas en las que ese indicio es parte inevitablemente constitutiva de aquello que se pretende probar. De esta forma, frente a cada hipótesis indiciaria debemos estar en la posibilidad de encontrar otras hipótesis diferentes y hasta opuestas. Y el problema de quien prueba consiste en demostrar de la manera más razonable posible cuál de esas hipótesis se muestra más verdadera que las otras. Es decir, una vez establecida la "falsicabilidad" de la proposición, llegaremos a una certeza si y solamente si logramos mostrar que las hipótesis alternativas no corresponden a la realidad efectivamente vivida.

En esta forma llegamos a tres requisitos importantes para el cruce del umbral:

a) Que los hechos que van a ser asumidos como señales se encuentren plenamente probados;

b) Que esos hechos conlleven la posibilidad de señalizar la hipótesis que es objeto de la probanza indiciaria; y,

c) Que no existan hipótesis alternativas posibles.

Este tercer requisito puede dar lugar a algunas dificultades conceptuales y por eso requiere mayor elaboración. Si existe otra alternativa de interpretación de los mismos hechos, ¿hasta dónde se la debe tener en cuenta? ¿Es que debe ser una alternativa más completa y explicativa que la anterior para que pueda cuestionarla?

Un criterio para resolver este punto es que no haya otra alternativa racional para interpretar los hechos que la propuesta por la prueba indiciaria: así la interpretación probatoria tiene que tener una fuerza de convicción aplastante, irresistible.

Por consiguiente, lo que se exige no es que la propuesta alternativa sea más completa sino que la hipótesis propuesta por la prueba sea aplastante e irresistible. Este es un punto muy importante: no se requiere presentar una "mejor" alternativa para que se descarte la hipótesis de la prueba indiciaria sino que basta que exista una alternativa posible, aun cuando sus posibilidades sean menores que las de la alternativa planteada.

No podemos pretender el establecimiento de proporciones matemáticas para determinar cuándo una prueba indiciaria no funciona. Pero puede decirse que la denegatoria de la validez de la probanza indiciaria no requiere que exista una hipótesis alternativa que tenga más del 50% de probabilidades de ser verdadera: basta que tenga el 30 o el 20% de probabilidades de que la tesis acusadora no sea correcta para que consideremos que existe una duda razonable y que, por consiguiente, no pueda aplicarse el indicio para probar lo que se pretende.

La teoría acusadora pudo haber sido muy bien planteada sobre la base de que una explicación racional llama a esa pretendida verdad que se pretende demostrar con el indicio. Pero mientras exista una duda razonable, basada ya sea en comportamientos razonablemente alternativos o simplemente en la falta de una explicación integral con los indicios que se presentan a consideración, esa probanza indiciaria no puede ser jurídicamente amparada.

En cualquier caso, debe dejarse en claro que lo dicho anteriormente no puede llevar al juzgador a establecer una duda razonable en base exclusivamente a teorías especulativas, sin un sustento probatorio rendido durante el juicio, ya sea que dichas teorías las conciba el Tribunal de propia iniciativa o acogiendo aquellas que en muchas ocasiones plantea la defensa; en este sentido don Cristián Riego[55] nos señala *"Tampoco serían dudas razonables aquellas dudas imaginarias o puramente hipotéticas, o sea, posibles explicaciones alternativas para la prueba presentada, pero que no forman parte del debate, que nadie ha alegado ni intentado probar y que solo surgen de una revisión hipotética de todas las posibilidades imaginables. Por ejemplo, la versión de la fiscalía sostiene que el imputado estaba en el lugar de los hechos y lo perpetró; la defensa sostiene que no estaba allí. Podría ser una duda imaginaria pensar que quizás sí estuvo en el lugar pero el delito lo cometió alguien parecido y que el imputado pudo haber olvidado su presencia en el lugar. Hay una explicación alternativa posible, pero incorpora elementos puramente especulativos"*.

COMPETENCIA DE UN TRIBUNAL SUPERIOR ANTE LA PRUEBA INDICIARIA

Otro punto que nos parece interesante e importante dilucidar y dejar establecido es cuál es la competencia que un tribunal superior tiene para revisar una sentencia de un Tribunal Oral basada en

[55] Cristián Riego, ob. cit.

prueba indiciaria, ello en razón de que en un sistema procesal como el nuestro la valoración de la prueba rendida es privativa del Tribunal de la instancia, ya sea de la prueba de cargo o de descargo, si se rindiere.

De cierta manera lo anterior ya ha sido esbozado por nuestros Tribunales Superiores que han señalado las limitaciones que tienen para revisar las sentencias de un Tribunal Oral por la vía del Recurso de Nulidad.

La E. Corte Suprema, en relación al Recurso de Nulidad, ya ha sentado el criterio de que *"Al respecto, se debe manifestar que el legislador otorga a los jueces plena libertad respecto de la valoración de la prueba, y no resulta posible que a través de este recurso se discuta la apreciación que ellos, de manera libre, han efectuado, y sólo le compete a la Corte revisar si el fallo ha cumplido o no con los requisitos formales. La sentencia atacada cumple, sin merecer reproche, con tales exigencias, lo que se desprende de la lectura de los considerandos décimo a decimotercero del fallo atacado, en los que, si bien se hace cargo de la prueba rendida en el juicio oral de manera sucinta, lo realiza de forma coherente y racional. Sus argumentos pueden no ser convincentes para el recurrente, pero eso no los invalida"* (Rol Nº 2.600/2004, fallo de fecha 11 de agosto de 2004).

En este mismo sentido la I. Corte de Apelaciones de Concepción, siguiendo el criterio y citando a la E. Corte Suprema, expresamente ha fallado y se ha extendido sobre el punto señalando *"5º.- Que el legislador otorga a los jueces plena libertad respecto de la valoración de la prueba, y no resulta posible que a través del recurso de nulidad se discuta la apreciación que ellos de manera libre han efectuado, y sólo le compete a la Corte revisar si el fallo ha cumplido o no con los requisitos formales. La sentencia atacada cumple sin merecer reproche con tales exigencias, de lo que se constata de la lectura de sus consideraciones, en que se hace cargo de la prueba en la forma referida en el párrafo primero del motivo que antecede. Sus argumentos pueden no ser convincentes para el recurrente, pero eso no los invalida (C.S., Gaceta Jurídica Nº 290, agosto 2004, pág. 239). 6º.- Que de la lectura del recurso de nulidad interpuesto por el Defensor Penal Público se puede concluir que en el hecho, lo que se impugna es la valoración de la prueba, lo que constituye una facultad exclusiva y excluyente del Tribunal de Juicio Oral, sin que los jueces avocados a resolver la impugnación de la sentencia mediante el recurso de nulidad, estén facultados para revisar las cuestiones de hecho referidas a la apreciación de la prueba, puesto que, como lo establece la ley, son los jueces del tribunal indicado los únicos que deben apreciar la prueba, sin que la Corte pueda cumplir tal cometido. El recurso de nulidad no constituye una instancia, de manera que estos sentenciadores no pueden ni deben revisar los hechos que conforman el conflicto jurídico de que se trata y, del mismo modo, están impedidos de efectuar una valoración de la prueba rendida ante el Tribunal de Juicio Oral, ya que éste está dotado de plena libertad, con la sola limitación de no contrariar los principios de la lógica, las máximas de la experiencia, y los principios científicamente afianzados, lo que en el caso en estudio, no ha ocurrido. Que además no resulta procedente entre a considerar cuál de las valoraciones es la adecuada, ya que ello implicaría que este Tribunal tuviera que analizar y ponderar las probanzas producidas en los antecedentes, tarea que le es ajena"* (I. C.A. Concepción, fallo de fecha 29 de diciembre de 2005 en causa Rol N° 804/2005 que rechaza Recurso de Nulidad interpuesto de la defensa; en el mismo sentido, entre otros, I. C.A. Concepción, fallo de fecha 28 de Noviembre de 2005 en causa Rol N° 724/2005, e I. C.A. Concepción, fallo de fecha 12 de diciembre de 2005 en causa Rol N° 742/2005).

A mayor abundamiento, la I. C.A. de Arica, en un fallo que rechaza un Recurso de Nulidad interpuesto por la defensa en contra de la sentencia definitiva condenatoria del TOP de Arica en razón de que la sentencia, en el parecer de la defensa, habría omitido referirse a aquellos elementos o circunstancias que restaban fuerza a la prueba indiciaria que le sirvió para fundamentar la condena, expresamente señala *"Quinto: Que este tribunal sólo puede revisar los razonamientos y análisis de la prueba, en cuanto se aparten de la lógica, las normas de la experiencia o las reglas científicas, es decir, esa revisión sólo se puede producir frente a apreciaciones o razonamientos absurdos"* (Rol N° 138/2005

sentencia de fecha 2 de Agosto de 2005), es decir, el propio Tribunal de Alzada limita expresa y claramente sus facultades tratándose de una sentencia condenatoria en la que el Tribunal Oral adquirió la convicción mediante prueba indiciaria.

Esta misma situación se verifica en España, donde el Tribunal Supremo uniformemente ha resuelto que tratándose de sentencias condenatorias basadas en prueba indiciaria a dicho tribunal no compete revisar la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de la instancia, así, entre otras, en sentencia de la segunda sala N° 1980/2000 de fecha 25 de Enero de 2001 expresamente se señala *"el control casacional en materia de prueba indiciaria, no consiste en sustituir la valoración del Tribunal sentenciador sino en constatar el cumplimiento de los requisitos formales de explicitación de los indicios y del razonamiento, así como de los materiales de racionalidad del proceso deductivo".*

En el mismo sentido sentencia del Tribunal Supremo Español Nº 687/1999 *"El control casacional de tales exigencias tiene dos límites: A) por la propia naturaleza de este recurso no cabe entrar en la valoración de las pruebas directas practicadas para la demostración de cada uno de los indicios o hechos base, al corresponder ese juicio valorativo al Tribunal de instancia (art. 741 LECrim). Es decir: debe constatarse si cada indicio o hecho base se afirma como cierto sobre una verdadera prueba objetiva de cargo. Pero constatada su existencia, no cabe entrar en una nueva valoración de la prueba directa practicada sobre cada hecho base o indicio. B) Queda fuera del ámbito del recurso de casación la valoración por el Tribunal sentenciador del peso de los indicios incriminatorios en relación con las pruebas de descargo practicadas -que el Tribunal valora con inmediación otorgándoles o no credibilidad- o con las manifestaciones exculpatorias del acusado, cuya versión fáctica alternativa el Tribunal puede estimar convincente, o bien inverosímil por su incoherencia interna, falta de consistencia, contradicción con datos objetivos debidamente acreditados, etc. Ponderación de elementos incriminatorios y de descargo que debe ser respetada, pues constituye el núcleo de la función enjuiciadora del Tribunal de instancia siempre que responda a las reglas de la lógica y del criterio humano (Sentencias de 23 de mayo y 5 de octubre de 1997; 14 de mayo, 8 de junio y 30 de noviembre de 1998)".*

Es decir, tratándose de la prueba indiciaria, un Tribunal Superior sólo tendrá competencia para pronunciarse sobre las siguientes materias:

1. Si el Tribunal Oral al dar por acreditados los hechos bases efectuó la valoración de la prueba rendida sin contrariar los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los principios científicamente afianzados, pero jamás para hacer una apreciación diferente de la prueba, para revisar los hechos que constituyen el conflicto jurídico ni para considerar cuál de las valoraciones es adecuada o para darle validez a una prueba de descargo rendida por la defensa respecto de la cual el Tribunal Oral le restó toda credibilidad.

2. Una vez establecidos y explicitados los hechos bases o indicios, al Tribunal Superior solo le resta constatar el cumplimiento del restante requisito formal, cual es la explicitación del razonamiento lógico que permite inducir o inferir el hecho punible y/o la participación culpable.

3. Por último, constatado el cumplimiento de los requisitos formales, al Tribunal Superior sólo le resta revisar el requisito material de racionalidad del proceso lógico inductivo, es decir, que no sea absurdo, arbitrario e infundado sino que responda a las reglas de la lógica, de la experiencia y de los conocimientos científicamente afianzados.

PROCEDENCIA DE LA PRUEBA INDICIARIA EN LA JURISPRUDENCIA

Si bien, como se verá y analizará más adelante, la sentencia dictada por el Tribunal Oral de Concepción, confirmada por la I. Corte de Apelaciones, reviste una evidente importancia en esta materia, de cierta manera nuestros Tribunales ya han emitido pronunciamientos en los que tímidamente hacen referencia expresa y, por tanto, aceptan y reconocen validez a la prueba indiciaria.

El TJOP de Antofagasta ha dicho: *"Decimotercero: Insistió el Defensor en alegar que la prueba que se había aportado tenía solamente el carácter de indiciaria y en su virtud no resultaba posible justificar el hecho y la participación. Se deduce de su alegación que le atribuye el carácter de indirecta pues al no tratarse el presente caso de un delito flagrante, todos los elementos aportados por el acusador al juicio resultaban parciales e incompletos.*

Nos parece oportuno manifestar, por esbozar algún concepto, que la prueba indiciaria estaría constituida, por aquellos antecedentes probados en el juicio que permiten conocer o inferir la existencia de otros no percibidos. Estos indicios serían elementos circunstanciales o indirectos, más o menos vehementes relacionados con un hecho que se pretende esclarecer y a partir de los cuales, luego de un procedimiento lógico o deductivo, el tribunal pudiere inferir el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado.

Pero aceptando que la categorización de los elementos pueda ser una cuestión de no pacífica conclusión, lo que importa -ya sean indicios o se trate de prueba directa- es que el proceso de establecimiento del hecho típico y de la participación sea razonado, y que de la prueba de cargo -comoquiera que se denomine- fluya, como conclusión natural, los hechos que se precisen acreditar, existiendo entre ambos un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

En el presente caso, la prueba de cargo permitió razonablemente a nuestro entender concluir la existencia del delito imputado y la participación que en grado de autor le cupo al acusado" (Sentencia definitiva condenatoria de fecha 30 de enero de 2004, Rol N° 142/2003).

La I. C.A. de Arica, en un fallo que rechaza un Recurso de Nulidad interpuesto por la defensa en contra la sentencia definitiva condenatoria del TOP de Arica, acepta y valida expresamente la prueba indiciaria al señalar *"Cuarto: Que al desarrollar sus argumentos el recurrente no menciona las omisiones cuya falencia reprocha, más bien discrepa de la valoración que el tribunal hace de la prueba rendida, especialmente respecto de la prueba indiciaria en cuanto a la participación del imputado, pero no menciona ni un solo medio probatorio que hubiere sido dejado fuera del análisis de los jueces, que es la base de su recurso"* (Rol N° 138/2005 sentencia de fecha 2 de Agosto de 2005).

La E. Corte Suprema durante la vigencia del antiguo sistema procesal penal, rechazando un recurso de casación en el fondo aceptó expresamente la procedencia de la prueba indiciaria resolviendo *"3º) Que, sin embargo, estos preceptos, en cuanto permiten al Juez atribuir valor pleno para la demostración de un hecho, a la prueba testifical y la prueba indiciaria, no constituyen leyes reguladoras, pues consisten en reglas facultativas para el tribunal -en caso de reunirse todos los requisitos que ellos establecen-, como se desprende del uso de las expresiones podrá y puedan que, respectivamente, contienen. Se sigue de lo anterior, que no teniendo dichos artículos en la forma propuesta, el carácter de normas reguladoras de la prueba, la sentencia no ha podido incurrir en el vicio en que se funda el recurso y, por ende, los hechos sentados en ella resultan inalterables"* (Rol N° 29.255, Sentencia de Casación de fecha 28 de agosto de 1996).

Aquí conviene destacar, además, que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (tantas veces citada por la propia defensa) sostuvo que, además de la prueba directa -testimonial, pericial o documental-, los tribunales internos e internacionales pueden fundar sus sentencias en la prueba circunstancial, los indicios y presunciones, siempre que de éstos puedan inferirse conclusiones sólidas sobre los hechos.

Resaltó la Corte que *"en ejercicio de su función jurisdiccional, tratándose de la obtención y valoración de las pruebas necesarias para la decisión de los casos que conoce, puede, en determinadas circunstancias, utilizar tanto las pruebas circunstanciales como los indicios o las presunciones como base de sus pronunciamientos, cuando de aquéllas puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos".*

Concluyó que *"todo tribunal interno o internacional debe estar conciente de que una adecuada valoración de la prueba según la regla de la 'sana crítica' permitirá a los jueces llegar a la convicción sobre la verdad de los hechos alegados"* (conf. casos "Paniagua Morales y otros", sentencia del 8/3/1998, y "Gangaram Panday", sentencia del 21/1/1994, entre otros).

ANÁLISIS DEL FALLO DEL TRIBUNAL ORAL DE CONCEPCIÓN

Como ya se señaló el Juicio seguido en contra del Acusado Mendoza Chandía fue por la comisión de dos ilícitos, Homicidio y Robo con Violencia, respecto de este último la participación del acusado pudo acreditarse con prueba directa (entre otras, con la especie sustraída y la declaración de la víctima), sin embargo, la participación en relación con el delito de homicidio se acreditó exclusivamente con prueba indiciaria producida en el Juicio, haciéndose cargo de esta los magistrados del Tribunal Oral de manera notable y acuciosa en un extenso considerando noveno:

"NOVENO: Que la participación culpable del acusado Richard Antonio Mendoza Chandía a título de autor directo, del homicidio simple de Eduardo Parra Olivares, se acreditó en el juicio mediante prueba indiciaria suficiente para formar en los juzgadores la certeza moral de su actuar culpable en el mismo. Efectivamente, en el juicio se ha presentado prueba indirecta de una supuesta confesión extrajudicial del acusado, que el tribunal descarta absolutamente por falta de credibilidad, y por otro lado no existen testigos presenciales del hecho punible. Luego, sólo a partir de hechos probados por el ente acusador que sí guardan relación de causa efecto con otros que pueden inferirse de ellos de manera indubitada, se logra llegar a una sola conclusión lógica posible: el acusado es el autor de tal delito que se le atribuye.

Como se dijo, se pretendió probar una supuesta confesión del acusado, y para ello se presentaron a declarar dos supuestos testigos de oídas de la confesión que escucharon al acusado en la cárcel "El Manzano" (Alex Morales Castillo y Marco Herrera Valverde). El primero dijo que fue a ver al acusado a la cárcel y le habló del caso de "Parrita", y "el Coto" le dijo que no lo había matado, y que si declaró lo contrario fue porque la policía "lo apuró" y le ofreció ayuda económica, y que firmó sus declaraciones sin leerlas, o sea sin saber lo que había declarado. El segundo manifestó no poder apoyar en nada, que no podía contestar las preguntas que se le hicieran, que no puede reafirmar lo que declaró antes y que "el sistema es así". Tales testimonios nada aportan en cuanto a establecer alguna participación del acusado en el delito de homicidio, y adolecen de una falta de credibilidad a tal punto grosera (el primero debido a las repetidas veces en que se le confrontó con sus declaraciones anteriores, y el segundo por su calidad de reo rematado por delito de abuso sexual que en todo caso nada dijo concluyente a los investigadores) que pretender reflotar sus declaraciones de la etapa de investigación mediante declaraciones de testigos de oídas de sus dichos, resulta un ejercicio tan denodado como inútil. Así, por tratarse de testigos de oídas de otros testigos de oídas que en el juicio nada dijeron de lo que "oyeron" supuestamente al acusado, carecen de mérito los dichos de los funcionarios policiales José Carmona Novoa, Jaime Quiroz Caro, Mario Gutiérrez Ibáñez, Rubén Gatica Isla, y el tío materno del ofendido José Olivares Márquez.

Tampoco aporta nada en relación con la participación culpable del acusado en el delito de homicidio cuya autoría se le atribuye, la declaración de la perito del Instituto de Criminología de la Policía de Investigaciones de Chile María Paz Ruthe, en cuanto dijo haber llegado a la conclusión que el "relato del acusado no era veraz en cuanto a los hechos investigados", por cuanto, tal como ella misma señaló, el examen no buscó determinar verdad o mentira, sino características del relato, y es lógico pensar que en la situación en la que el acusado fue entrevistado (en calidad de imputado y en el interior de la cárcel) su discurso tendría correlato emocional y sería coherente en cuanto a sus datos biográficos, no siéndolo en la parte en que se le consulta por los hechos por los que estaba sometido a la investigación que lo mantenía privado de libertad.

Habiendo mantenido su derecho a guardar silencio el acusado durante el juicio, tales invocaciones de su relato supuestamente autoincriminatorio, con los defectos que se han mencionado, aparecen como un vano esfuerzo por cerrar el tema relativo a la participación.

Otra cosa sin embargo constituyen las declaraciones de testigos que ubican al acusado junto la víctima en momentos anteriores al hecho punible, en lugares cercanos a aquel donde se halló el cadáver, junto a evidencia material que da consistencia a sus testimonios, pues de ellos se puede extraer como conclusión necesaria, que el agresor y su víctima sí interactuaron en un contexto de tiempo y lugar común. Así, Angela Sáez Garrido, dependienta del bar "Rey de Copas" dijo haber visto llegar a ese local al ofendido, al "tagua" (Jorge Troncoso) y al acusado (a quien reconoció en la audiencia) como a las 02,50 horas del día 10 de julio de 2004, ocasión en que el ofendido le compró una botella de pisco "Limarí" y una bebida "Sprite", y ella le regaló tres vasos de plástico, extendiendo la correspondiente boleta de compraventa. Afirmó haber visto al "Tagua" bien "curado", y que los tres se fueron en dirección a la playa. Su declaración permite dar crédito a los dichos del testigo Carmona Novoa quien manifestó que el "Tagua" le señaló que como a las 02,30 horas del 10 de julio de 2004 se les unió (a él y al ofendido) el acusado, yendo los tres al "rey de Copas", donde compraron la botella de pisco y la bebida, yéndose a la playa El Morro, donde ingirieron bebidas alcohólicas, pese a que el "Tagua" no recuerda nada más debido a su exceso de alcohol. Dos botellas de pisco de la misma marca comprada y la botella de "sprite", así como los tres vasos de plástico y la boleta de compraventa, fueron levantados en el sitio del suceso por el funcionario policial Jaime Quiroz Caro, lo que demuestra la verdad del aserto de la testigo Sáez Garrido, quien reconoció la boleta extendida por ella. A su turno el testigo Cristian Burgos Vigueras, guardia del "Charly Pub", ubicado a un par de cuadras del lugar donde fue hallado el occiso en la playa El Morro, dijo que como a las 04,30 horas, en los momentos en que salía del local una pareja e ingresaban 6 o 7 personas, vio de improviso a dos sujetos (uno de ellos en estado etílico) que querían ingresar, pero él les impidió la entrada debido al estado de ebriedad de aquel, recibiendo los insultos de su acompañante, un tipo más alto y flaco. Agregó que el ebrio tenía los pantalones semi mojados, le hacía gestos (muecas y movimiento de ojos) y le mostraba la billetera con plata para que lo dejara entrar, pero él no accedió y en un determinado momento vio que el mas alto y flaco lo "agarró" diciendo que era su primo, y se lo llevó hacia la playa. Esta declaración se ve ratificada por la que prestaron los testigos Jorge Flores Morales y Nikol Castillo Arias, quienes señalaron haber llegado junto a otros amigos al local "Charly Pub", y haber visto en la entrada a "Parrita", junto a otro sujeto y el guardia. Dijeron que el ofendido le pedía al guardia que lo dejase entrar pero aquel no accedió, y ese otro sujeto era "el coto" (sujeto delgado con gorro).

Entonces, que el acusado y la víctima estuvieron en junto a Jorge Troncoso por lo menos desde las 02,50 horas (llegada al "Rey de Copas") es un hecho indesmentible; que estuvieron en la playa El Morro ingiriendo alcohol también lo es; que el ofendido y el acusado estuvieron a eso de las 04,30 horas en la entrada del "Charly Pub" es un hecho probado. Luego, es perfectamente lógico concluir que la víctima y el ofendido interactuaron sin solución de continuidad en ese lapso, y sólo se separaron de Troncoso en los momentos previos a dirigirse a este último local (lo que se desprende del hecho de haber llegado a su casa "el "tagua" a eso de las 05,00 horas, según los testigos Jaime Quiroz Caro y Carola Troncoso Sáez.

Otro hecho igualmente probado es que el acusado y el ofendido, después del incidente habido con el guardia de la "Charly Pub", se dirigieron hacia la playa El Morro. Ello lo manifestó el propio guardia del local Cristian Burgos Vigueras, y de hecho el ofendido llegó hasta la playa porque allí fue hallado su cadáver.

Se suman a los anteriores otros hechos acreditados de gran importancia: a) la data de muerte de Eduardo Parra pudo establecerse, de acuerdo a lo señalado por el testigo Cristian Sepúlveda (coincidente en general con la expresada por el perito Deij Bulnes), aproximadamente a las 05,00 horas, o sea, después que el acusado junto a la víctima se fueron rumbo a la playa desde el "Charly Pub" y antes de

que fuera atacado el ofendido Andrés Rojas en un sector de la playa ubicado a 550 metros del lugar donde se halló el cuerpo de Eduardo Parra; b) entre las ropas del fallecido no fue hallada su billetera, en la que según los testigos Jorge Troncoso, Angela Sáez y Cristian Buergos, andaba trayendo dinero; c) las lesiones ocasionadas con arma blanca a Eduardo Parra presentan similitudes con aquellas causadas a Andrés Rojas en cuanto al arma utilizada, número de heridas cortantes y sector del cuerpo a donde fueron dirigidos los golpes (la herida en el lado izquierdo posterior del cuello en ambas víctimas es particularmente elocuente); d) al ofendido Andrés Rojas se le atacó para sustraerle su dinero y reloj; y e) el acusado habría amenazado de muerte a Eduardo Parra según lo manifestó el testigo Hans Dunn Tapia, quien lo oyó decir al propio afectado.

A todo lo anterior se suman finalmente otros hechos de importancia menor, como son que la coartada del acusado fue desvirtuada con las declaraciones de los testigos Carmona Sáez, Pedro Garcés Moscoso y Leonel Sánchez Vera (no estuvo después de las 04,30 horas en la discoteca "Twuister", no estuvo bebiendo cerveza en la entrada de dicho local con ninguna persona, no fue hacia el sector del muelle artesanal de Tomé, y no llegó la mañana del 10 de julio de 2004 a la "caleta" donde solía pernoctar); que al llegar a la casa de su madre llevaba su chaleco con manchas que al parecer eran de sangre (que el testigo Luis González Torres vio y que supo que su mujer -la madre del acusado- había lavado, según declaró); y el acusado tiene a su haber una sentencia que aunque no se halla firme, lo sanciona como autor de robo con violencia, por cuanto se apropió de especies del ofendido causándole heridas cortantes en la parte alta del cuerpo, entre las que sobresale una en el hombro.

Los hechos anteriormente destacados constituyen los siguientes indicios: a) indicios de presencia o e oportunidad física, ya que el acusado estuvo junto al ofendido en el lugar donde se halló el cadáver y se mantuvo en su compañía en las horas previas; b) indicios de participación en el delito, emanados del hecho de haber sido reconocido indubitablemente como el autor del robo con violencia que afectó a Andrés Rojas Henríquez a escasa distancia del lugar donde se halló el cadáver de Eduardo Parra, y de la elocuente similitud de las lesiones que presentaban ambos ofendidos; c) indicios de capacidad delictiva, de oportunidad personal o sencillamente de personalidad, toda vez que de su conducta pasada, de sus costumbres y disposiciones se colige que el acusado era capaz de cometer el delito que se le imputa, e incluso hubo una amenaza de muerte de la que el ofendido dio cuenta a un testigo del juicio; d) indicios de actitud sospechosa, emanados del hecho de haber concurrido a la casa de su madre donde dejó un chaleco que según su padrastro tenía manchas de sangre (que pudieron ser del occiso, o del ofendido Andrés Rojas, o de ambos), y del hecho de no haber ido a pernoctar a la "caleta" donde solía hacerlo, según un oficial de la policía que interrogó a los individuos que la utilizaban para dicho fin y que conocían al acusado; e) indicios de móvil, puesto que aunque no se acusó a Mendoza Chandía como autor de robo con homicidio, lo cierto es que al ofendido no se le halló la billetera de su propiedad que le fue vista por algunos testigos, y es un hecho que el móvil de la agresión similar al ofendido Rojas Henríquez tuvo su norte en la apropiación de su reloj y su dinero; y f) indicios de mala justificación, pues no estuvo en la entrada de la discoteca Twister" junto a un tal Juanito Jhons bebiendo una cerveza, después de separase según él de Troncoso y de Parra, y no estuvo en el muelle artesanal de Tomé en el transcurso de la noche de los acontecimientos.

En suma, concurre una pluralidad de indicios, todos plenamente acreditados, que permiten enlazar el hecho-base con el hecho-consecuencia a través de la lógica y la experiencia, perfectamente acordes al conocimiento científicamente afianzado. El solo sentido común descarta por extravagante la idea de que otro sujeto, aparecido de la nada y sin ser visto por nadie, cometió el delito en la playa El Morro con un arma blanca, a escasos metros de donde, también con un arma blanca, el acusado agredía a Andrés Rojas Henríquez causándole heridas muy similares a las causadas al occiso, con quien estuvo bebiendo en las horas previas".

Este considerando noveno resulta destacable toda vez que los Magistrados del Tribunal Oral en él realizan un análisis acabado de los hechos probados por el ente acusador extrayendo conclusiones o hechos bases que, mediante un razonamiento lógico-jurídico, los llevan a inferir la participación del acusado, demostrando así tener el coraje y la convicción jurídica necesaria para fundar una condena basándose en prueba indiciaria. De este considerando podemos destacar los siguientes aspectos:

1. Los Jueces cuando señalan al comienzo del considerando *"se acreditó en el juicio mediante prueba indiciaria suficiente para formar en los juzgadores la certeza moral de su actuar culpable en el mismo"* demuestran haber superado el umbral de certeza que se requiere para fundar una condena.

En relación con lo anterior, al final del considerando se consigna que *"El solo sentido común descarta por extravagante la idea de que otro sujeto, aparecido de la nada y sin ser visto por nadie, cometió el delito en la playa El Morro con un arma blanca, a escasos metros de donde, también con un arma blanca, el acusado agredía a Andrés Rojas Henríquez causándole heridas muy similares a las causadas al occiso, con quien estuvo bebiendo en las horas previas"* lo que demuestra que los jueces, aún cuando no lo indiquen expresamente, recurren al criterio de la "falsificabilidad" de la hipótesis de participación del acusado Mendoza Candía en el delito de homicidio, descartando expresamente cualquier otra hipótesis o alternativa posible para adquirir así y reforzar la interpretación probatoria de la participación culpable del acusado una fuerza de convicción aplastante e irresistible, como se expresa al final del primer párrafo "... *se logra llegar a una sola conclusión lógica posible: el acusado es el autor de tal delito que se le atribuye"*.

2. Otro aspecto interesante de destacar es que los indicios a que recurre y da por acreditados el Tribunal Oral para fundar su condena están tomados, como vimos, de la clasificación que de ellos hace Francois Gorphe, explicando cada uno de los hechos que se dan por probados estos indicios:

a. El *indicio de presencia o oportunidad física*, ya que para el Tribunal fue un hecho probado que el acusado estuvo, sin razón plausible, en el lugar (playa "El Morro") y al tiempo del delito (a las 05:00 AM), sin que haya existido justificación de este hecho.

b. Los *indicios de participación* en el delito para el Tribunal Oral lo constituyeron la comisión a escasa distancia por parte del acusado de un delito en el que se causaron a la víctima lesiones de elocuente similitud con las que se encontraron en el cuerpo de Eduardo Parra Olivares, siendo esto para el Tribunal vestigios o circunstancias que implican un acto en relación con la perpetración del delito de homicidio.

c. Los *indicios de capacidad* para delinquir, de oportunidad personal o de personalidad, ya que para el Tribunal las características y naturaleza de los delitos cometidos resultar compatibles con la personalidad física y moral del acusado, ello porque la conducta pasada acreditada del acusado y el hecho de haber amenazado de muerte previamente al occiso Eduardo Parra Olivares llevaron a concluir que el acusado fue capaz de cometer el delito imputado.

d. El *indicio de motivo o de móvil* delictivo, el Tribunal justifica la razón del acto delictivo como un elemento psicológico indispensable para comprender el delito y configurar la culpabilidad la circunstancia que al occiso Eduardo Parra Olivares no se le encontró su billetera, la que le fue previamente vista por algunos testigos, relacionando esto con el hecho de que el móvil del segundo delito, Robo con Violencia, fue precisamente la sustracción de dinero y un reloj.

e. Los *indicios de actitud sospechosa*, para el Tribunal las manifestaciones posteriores al delito del acusado consistentes en tener una prenda de vestir (chaleco) manchada de sangre o de no haber ido a dormir a una "caleta" a la que solía ir habitualmente revelaron el estado de ánimo del acusado en relación con el delito de homicidio.

f. Los *indicios de mala justificación*, el Tribunal da por concurrentes estos indicios con la propia declaración prestada por el acusado (en calidad de testigo) al comienzo de la investigación, que fue introducida al juicio por los funcionarios policiales que presenciaron la misma, declaración en la que dio

una falsa o inverosímil versión de los hechos ya que se acreditó en el juicio que el acusado no estuvo en los lugares y en los momentos que señaló haber estado.

En esta parte, quizás, la única crítica que se podría hacer al razonamiento desarrollado por el Tribunal Oral en relación a los indicios es haber omitido referirse a determinados antecedentes y hechos probados en el juicio que podrían haber reforzado uno o más indicios, así, por ejemplo, para los indicios de participación del delito estaba no solamente la "elocuente similitud" entre las heridas de ambos ofendidos sino que también el arma utilizada para causar dichas heridas puesto que en el juicio se acreditó que en ambos ilícitos se había utilizado un arma blanca, de un filo y de una longitud similar acreditándose con prueba directa (dichos de la víctima) que en el segundo delito (Robo con Violencia) el acusado portaba un arma de esta naturaleza; asimismo, en cuanto a los indicios de capacidad delictiva se extraña una referencia a la sentencia incorporada al juicio que da cuenta de una actuación pretérita del acusado en que para apropiarse de especies causó a la víctima una herida cortante en la zona superior de su cuerpo similar a las causadas en el Homicidio y en el Robo.

3. Un tercer aspecto a considerar en relación con el fallo del Tribunal Oral es que, aún cuando no se haga de una manera sistemática, el considerando noveno cumple con todos y cada uno de los requisitos de la prueba indiciaria. Así se desprende de las siguientes cosideraciones.

a. De la sola lectura del considerando se puede observar que los hechos base están acreditados por prueba directa, testimonial, pericial y material.

b. Para cada indicio el Tribunal hace una expresa referencia y relación con los hechos bases que los acreditan, por lo que también se cumple este requisito de que los indicios estén plenamente probados y perfectamente relacionados con los hechos base, debiendo excluirse las meras sospechas o conjeturas.

c. El Tribunal da por concurrentes seis indicios, en otras palabras, da por concurrentes una multiplicidad de indicios.

d. En el juicio jamás se rindió una prueba de descargo o una teoría del caso distinta por la defensa por lo que no existieron "contraindicios" (coartada) que hicieran al Tribunal dudar de la virtualidad incriminadora del indicio. Aún más, en el juicio se acreditó, y así se reconoció en la propia sentencia, que al comienzo de la investigación el Acusado Mendoza Chandía señaló una coartada que con el correr de la investigación y durante el juicio oral fue total y absolutamente desacreditada mediante prueba directa.

e. En todo el considerando noveno el Tribunal Oral expuso de manera detallada y extensa el razonamiento lógico a través del cual, partiendo de los hechos indiciarios probados llegó a la convicción íntima de la culpabilidad del acusado en el delito del homicidio. En efecto, en este considerando el Tribunal comienza por enunciar que de acuerdo a los hechos probados sólo se puede llegar a una conclusión lógica posible, esto es, que al acusado le cupo participación culpable en el delito de homicidio; luego, para llegar a esta conclusión, descarta la prueba testimonial que indica por las razones expuestas en el propio fallo (que no compartimos); luego los Magistrados del Tribunal Oral hacen una extensísima relación sobre los hechos que dan por probados con los medios de pruebas rendidos en el Juicio que les permiten establecer esto; a continuación enumeran y explican los hechos indiciarios probados que se configuran con los hechos que se dan por probados con la prueba directa rendida; y, por último, se refieren de manera general a que la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos llevan a concluir la participación culpable del acusado, descartando cualquier hipótesis alternativa por no ser posible ni responder al sentido común.

4. Otro aspecto interesante de destacar, que de cierta manera ya se explicó en la letra e) precedente, es la razonabilidad del juicio de inferencia realizado por los Jueces del Tribunal Oral, esto es, la concordancia con las reglas del criterio humano.

Recordemos que la irrazonabilidad se puede producir, en primer lugar, por la falta de lógica o de coherencia de la inferencia, en el sentido de que los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar, cuestión que no aparece ni se puede extraer de la prueba rendida en el juicio ni de lo resuelto por los Jueces. En segundo lugar, tampoco aparece irrazonable el juicio lógico o inferencia en razón de que su carácter no fuera concluyente por excesivamente abierto, débil o indeterminado, dado que el propio Tribunal Oral se preocupa de "cerrar" toda posibilidad a otra conclusión.

5. Aún cuando en el numeral primero ya hicimos referencia a algunos aspectos relativos al umbral de certeza en relación al fallo, creemos que para finalizar este análisis resulta didáctico plantearnos las mismas preguntas de orden práctico para determinar cuándo se ha alcanzado el umbral de certeza requerido para fundar una condena de acuerdo al razonamiento indiciario:

I. ¿Están efectivamente probados esos hechos que pretendemos usar como indicios? Para el Tribunal Oral resulta evidente que así fue, ya que incluso así lo consigna.

II. ¿Han sido comprobados esos hechos mediante pruebas directas e inmediatas? El Tribunal Oral hace una relación inmediata y directa entre los hechos que da por probados y las pruebas que los acreditan, por lo que en esta parte nuevamente la respuesta es sí.

III. ¿Es verdaderamente posible que los hechos demostrados puedan conducirnos a aquello que se pretende probar en última instancia? Efectivamente con la prueba rendida para el Tribunal Oral ello resultó posible, ya que expresamente señala que es la única conclusión lógica posible.

IV. ¿Esos hechos llamados indicios nos conducen necesariamente a la hipótesis que quiere ser probada o hay otras alternativas posibles? En otras palabras, dados esos hechos ¿existe sólo una posibilidad conjetural o, por el contrario, esos hechos pueden ser explicados de otras maneras diferentes a la hipótesis que se pretende demostrar? El Tribunal Oral descarta expresamente cualquier otra hipótesis sobre este respecto en base a la lógica, la experiencia y el sentido común, por lo que esta interrogante también es un punto superado.

Es decir, de acuerdo al razonamiento expuesto por los jueces del Tribunal Oral en su sentencia, todas y cada una de estas preguntas fueron superadas demostrando de esta manera haber alcanzado el umbral de certeza.

OBSERVACIONES AL RECURSO DE NULIDAD INTERPUESTO

Como dijimos la Defensa del acusado recurrió de nulidad en contra de la sentencia invocando como hechos que configuran la causal una falta de reproducción completa de la prueba producida en juicio, la falta de valoración de la prueba producida en el juicio, la valoración de la prueba realizada por los sentenciadores contraria a los principios de la lógica y la fundamentación basada en una inexacta reproducción de los dichos de los testigos, extendiéndose latamente en sus argumentaciones para apoyar su pretensión, por ello creemos necesario referirnos a los principales cuestionamientos planteados por la defensa para refutarlos y dejar en claro la solidez del fallo:

1. Como es habitual la defensa parte señalando que el Tribunal Oral no consideró la prueba rendida por esa parte, sin embargo debe dejarse desde ya en claro que en el juicio sólo rindió prueba pericial que, tal como lo dice el propio Tribunal Oral en el considerando Décimo Tercero, *"no enerva la existencia de los hechos punibles, ni desvirtúa la participación culpable de su representado en ellos, y que sólo busca acreditar la concurrencia de circunstancias atenuantes no reconocidas por los acusadores"*, por lo tanto no existe prueba de descargo por parte de la defensa que el Tribunal deba desechar o valorar.

2. La defensa señala que los hechos que configuran la causal son *"una falta de reproducción completa de la prueba producida en juicio, la falta de valoración de la prueba producida en el juicio, la valoración de la prueba realizada por los sentenciadores contraria a los principios de la lógica y la*

fundamentación basada en una inexacta reproducción de los dichos de los testigos". Del análisis completo de la sentencia y de la prueba rendida en la audiencia de juicio oral observamos que cada uno de estos supuestos "vicios" no son tales, por lo siguiente:

a. *"falta de reproducción completa de la prueba producida en juicio"*: aún cuando no existe en todo el Código Procesal Penal norma alguna que contenga tal exigencia, el Tribunal en un extensísimo considerando Quinto reproduce toda la prueba testimonial, pericial, documental y material rendida por el Ministerio Público y los Querellantes y en el considerando Décimo Tercero de la prueba pericial rendida por la defensa.

b. *"falta de valoración de la prueba producida en el juicio"* el artículo 342 letra c) exige sólo la valoración de los medios de prueba que fundamentaren los hechos o circunstancias que se dieren por probados, y la sentencia desde el considerando séptimo al considerando décimo séptimo, ambos inclusive, hace una extensa y detallada valoración de los medios de prueba en virtud de los cuales da por acreditados los hechos expuestos en el considerando sexto y por los que estima que concurren o no concurren las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal alegadas durante la audiencia de juicio oral.

c. *"la valoración de la prueba realizada por los sentenciadores contraria a los principios de la lógica"* aquí más que un vicio lo que ocurre es que los argumentos de los sentenciadores no son compartidos por el defensor o bien no le resultan convincentes, pero eso no los invalida.

d. *"fundamentación basada en una inexacta reproducción de los dichos de los testigos"* este supuesto vicio tampoco se configura ya que el tribunal, con estricto apego a lo dispuesto en el artículo 342 letra c), efectivamente reprodujo los dichos de los testigos por los que se acreditan los hechos que dio por probados.

3. El Recurso también hace un extenso cuestionamiento a una supuesta falta de observación a los principios de la lógica probatoria en materia de indicios, sin embargo de la simple lectura del considerando Noveno de la sentencia, como hemos visto y analizado; el Tribunal Oral se hace cargo de los indicios, de los hechos base que los configuran, de la forma en que estos fueron acreditados en juicio, indicando expresamente los medios de prueba con los que se acreditaron, estableciendo la forma en que se relacionan los hechos probados y los indicios, que estos permiten acreditar la participación culpable del acusado Mendoza Chandía a título de autor directo del homicidio de Eduardo Parra Olivares y descartando por sentido común y extravagante la idea de que otro sujeto, aparecido de la nada y sin ser visto por nadie, cometió el delito en la playa El Morro con un arma blanca, a escasos metros de donde, también con un arma blanca, el acusado agredía a Andrés Rojas Henríquez causándole heridas muy similares a las causadas al occiso, con quien estuvo bebiendo en las horas previas, es que no cabe sino concluir que el razonamiento del Tribunal Oral no sólo aplica los principios de la lógica, sino que también las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, o, en otras palabras, hace un proceso inductivo justificado, racional y coherente.

4. Más adelante en el recurso se hace una extensa disquisición sobre los motivos infirmantes y los contraindicios (o coartadas), señalando que en la sentencia sólo se considera aquello que *" ... le permite condenar sin siquiera hacer por un momento siquiera un análisis de los motivos infirmantes y los contraindicios ..."*, esta situación no resiste un mayor análisis ya que la propia definición de los motivos infirmantes y de los contraindicios descarta que razonablemente el Tribunal Oral haya debido hacer una referencia a ellos.

En efecto, si se considera que motivo infirmante es "motivo para no creer", resulta absurdo pensar que el Tribunal haya podido siquiera referirse a estos cuando nunca tuvo motivos para no creer, ello porque esto pasa por una valoración subjetiva de la prueba rendida en juicio, que, como vimos, es privativa del Tribunal de la instancia y que no puede ser revisada por la vía del Recurso de Nulidad sin vulnerar el principio de la inmediación.

Ahora, en cuanto a los contraindicios, que no son otra cosa que las coartadas de que pudo valerse el Acusado y que podrían haber llevado a establecer alguna otra hipótesis o alternativa razonablemente posible, durante el juicio no se rindió prueba alguna o no se verificó hecho alguno que llevara a los jueces a no creer en los indicios que ellos estimaron concurrentes, muy por el contrario, como se dijo, en el juicio se acreditó que el Acusado Mendoza Chandía al comienzo de la investigación dio una versión de los hechos o coartada que fue total y absolutamente desacreditada.

En resumen, no corresponde, sin caer en el absurdo, exigir lo imposible, esto es, que el Tribunal Oral se haya hecho cargo de motivos infirmantes y/o contraindicios si la existencia de estos corresponde determinarla exclusivamente a ellos y, en el caso concreto, para los jueces estos no existieron pues no los dieron por probados en la sentencia.

5. En el recurso también se cuestiona los indicios que se explicitan en la sentencia, señalando que a través de ellos *se fuerza la condena*. Al respecto cabe indicar, en primer lugar, que se incurre en el error de considerar que las acciones valoradas como indicios deben ser delictivas en sí mismas, cuando en realidad se trata de comportamientos o actuaciones que sin ser necesariamente delictivas permiten a partir de un razonamiento lógico, conforme a las reglas de la experiencia y del pensamiento humano, inferir la participación del autor en el hecho delictivo enjuiciado. Participación, que en el caso actual, se deduce de modo manifiestamente necesario y ausente de toda duda razonable, del conjunto indiciario expuesto, valorado razonablemente de modo interrelacionado por el Tribunal sentenciador.

Por otra parte, como ya se señaló, la enumeración de indicios que hace el Tribunal está tomada de la clasificación de indicios hecha por Francois Gorphe, por lo tanto, contrariamente a lo que pretende hacer ver la Defensa, no se trata de indicios que el Tribunal haya "forzado" sino que de una clasificación ya existente en el derecho comparado.

6. Posteriormente el defensor analiza por separado, errada y tendenciosamente cada uno de los indicios intentando desvirtuarlos, lo que nos parece del todo cuestionable, en primer lugar, porque, como se dijo, los indicios deben ser considerados en su conjunto y no aisladamente, y, en segundo lugar, porque en el análisis el defensor omite información importante e intenta dar a la información que incorpora un sentido distinto al que se apreció y valoró por el Tribunal Oral. Ahora, en relación a los cuestionamientos concretos que hace a cada uno de los indicios hay que señalar lo siguiente:

a. *indicios de presencia o de oportunidad física*, ya que el acusado estuvo junto al ofendido en el lugar donde se halló el cadáver y se mantuvo en su compañía en las horas previas.

En esta parte el defensor intenta desvirtuar este indicio transcribiendo sesgadamente parte de las declaraciones de los testigos Jorge Troncoso Bustos, Nikol Castillo Arias y Jorge Flores Morales, sin embargo esto es una interpretación antojadiza de la prueba rendida toda vez que resulta claro que los sentenciadores para dar por concurrente este indicio lo hacen en base a evidencias materiales encontradas en el Sitio del Suceso y a los testimonios de Angela Sáez Garrido, José Carmona Novoa, Jaime Quiroz Caro y Cristián Burgos Vigueras, tomando la declaración de los mencionados testigos Castillo Arias y Flores Morales solo para ratificar la declaración del testigo Burgos Vigueras, quien declara ve al acusado dirigirse en compañía del ofendido hacia la playa El Morro, testimonio que la defensa derechamente omite en su argumentación.

En todo caso la defensa nada alega en cuanto a que el acusado se mantuvo en compañía del ofendido en las horas previas a su muerte, por lo que debemos entender que en esta parte la sentencia no le merece reparo.

Para el Tribunal Oral este indicio se configura al emitir su pronunciamiento en los términos que se pueden apreciar en el considerando noveno, por lo que, contrariamente a lo expresado por la Defensa, el Tribunal tuvo la prueba suficiente para dar por acreditado que el acusado Richard Antonio Mendoza Chandía estuvo junto al ofendido Eduardo Andrés Parra Olivares en el sector de la playa "El Morro" de Tomé, donde se halló el cadáver de este último y que aquel se mantuvo en su compañía entre las 02:50

y las 04:30 horas, previas a la muerte de Eduardo Parra Olivares establecida aproximadamente a las 05:00 horas y de allí dar por establecido este indicio.

b. *indicios de participación en el delito*, emanados del hecho de haber sido reconocido indubitablemente como el autor del robo con violencia que afectó a Andrés Rojas Henríquez a escasa distancia del lugar donde se halló el cadáver de Eduardo Parra, y de la elocuente similitud de las lesiones que presentaban ambos ofendidos.

Una primera insuficiencia que la defensa cree observar es que al no estar acreditado que el acusado estuviera con el ofendido en la playa "El Morro" no es posible asociar un hecho no probado con otro, a este respecto nos remitimos a lo indicado en el literal anterior por lo que en esta parte debe desecharse la argumentación del defensor al no existir el contraindicio que él estima concurre en este caso.

La segunda "observación" que le merece a la defensa en esta parte la sentencia es que no se acreditó que las heridas sufridas por Eduardo Parra Olivares y Andrés Rojas Henríquez fueran "iguales" ni que las hubiere causado la "misma" arma blanca. Como primera cuestión cabe señalar que es evidente que si hubiera sido científicamente posible establecer lo anterior no estaríamos ante prueba indiciaria sino que prueba directa. En segundo lugar, vuelve a llamar la atención lo tendencioso de la argumentación de la defensa ya que el Tribunal Oral en parte alguna da por acreditado que las heridas sean iguales y que el arma empleada sea la misma sino que da por probado que *"las lesiones ocasionadas con arma blanca a Eduardo Parra presentan similitudes con aquellas causadas a Andrés Rojas en cuanto al arma utilizada, número de heridas cortantes y sector del cuerpo a donde fueron dirigidos los golpes (la herida en el lado izquierdo posterior del cuello en ambas víctimas es particularmente elocuente)".*

c. *indicios de capacidad delictiva, de oportunidad personal o sencillamente de personalidad*, toda vez que de su conducta pasada, de sus costumbres y disposiciones se colige que el acusado era capaz de cometer el delito que se le imputa, e incluso hubo una amenaza de muerte de la que el ofendido dio cuenta a un testigo del juicio.

En esta parte la defensa vuelve a hacer una interpretación sesgada de los hechos ya que citando a Framarino da a entender que este autor le resta todo valor o validez a este indicio, sin embargo, lo que plantea Framarino es algo diferente, no es que los "motivos para delinquir" no tengan valor alguno sino que como indicios lo son "en grados más o menos débiles", por lo que, como ocurre en este caso, deberán ir acompañados y ser valorados siempre con otros indicios y no por separado.

En cuanto a la alegación de la defensa el Tribunal en su sentencia dio por establecido lo siguiente: *"el acusado tiene a su haber una sentencia que aunque no se halla firme, lo sanciona como autor de robo con violencia, por cuanto se apropió de especies del ofendido causándole heridas cortantes en la parte alta del cuerpo, entre las que sobresale una en el hombro" y, además, "el acusado habría amenazado de muerte a Eduardo Parra según lo manifestó el testigo Hans Dunn Tapia, quien lo oyó decir al propio afectado"*, sin que la defensa se haya referido siquiera a estos hechos.

d. *indicios de actitud sospechosa*, emanados del hecho de haber concurrido a la casa de su madre donde dejó un chaleco que según su padrastro tenía manchas de sangre (que pudieron ser del occiso, o del ofendido Andrés Rojas, o de ambos), y del hecho de no haber ido a pernoctar a la "caleta" donde solía hacerlo, según un oficial de la policía que interrogó a los individuos que la utilizaban para dicho fin y que conocían al acusado.

En esta parte nuevamente la defensa hace un razonamiento tendencioso y arbitrario, ya que es un hecho que quedó acreditado durante el juicio que el chaleco del imputado fue lavado y así lo señala el Tribunal al señalar *"que al llegar a la casa de su madre llevaba su chaleco con manchas que al parecer eran de sangre (que el testigo Luis González Torres vio y que supo que su mujer -la madre del acusado- había lavado)* y que no obstante haberse efectuado las respectivas pericias estas no arrojaron resultados positivos, ya que en caso contrario, como la propia defensa lo señala, estaríamos hablando de prueba directa y no de indicios.

Además, la defensa omite referirse a la segunda parte de la justificación del indicio y que el Tribunal estimó acreditado al señalar en su sentencia *"no llegó la mañana del 10 de julio de 2004 a la "caleta" donde solía pernoctar"* por lo que en esta parte, al parecer, a la defensa no merece observación lo resuelto por los sentenciadores.

e. indicios de móvil, puesto que aunque no se acusó a Mendoza Chandía como autor de robo con homicidio, lo cierto es que al ofendido no se le halló la billetera de su propiedad que le fue vista por algunos testigos, y es un hecho que el móvil de la agresión similar al ofendido Rojas Henríquez tuvo su norte en la apropiación de su reloj y su dinero.

Creemos que la argumentación con que la defensa cuestiona la configuración de este indicio resulta nuevamente un ejercicio denodado e inútil, ya que volver a discutir el hecho debidamente acreditado que el acusado Mendoza Chandía estuvo con el ofendido Parra Olivares resulta inoficioso y absurdo.

Ahora, para justificar la configuración de este indicio la sentencia da por acreditado lo siguiente: *"entre las ropas del fallecido no fue hallada su billetera, en la que según los testigos Jorge Troncoso, Angela Sáez y Cristian Buergos, andaba trayendo dinero" y, además, "al ofendido Andrés Rojas se le atacó para sustraerle su dinero y reloj".*

f. *indicios de mala justificación*, pues no estuvo en la entrada de la discoteca "Twister" junto a un tal Juanito Jhons bebiendo una cerveza, después de separarse según él de Troncoso y de Parra, y no estuvo en el muelle artesanal de Tomé en el transcurso de la noche de los acontecimientos.

Aquí la defensa basa su discurso en que con este indicio se invierte la carga de la prueba al acusado, sin embargo omite indicar que durante el juicio oral quedó acreditado que fue el propio acusado quien al comienzo de la investigación señaló a la Policía de Investigaciones y al Ministerio Público una versión de los hechos o coartada, la que fue totalmente desvirtuada durante la investigación y durante el juicio, de allí que el Tribunal resolvió: *"la coartada del acusado fue desvirtuada con las declaraciones de los testigos Carmona Sáez, Pedro Garcés Moscoso y Leonel Sánchez Vera (no estuvo después de las 04,30 horas en la discoteca "Twister", no estuvo bebiendo cerveza en la entrada de dicho local con ninguna persona, no fue hacia el sector del muelle artesanal de Tomé, y no llegó la mañana del 10 de julio de 2004 a la "caleta" donde solía pernoctar)".*

Por lo demás, expresamente se ha dicho *"También se acepta como elemento de prueba indirecta la prueba de contraindicios o coartada. Ésta tiene lugar cuanto el imputado, que carece de carga probatoria para desvirtuar la acusación, introduce en su defensa un hecho nuevo en el proceso y este hecho se reputa falso, podrá entonces ser valorado por el Tribunal en contra del acusado"*,[56] mismo criterio que, como vimos, enuncia Claus Roxin.[57]

ANÁLISIS DEL FALLO DE LA ILTMA. CORTE DE APELACIONES

La Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, conociendo y fallando el Recurso interpuesto por la Defensa, emite la siguiente Resolución:

"PRIMERO: Que el recurrente señala que Los hechos que configuran la causal invocada son la falta de una reproducción completa de la prueba producida en el juicio, falta de valoración de la prueba producida en el juicio, valoración de la prueba realizada por los sentenciadores contraria a los principios de la lógica, y la fundamentación basada en una inexacta reproducción de los dichos de los testigos. Ante la insuficiencia absoluta de pruebas el Tribunal recurre a la prueba por indicios, pero

---

[56] Maria Olga Lucas Muñoz, "Valoración de la prueba en el proceso penal por delitos cometidos a través de soportes informáticos".

[57] Claus Roxin, ob. cit.

contradiciendo flagrantemente los principios de la lógica aplicable al caso. Agrega que en el considerando 9º se intenta probar mediante indicios la presunta participación del imputado en el homicidio de Eduardo Parra Olivares, basándose en los siguientes indicios: a) de presencia o de oportunidad física, ya que el acusado estuvo junto al ofendido en el lugar donde se halló el cadáver y se mantuvo en su compañía en las horas previas. Pero examinando el audio se llega a la conclusión que ningún testigo ve al Sr. Mendoza en compañía del Sr. Parra en la playa donde fue encontrado el cadáver de este último; b) de participación en el delito, emanado del hecho de haber sido reconocido indubitablemente como el autor del robo con violencia que afectó a Andrés Rojas Henríquez a escasa distancia del lugar donde se halló el cadáver de Eduardo Parra, y de la elocuente similitud de las lesiones que presentaban ambos ofendidos. Este indicio es insuficiente para condenar porque la circunstancia de que los testi gos Jorge Troncoso Bustos, Nikole Castillo Arias y Jorge Flores Morales reconocieron no estar en condiciones de aseverar que Richard Mendoza Chandía estuviera con Eduardo Parra Olivares en la playa, no permiten asociar un hecho no probado con otro como es el ataque sufrido por el pescador en un lugar cercano. No existe en la sentencia un análisis de tales contraindicios y de las razones por las cuales se desestima lo declarado por los testigos en el contrainterrogatorio, careciendo de toda lógica el razonamiento del sentenciador. Lo mismo ocurre con el contrainterrogatorio del perito del Servicio Médico Legal, Dr. Deij.; c) de capacidad delictiva, de oportunidad personal o sencillamente de personalidad, toda vez que de su conducta pasada sus costumbres y disposiciones se colige que el acusado era capaz de cometer el delito que se le imputa, e incluso hubo una amenaza de muerta de la que el ofendido dio cuenta a un testigo del juicio. En esta parte se ingresa en el muy delicado terreno del indicio especial Indicio Causal de la capacidad moral para delinquir por impulso especial hacia el delito y se trata de una interpretación que no se aviene con un derecho penal de conducta, sino derechamente es un derecho penal de autor, que repugna al moderno estado de derecho constitucional; d) de actitud sospechosa, emanados del hecho de haber concurrido a la casa de su madre donde dejó un chaleco que según su padrastro tenía manchas de sangre y del hecho de no haber ido a pernoctar a la caleta donde solía hacerlo según un oficial de la policía que interrogó a los individuos que utilizaba para dicho fin y que conocían al acusado. Nuevamente el indicio incurre en total falta de lógica, al incorporar incluso dos contraindicios, al decir que el chaleco que según su padrastro tenía manchas de sangre admite a continuación (que pudieron ser del occiso o del ofendido Andrés Rojas, o de ambos); e) de móvil, puesto que aunque o se acusó a Mendoza Chandía como autor de robo con homicidio, lo cierto es que al ofendido no se le halló la billetera de su propiedad que le fue vista por algunos testigos, y es un hecho que el móvil de la agresión similar al ofendido Rojas Henríquez tuvo su norte en la apropiación de su reloj y su dinero. En este caso nuevamente el raciocinio del sentenciador es ilógico, porque al no existir razonamiento lógico derivado de prueba rendida que pueda demostrar que el imputado estuvo con Parra Olivares, no son homologables los móviles de uno y otro; y f) de mala justificación, pues no estuvo en la entrada de la discoteca Twister junto a un tal Juanito Johns bebiendo una cerveza, después de separarse, según él, de Troncoso y de Parra, y no estuvo en el muelle artesanal de Tomé en el transcurso de la noche de los acontecimientos. Este es absolutamente insuficiente para condenar. Agrega que la prueba de culpabilidad corresponde al Ministerio Público, que tampoco fue capaz de probar cuál fue el lugar donde el imputado estuvo la madrugada de los hechos, o donde se dirigió finalmente. Este indicio rompe el sistema probatorio penal acusatorio al invertir la carga de la prueba del imputado. Los sentenciadores concluyen que concurre pluralidad de indicios, todos plenamente acreditados que permiten enlazar el hecho-base con el hecho-consecuencia a través de la lógica y la experiencia, perfectamente acordes al conocimiento científicamente afianzado, pero no dice qué principios de lógica ni qué conocimientos científicamente afianzados, los que deben ser explicitados. Añade que en la sentencia a través de la prueba de indicios, y ante la ausencia de prueba directa, sólo se considera aquello que le permiten condenar sin hacer ni por un momento un análisis de los motivos informantes y los contraindicaos, por ello es que el raciocinio del sentenciador es incompleto y ateta contra los principios de la lógica probatoria. Afirma que se produjo perjuicio al no haber absuelto a Richard Antonio Mendoza Chandía del delito de homicidio de Eduardo

Parra Olivares y pide se anule el juicio oral y la sentencia por haberse incurrido en el motivo absoluto de nulidad contemplado en el artículo 374 letra e del Código Procesal Penal, determinando el estado del procedimiento en que debe quedar, a fin que el Tribual no inhabilitado que corresponda disponga la realización de un nuevo juicio oral en la fecha que corresponda.

SEGUNDO: Que la Defensa ha justificado su recurso en la trasgresión de los artículos 374 letra E del Código Procesal Penal, con relación a los artículos 342 letra c y 297, ambos del mismo cuerpo de normas, precisando que los hechos que configuran la causal invocada son una falta de reproducción comple ta de la prueba producida en el juicio, falta de valoración , valoración contraria a los principios de la lógica y la fundamentación basada en una inexacta reproducción de los dichos de los testigos.

TERCERO: Que con relación a la falta de reproducción completa de la prueba producida juicio, cabe tener presente que el artículo 342, letra c, del Código Procesal Penal, en la parte pertinente señala que la sentencia definitiva contendrá, La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado En consecuencia, la exigencia, aunque resulte obvio, se produce sólo respecto de los hechos probados, pero no aquellos que no han sido probados. Por esta razón, la exigencia del Defensor no tiene asidero legal ya que pide a los jueces tener por probados hechos, de acuerdo con su propio razonamiento, y por ende una reproducción íntegra de los medios probatorios que le permitan llegar a esa conclusión.

CUARTO: Que respecto de la falta de valoración de la prueba, este concepto se encuentra íntimamente ligado con el expuesto en el considerando anterior, ya que así lo dispone la misma norma al señalar que y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297. De esta manera, con el mismo argumento procede rechazar esta alegación del recurrente.

QUINTO: Que en cuanto a la valoración contraria a los principios de la lógica y la fundamentación basada en una inexacta reproducción de los dichos de los testigos, cabe tener presente que sin perjuicio del atento examen de las razones teóricas esgrimidas por la Defensa para justificar la prueba indiciaria y de sus efectos, lo que adquiere mayor relevancia cuando existe libertad de pruebas y de la valoración de la misma, es preciso destacar que su importancia radica fundamentalmente en la necesidad de obtención, por parte del ente juzgador, de certeza o convicción necesaria ante la falta o insuficiencia de prueba directa. Por regla general el delincuente procura no ser visto en el momento de cometer el ilícito, más aún, intentará no dejar huellas o señales. Recordemos que en el nuevo proceso penal la prueba indiciaria tiene un nuevo tratamiento, el que se desprende del artículo 295 del respectivo Código Procesal, el que señala que todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido o incorporado en conformidad a la ley y cuando se refiere a cualquier medio producido se refiere especialmente a la prueba indiciaria, pues ésta es la única que se produce en el juicio, por cuanto las demás se incorporan. Entonces, aceptada la prueba indiciaria es preciso afirmar, como lo sostiene la Defensa, que ella no puede transgredir los principios que contiene el artículo 297 del Código Procesal Penal.

SEXTO: Que para los efectos señalados en el motivo precedente, y considerando que el acusado hizo uso de su derecho a guardar silencio durante el juicio, los jueces de primera instancia para tener por acreditada la participación del imputado en el delito de homicidio por el cual fue acusado, en el considerando noveno, en primer lugar, desecharon la prueba directa existente, dando cuenta de sus imperfecciones, y enseguida abordan la prueba indirecta, de la cual es posible extraer conclusiones. Después de analizar las declaraciones de la testigo Angela Sáez Garrido, dependienta del bar Rey de Copas, de lo que desprenden que el agresor y su víctima interactuaron en un contexto de tiempo y lugar común, además esta declaración le da crédito a los dichos del testigo Carmona Novoa, y coincide con la actuación del funcionario policial Jaime Quiroz Caro. También se hacen cargo de la declaración del testigo Cristian Burgos Vigueras, guardia del Charly Pub, ubicado a un par de cuadras del lugar donde fue hallado el occiso en la playa El Morro, señalando que esta declaración se ve ratificada por la que

prestaron los testigos Jorge Flores Morales y Nikol Castillo Arias, concluyendo que el acusado y la víctima estuvieron (en) junto a Jorge Troncoso por lo menos desde las 02.50 horas (llegada al Rey de Copas) es un hecho indesmentible; que estuvieron en la playa El Morro ingiriendo alcohol también lo es; que el ofendido y el acusado estuvieron a eso de las 04.30 horas en la entrada del Charly Pub es un hecho probado. Luego, es perfectamente lógico concluir que la víctima y el ofendido interactuaron sin solución de continuidad en ese lapso, y sólo se separaron de Troncoso en los momentos previos a dirigirse a este último local (lo que se desprende del hecho de haber llegado a su casa el tagua a eso de las 05.00 horas, según los testigos Jaime Quiroz Caro y Carola Troncoso Sáez. Agregan que Otro hecho igualmente probado es que el acusado y el ofendido, después del incidente habido con el guardia de la Charly Pub, se dirigieron hacia la playa El Morro. Ello lo manifestó el propio guardia del local Cristian Burgos Vigueras, y de hecho el ofendido llegó hasta la playa porque allí fue hallado su cadáver. A lo anterior agregan, entre otros hechos, que la data de muerte de Eduardo Parra pudo establecerse, de acuerdo a lo señalado por el testigo Cristian Sepúlveda, que coincide en general con lo expresado por el perito Deij Bulnes, aproximadamente a las 05.00 horas, o sea, después que el acusado junto a la víctima se fueron rumbo a la playa desde el Charly Pub y antes de que fuera atacado el ofendido Andrés Rojas, hecho ilícito investigado y fallado en esta misma causa, en un sector de la playa ubicado a 550 metros del lugar donde se halló el cuerpo de Eduardo Parra; y añaden, además, que las lesiones ocasionadas con arma blanca a Eduardo Parra presentan similitudes con aquellas causadas a Andrés Rojas en cuanto al arma utilizada, número de heridas cortantes y sector del cuerpo donde fueron dirigidos los golpes (la herida en el lado izquierdo posterior del cuello en ambas víctimas es particularmente elocuente). Mas adelante los jueces hacen referencia a los indicios que estimaron concurren en este caso, destacándose especialmente el de presencia y oportunidad física, ya que el acusado estuvo junto al ofendido en el lugar donde se halló el cadáver y se mantuvo en su compañía en las horas previas. Concluyen que concurren una pluralidad de indicios que permiten enlazar el hecho-base con el hecho-consecuencia, a través de la lógica y la experiencia, perfectamente acordes al conocimiento científicamente afianzado y agregan que El solo sentido común descarta por extravagante la idea de que otro sujeto, aparecido d e la nada y sin ser visto por nadie, cometió el delito en la playa El Morro con un arma blanca, a escasos metros de donde, también con un arma blanca, el acusado agredía a Andrés Rojas Henríquez, (ocurrido el mismo día 10 de julio, y según el considerando 10º, como a las 05.50 hrs.) causándole heridas muy similares a las provocadas al occiso, con quien estuvo bebiendo en las horas previas. El considerando décimo, cuando se refiere a la declaración del perito Deij Bulnes (fojas 50 vta., línea 29 en adelante) con relación al delito de robo con violencia del cual fue víctima Andrés Rojas Henríquez, señala que al examen físico la víctima presentó múltiples lesiones, consistentes en una supraciliar derecha suturada de 4 cms., una sobre el puente nasal de 2 cms., otra en la mejilla izquierda de 7 cms., una herida en la mejilla derecha de 1 cm., dos heridas de 1 cms., aproximadamente en el hemicuello derecho, una herida cervical izquierda de 4 cms., una herida supraclavicular y finalmente otra en el hemidorso izquierdo de 2 cms., sin perjuicio de las heridas defensivas que presentaba en ambas manos.)

SÉPTIMO: Que este Tribunal no puede alterar los hechos establecidos por el Tribunal de primera instancia, y sin perjuicio que se pueda compartir o no las conclusiones de los sentenciadores de primer grado, interesa determinar si en la valoración de la prueba, la que debe hacerse con libertad, se han respetado los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

OCTAVO: Que ahora interesa destacar que cuando en el recurso de nulidad se analiza el indicio de presencia o de oportunidad física, la Defensa afirma que ningún testigo ve al Sr. Mendoza en compañía del Sr. Parra en la playa donde fue encontrado el cadáver de este último. Al respecto basta señalar que tampoco lo ha afirmado el Tribunal de primera instancia sino que por el contrario al no existir prueba directa ha recurrido a la prueba indirecta o indiciaria. Por otro lado, con relación a los indicios de

participación en el delito, el Defensor exige el análisis de los contraindicios, reiterando que los testigos Jorge Troncoso Bustos, Nikole Castillo Arias y Jorge Flores Morales reconocen no estar en condiciones de aseverar que Richard Mendoza Chandía estuviera con Eduardo Parra Olivares en la playa, no permiten asociar un hecho no probado con otro como es el ataque sufrido por el pescador en un lugar cercano. Sin embargo, ya se ha señalado que el análisis de la prueba debe ser lógico, y los jueces deben destacar los indicios que le sirven para llegar a las conclusiones anunciadas; y , por otra parte, el Defensor se refiere al perito del Servicio Médico Legal, Sr. Deij, quien no estaría en condiciones de señalar que las heridas sean iguales en el caso del homicidio del Sr. Parra Olivares en relación con el caso del Sr. Rojas Henríquez, ni que las hubiera causado la misma arma blanca, máxime si el arma jamás fue encontrada, cabe reiterar que los jueces han hecho un análisis indiciario, la que unida a otros elementos de las mismas características les permite establecer hechos, como ha ocurrido en la causa. Es preciso destacar que el mismo Defensor reproduce parte de la declaración del facultativo en donde señala que yo no puedo decir que es la misma arma, tendría que decir que es la misma, lo que sí puedo informar que se trata de un elemento de características similares, de la naturaleza un elemento cortante con filo en un lado, eso puedo afirmar, no puedo decir que es la misma, yo no estaba ahí., lo que coincide con lo afirmado por los jueces en su sentencia.

NOVENO: Que sin perjuicio que otros indicios mencionados por los sentenciadores de primer grado, como el de capacidad delictiva, de oportunidad personal o sencillamente de personalidad, de actitud sospechosa, de móvil, y de mala justificación, no reúnen las características de seriedad y certeza como para coadyuvar en el análisis y conclusiones a que llegaron los jueces de primera instancia, ello no ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, de allí que no procede acoger el recurso de nulidad por estas razones.

DÉCIMO: Que, en consecuencia, atendido principalmente el análisis efectuado en el considerado sexto precedente los jueces de primer grado, quienes tomaron conocimiento de las pruebas en forma directa, lo que concuerda con el registro de audio enviado a esta Corte, se puede concluir que no han infringido los mencionados principios del artículos 297 del Código Procesal Penal, por lo que el recurso de nulidad debe ser rechazado.

UNDÉCIMO: Que, sin perjuicio de todo lo expuesto, es preciso tener presente que el Defensor esté exigiendo una prueba de tal calidad que difícilmente se puede producir cuando para acreditar los hechos en un proceso criminal se presentan personas que no están necesariamente vinculados con el sistema judicial y que no se encuentran preparados para ser víctimas o testigos de un hecho delictual, por lo que la labor de los jueces se ve seriamente dificultada.

Por estos fundamentos, citas legales, y según lo previsto en los artículos 47, 297, 342 letra c), 352, 358, 372, 374 letra e), 376 y 384 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad interpuesto por don Waldo Ortega Jarpa, Defensor Penal Público, en nombre y representación de Richard Antonio Mendoza Chandía, en contra de la sentencia de diecinueve de diciembre de dos mil cinco, que en copias autorizadas se lee de fojas 1 a 50 vta., de esta carpeta, en la parte que condena a dicho imputado por el delito de homicidio simple de Eduardo Parra Olivares, pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción. Se observa al Juez Presidente, don Reinaldo Oliva Lagos, la improcedencia del contenido de su constancia realizada al final del interrogatorio del testigo José Carmona Novoa, ocasión en que para salvaguardar su responsabilidad señaló que no comparte la forma de interrogación realizada por otro magistrado, de acuerdo con el artículo 326 del Código Procesal Penal, asumiendo procesalmente una labor que no le corresponde. Se deja constancia que aunque concurrió al acuerdo no firma el presente fallo el abogado integrante, Sr. René Ramos Pazos, por encontrase fuera de la zona. Dése a conocer a los intervinientes que asistieron a la audiencia fijada al efecto, sin perjuicio de notificarse por el estado diario. Regístrese y devuélvase. Redacción del Ministro Titular don Diego Simpértigue Limare. Rol 3-2006.- R.P.P".

Esta resolución de la Iltma. Corte nos merece las siguientes observaciones:

1. La primera y principal observación es que este fallo reconoce la plena procedencia de la prueba indiciaria al efectuar el siguiente razonamiento en su considerando Quinto *"Recordemos que en el nuevo proceso penal la prueba indiciaria tiene un nuevo tratamiento, el que se desprende del artículo 295 del respectivo Código Procesal, el que señala que todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido o incorporado en conformidad a la ley y cuando se refiere a cualquier medio producido se refiere especialmente a la prueba indiciaria, pues ésta es la única que se produce en el juicio, por cuanto las demás se incorporan"*; conviene destacar que en esta parte la Corte sigue expresamente lo sustentado por don Eduardo Fernández en su obra ya citada. Aún más, a través de este pronunciamiento se recoge expresamente el criterio señalado por algunos autores, ya enunciado en este artículo, en cuanto a la necesidad de privilegiar y recurrir a la prueba indiciaria en materia criminal pues, como lo señala la Corte, *"por regla general el delincuente procura no ser visto en el momento de cometer el ilícito, más aún, intentará no dejar huellas o señales"*.

Aquí también se puede observar que esta resolución pareciera adoptar la posición de que al juzgador le corresponde un rol activo en esta materia, porque la Corte al señalar que la prueba directa se incorpora al juicio en cambio la prueba indiciaria "es la única que se produce en el juicio", estaría encomendando al Tribunal Oral la función de establecer durante el juicio si se produjo tal prueba, toda vez que es el Tribunal quien en su sentencia deberá efectuar y consignar el razonamiento lógico que le permitió inducir el hecho desconocido de los hechos conocidos acreditados mediante prueba directa.

2. Un segundo aspecto a observar, relacionado con el anterior, es que la Corte al consignar en el mismo considerando Quinto *"Que en cuanto a la valoración contraria a los principios de la lógica y la fundamentación basada en una inexacta reproducción de los dichos de los testigos, cabe tener presente que sin perjuicio del atento examen de las razones teóricas esgrimidas por la Defensa para justificar la prueba indiciaria y de sus efectos, lo que adquiere mayor relevancia cuando existe libertad de pruebas y de la valoración de la misma, es preciso destacar que su importancia radica fundamentalmente en la necesidad de obtención, por parte del ente juzgador, de certeza o convicción necesaria ante la falta o insuficiencia de prueba directa"* en una redacción un tanto confusa da a entender que la competencia de este Tribunal se limita a revisar, en primer lugar, si la valoración de la prueba contraría los principios de la lógica, que es similar a lo señalado en forma previa en relación a la "razonabilidad" de la inferencia, y, en segundo lugar, si la fundamentación de la sentencia está basada en una inexacta reproducción de los dichos de los testigos, que en otras palabras no es sino verificar que los hechos probados o indicios se hayan establecido mediante prueba directa valorada sin contrariar los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los principios científicamente afianzados, como lo confirma al indicar *"Entonces, aceptada la prueba indiciaria es preciso afirmar, como lo sostiene la Defensa, que ella no puede transgredir los principios que contiene el artículo 297 del Código Procesal Penal"*.

Lo anterior no es sino una manifestación del principio de inmediatez que rige en el proceso penal en cuanto a que la valoración de la prueba es una facultad privativa y excluyente del Tribunal Oral, en razón de haber sido ésta rendida de manera directa ante dicho tribunal, tal como lo consigna la propia Corte en el considerando Décimo de su fallo.

Por otra parte, pareciera indicar la Corte que sólo podría recurrirse a la prueba indiciaria *"ante la falta o insuficiencia de prueba directa"* (utilizando en el considerando Octavo una expresión similar), criterio que no compartimos toda vez que la prueba indiciaria es una prueba diferente tan válida como la prueba directa que puede y debe ser utilizada para fundamentar una condena independiente de la existencia o no de esta última.

3. El considerando séptimo es de gran importancia toda vez que en él se establece claramente el ámbito de competencia del Tribunal de Alzada al señalar *"Que este Tribunal no puede alterar los hechos establecidos por el Tribunal de primera instancia, y sin perjuicio que se pueda compartir o no las*

conclusiones de los sentenciadores de primer grado, interesa determinar si en la valoración de la prueba, la que debe hacerse con libertad, se han respetado los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados", así la Corte una vez más deja sentado que no puede alterar los hechos establecidos por el Tribunal Oral ni cuestionar las conclusiones a que este arribó, aún cuando pueda no compartirlas, reafirmando de esta manera que tratándose de la prueba indiciaria el Tribunal de la instancia es autónomo y soberano para establecer los hechos probados o indicios y para establecer sus conclusiones, es decir, para adquirir la convicción de la existencia del delito y/o la participación culpable.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte reitera nuevamente como requisito esencial que la valoración de la prueba se haga conforme a los criterios establecidos en el artículo 297 del Código Procesal Penal.

4. En relación con esto debe también destacarse que en los considerandos Tercero y Cuarto la Corte ratifica lo que ya señalamos en relación a los cuestionamientos planteados por la Defensa en su Recurso de Nulidad en orden a que, en primer lugar, la exigencia del artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal se refiere sólo a los hechos que para el Tribunal Oral han sido probados, y, en segundo lugar, que la valoración de la prueba conforme al artículo 297 debe hacerse sólo en relación a los mismos hechos probados.

5. En el considerando Octavo es donde la Corte, sin señalarlo de manera expresa, hace el análisis relativo a si los hechos bases o indicios de *"presencia o de oportunidad física y de participación en el delito"* que estimó concurrentes el Tribunal Oral fueron acreditados mediante prueba directa y el análisis sobre la "razonabilidad" de la inferencia efectuada por este Tribunal para establecer la participación culpable del Acusado en el delito de homicidio, cuestiones que para la Corte se han cumplido como quiera que en su resolución termina por rechazar el Recurso de Nulidad.

6. En el considerando Noveno la Corte establece *"que otros indicios mencionados por los sentenciadores de primer grado, como el de capacidad delictiva, de oportunidad personal o sencillamente de personalidad, de actitud sospechosa, de móvil, y de mala justificación, no reúnen las características de seriedad y certeza como para coadyuvar en el análisis y conclusiones a que llegaron los jueces de primera instancia"*, cuestión que a nuestro juicio merece una doble interpretación.

Por una parte no compartimos el hecho de que se estime que los señalados indicios no reúnen características de seriedad ni certeza ya que, como hemos visto, los indicios de capacidad delictiva, de oportunidad personal o sencillamente de personalidad, de actitud sospechosa, de móvil y de mala justificación han sido establecidos, estudiados y aceptados por la doctrina. Ahora, distinto es que se plantee o se quiera hacer ver que con la sola concurrencia de uno de esos indicios se pueda fundar una sentencia condenatoria, creemos que en ese caso sí podríamos hablar de la insuficiencia, poca seriedad o falta de certeza del indicio, sin embargo, en este caso concreto los jueces del Tribunal Oral dieron por establecidos los seis indicios que en la sentencia consignan, los que en conjunto les permitió formarse la convicción de la culpabilidad del acusado y no cada uno por separado.

Por otra parte, sin perjuicio de lo señalado, el fallo de la Corte, en un criterio que destacamos y compartimos, es claro en cuanto a que en un caso concreto no se requiere de una multiplicidad de indicios para fundar una condena sino que bastaría sólo con establecer la concurrencia de dos indicios, el de presencia o de oportunidad física y el de participación en el delito, para que un Tribunal pueda fundar una condena, pudiendo perfectamente darse casos excepcionales en los que valdría un único indicio.

7. Por último, si bien no guarda relación exclusiva con la prueba indiciaria, no podemos sino resaltar la opinión que se manifiesta en el considerando Undécimo cuando se cuestiona a la Defensa por exigir una prueba de "calidad" para acreditar los hechos en materia criminal en circunstancias que, lo reconoce la Corte, ello resulta complejo cuando se presentan personas que no están necesariamente vinculadas con el sistema judicial y que no se encuentran preparadas para ser víctimas o testigos, que

por lo demás constituye la regla general, dificultando la labor de los jueces y, en nuestro concepto, también de los Fiscales del Ministerio Público.

CONCLUSIÓN

Como se dijo al comienzo de este artículo, tanto la resolución del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Concepción como la resolución de la I. Corte de Apelaciones de Concepción tienen la importancia y trascendencia, en primer lugar, de pronunciarse en el sentido de reconocer de manera expresa la plena aplicación y procedencia de la prueba indiciaria, asumiendo así que en el nuevo proceso penal la prueba indiciaria puede y debe ser privilegiada al momento de fundar una condena, y, en segundo lugar, de hacer un análisis en mayor profundidad sobre la prueba indiciaria con las críticas y observaciones que se han consignado en este artículo.

Probablemente con el correr del tiempo nuestra jurisprudencia irá evolucionando en cuanto al estándar de convicción que se requiere para fundar una condena, por lo que esperamos que este artículo sea un aporte que permita reafirmar y consagrar en nuestro país que la Prueba Indiciaria es un instrumento que debe ser utilizado para cumplir los fines y objetivos del Proceso Penal y del Derecho Penal, siendo obligación del Ministerio Público realizar todas las actividades de investigación que sean posibles para proporcionar a los Tribunales las pruebas necesarias para fundar una condena, debiéndoseles exigir a estos el coraje y criterio jurídico para fundar una condena no sólo cuando se les proporcionen pruebas directas, cuestión que frecuentemente no es posible en materia criminal, sino que también cuando, respetando los criterios expuestos por la doctrina y la jurisprudencia, puedan inferir mediante un razonamiento lógico "razonable" un hecho desconocido de un hecho conocido.

BIBLIOGRAFÍA

- Nicolai Framarino Dei Malatesta, "Lógica de las Pruebas en Materia Criminal", Librería Editorial General Lavalle, Santa Fe.
- Fernando de Trazegnies Granda, "La Teoría de la Prueba Indiciaria" en "Doxa: tendencias modernas del derecho", Ed. Normas Legales Lima.
- Francisco Ricci, "Tratado de las Pruebas", Editorial Analecta España.
- Marcel Planiol y Georges Ripert, "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", Editorial José M. Cajica Jr. México.
- Hugo Alsina, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", citado por Fernando de Trazegnies Granda.
- Jorge Rosas Yataco, "Prueba indiciaria: Doctrina y Jurisprudencia Nacional", La Reforma del Proceso Penal Peruano, Anuario de Derecho Penal 2004.
- Claus Roxin, "Derecho Procesal Penal", Editorial del Puerto, Primera Edición.
- Tomás y Valiente, F., "In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Guillermo Cabanellas, "Diccionario de Derecho Usual", Editorial Heliasta, Buenos Aires.
- Eduardo Fernández, "La prueba indirecta", Revista Procesal Penal, Doctrina, Lexis Nexis.
- Cristián Riego, "Nuevo Estándar de Convicción", Informe de Investigación N° 17 año 2003, Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.
- Candido Conde-Pumpido Touron, "Ley de enjuiciamiento Criminal. Ley y legislación complementaria. Doctrina y jurisprudencia", Ed. Trivium, Madrid.
- Luis Muñoz Sabaté, "Técnica probatoria, estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso", Ed. Praxis.
- Gustavo Humberto Rodríguez, "Curso de Derecho Probatorio", Ediciones Librería del Profesional.
- Pietro Ellero, "De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de prueba en materia penal", Editorial Argentina.
- Vito Gianturco, "Los Indicios en el Proceso Penal", Julio Romero Soto editor, Bogotá.
- Antonio Dellepiane, "Nueva teoría de la prueba", Intercodex Librería Jurídica.
- Francois Gorphe, "La apreciación judicial de las pruebas", Editorial La Ley de Buenos Aires.
- José María Casado Pérez, "La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño", Editorial Lis El Salvador.

• Maria Olga Lucas Muñoz, "Valoración de la prueba en el proceso penal por delitos cometidos a través de soportes informáticos", en portal www.juridicas.com.

• Portal www.lexisnexis.cl.

• Portal www.unifr.ch.

• Portal http://colegioabogados.org.

MINISTERIO
PUBLICO
FISCALIA NACIONAL

GENERAL MACKENNA 1369 - 2° PISO - SANTIAGO CHILE
FONO-FAX: (2) 690 91 00
E-mail: fnacional@minpublico.cl